

# **HABEAS CORPUS Nº 769197 / RIO DE JANEIRO (2022/0282401-6)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: P B R A (INTERNADO)**

**ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ082409**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

## **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NOVO ENTENDIMENTO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, no passado, era firme em assinalar, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não haver nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional, haja vista a previsão de rito especial na legislação de regência.
2. No julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 9/3/2023, houve alteração da jurisprudência. Reconheceu-se a aplicação do entendimento firmado no HC n. 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto.
3. Na audiência de apresentação do adolescente, é possível que ao adolescente em conflito com a lei se imponham medidas socioeducativas, o que lhe traz considerável ônus e notória restrição à sua liberdade.
4. O interrogatório de um adolescente, em processo por ato infracional, há de ser visto também como meio de defesa, e, portanto, para ser efetivo, precisa ser realizado como ato final

da instrução, a fim de que a pessoa processada tenha condições de melhor apresentar sua defesa e influenciar a futura decisão judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como mero objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

5. O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. O art. 110, do mesmo estatuto, dispõe: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

6. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o interrogatório deve ser realizado nos moldes do art. 400 do CPP, como último ato instrutório.

7. Esse é o entendimento que melhor se coaduna com um devido processo justo. Todavia, faz-se necessária a modulação da alteração jurisprudencial, a fim de que a inovação no ordenamento jurídico não comprometa a segurança jurídica e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990. Deve-se limitar os efeitos retrospectivos do julgado a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, sinalizou que o art. 400 do CPP era aplicável aos ritos previstos em leis especiais.

8. Assim, propõe-se o aperfeiçoamento da recente jurisprudência desta Corte, para fixação das seguintes orientações: a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença; b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, *de per se*, lastrear a procedência da representação; c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400

do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor; d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno e e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

9. O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de oitiva do representado. Se o defensor não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

10. No caso concreto, a nulidade não foi indicada na audiência de apresentação, instrução e julgamento. Todavia, o próprio Juiz adotou o rito do art. 400 do CPP e deveria, portanto, ouvir o adolescente ao final da assentada. A inversão da ordem de interrogatório foi indicada pelo defensor, em apelação. Assim, a tese não foi alcançada pela preclusão e o prejuízo à autodefesa está caracterizado.

11. *Habeas corpus* concedido, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, dando-se, ainda, ciência do julgamento ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, fixou orientações para a interpretação do direito federal infraconstitucional e conceder a ordem em *habeas corpus*, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília (DF), 14 de junho de 2023.

**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator

**HABEAS CORPUS Nº 769197 - RJ (2022/0282401-6)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PACIENTE: P B R A (INTERNADO)**

**ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO - RJ082409**

**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. NOVO ENTENDIMENTO. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E MODULAÇÃO DE SEUS EFEITOS. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte, no passado, era firme em assinalar, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não haver nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional, haja vista a previsão de rito especial na legislação de regência.

2. No julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 9/3/2023, houve alteração da jurisprudência. Reconheceu-se a aplicação do entendimento firmado no HC n. 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto.

3. Na audiência de apresentação do adolescente, é possível que ao adolescente em conflito com a lei se imponham medidas socioeducativas, o que lhe traz considerável ônus e notória restrição à sua liberdade.

4. O interrogatório de um adolescente, em processo por ato infracional, há de ser visto também como meio de defesa, e, portanto, para ser efetivo, precisa ser realizado como ato final da instrução, a fim de que a pessoa processada tenha condições de melhor apresentar sua defesa e influenciar a futura decisão judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e

as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como mero objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

5. O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. O art. 110, do mesmo estatuto, dispõe: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

6. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o interrogatório deve ser realizado nos moldes do art. 400 do CPP, como último ato instrutório.

7. Esse é o entendimento que melhor se coaduna com um devido processo justo. Todavia, faz-se necessária a modulação da alteração jurisprudencial, a fim de que a inovação no ordenamento jurídico não comprometa a segurança jurídica e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990. Deve-se limitar os efeitos retrospectivos do julgado a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, sinalizou que o art. 400 do CPP era aplicável aos ritos previstos em leis especiais.

8. Assim, propõe-se o aperfeiçoamento da recente jurisprudência desta Corte, para fixação das seguintes orientações: a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença; b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, *de per se*, lastrear a procedência da representação; c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo

probatório produzido em seu desfavor; d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno e e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

9. O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de oitiva do representado. Se o defensor não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

10. No caso concreto, a nulidade não foi indicada na audiência de apresentação, instrução e julgamento. Todavia, o próprio Juiz adotou o rito do art. 400 do CPP e deveria, portanto, ouvir o adolescente ao final da assentada. A inversão da ordem de interrogatório foi indicada pelo defensor, em apelação. Assim, a tese não foi alcançada pela preclusão e o prejuízo à autodefesa está caracterizado.

11. *Habeas corpus* concedido, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, dando-se, ainda, ciência do julgamento ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.

## RELATÓRIO

P. B. R. A. alega sofrer coação ilegal em face de acórdão prolatado *pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*.

Ao adolescente foi atribuída a prática de atos infracionais análogos aos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, e 16, §1º, IV, da Lei n. 10.826/2003. O Juiz de primeiro grau julgou procedente a representação e aplicou ao jovem a medida socioeducativa de semiliberdade.

A Defensoria Pública (fls. 3-35) aponta a *nulidade da sentença*, porque, em audiência una, orientada pelo rito do art. 400 do CPP, foi negado o pedido de interrogatório do socioeducando ao final do ato, o que caracteriza tratamento mais gravoso ao infante do que o conferido aos adultos. A impetrante assevera o seguinte (fls. 9-10):

Para que o interrogatório – enquanto ato de produção de provas e meio de defesa pessoal – se compatibilize com o princípio da ampla defesa, faz-se necessário que o mesmo seja realizado ao final da instrução.

[...]

A oitiva do adolescente no início do processo, conforme previsto no art. 186 do ECA, não se configura como interrogatório, caracterizando-se similarmente como as audiências de custódia, quando os acusados, embora ouvidos, não são interrogados.

A não observância da norma contida no art. 400 do CPP acarreta evidente prejuízo à defesa do infante, em face dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório [...], e até mesmo do devido processo legal, sob o aspecto formal, mas principalmente substancial [...], pois a realização de sua oitiva no início do processo, e não no final da instrução, subtrai-lhe a possibilidade de se manifestar, pessoalmente, sobre a prova coligida em seu desfavor [...]

A defesa registra que o Supremo Tribunal Federal firmou essa mesma orientação em recentes julgados, por meio de decisões monocráticas proferidas nos *HCS n. 212.693/PR e 215.009/PR*.

Alternativamente, a postulante *requer a modificação da medida socioeducativa*, por considerar que uma única passagem anterior do adolescente por prática infracional é insuficiente a justificar a semiliberdade, desproporcional ao caso concreto, principalmente quando o jovem confessou o ato, praticado em contexto de exploração do trabalho infantil, porque atuou como “vapor no ponto de venda de tráfico de drogas” (fl. 31) gerido pela “facção Comando Vermelho” (fl. 31).

O Ministério Público Federal opinou pela *denegação* da ordem.

## VOTO

### I. JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

A representação e seu rito são previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para apurar a prática de atos infracionais cometidos por menores de 18 anos. Se aceita a ação, o Juiz designará audiência de apresentação do adolescente, na qual este será ouvido e informado sobre os seus direitos e deveres. Na sequência, não concedida a remissão, ocorrerá a instrução do processo (oitiva de testemunhas, juntadas de provas e debates finais das partes) e o julgamento do menor. Ao final, o Juiz irá proferir a sentença, que pode ser de absolvição ou aplicação de medida socioeducativa.

A respeito da controvérsia, cito, a seguir, alguns julgados que retratam a compreensão *até então* firmada por esta Corte:

[...] II - Com efeito, “a jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional ou na ausência de repetição da oitiva ao final da instrução processual, pois aquela norma especial prevalece sobre a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal” (AgRg no REsp n. 1.977.454/PR, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe de 25/4/2022, grifei).

[...]

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 749.149/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), 5ª T., DJe de 2/12/2022).

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas (HC n. 434.903/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 6/6/2018). (AgRg no HC n. 689.702/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 24/6/2022).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 748.754/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 22/8/2022).

[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta no sentido de que, nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional ou na ausência de repetição da oitiva ao final da instrução processual, pois aquela norma especial prevalece sobre a regra prevista no art. 400 do Código de Processo Penal.

2. Ainda que se considerasse aplicável ao procedimento de apuração dos atos infracionais a *ratio decidendi* adotada no julgamento do HC n. 127.900/AM pelo Supremo Tribunal Federal, é certo que a alegação de nulidade por ausência de oitiva do adolescente ao final da instrução processual estaria preclusa no caso concreto, pois a Defesa não se insurgiu contra a ausência desta nova oitiva na audiência de instrução, conforme preceitua o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente ao procedimento de apuração de ato infracional por força do art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Do mesmo modo, a Defesa não demonstrou, sequer minimamente, eventual prejuízo concreto ao Recorrente, não delineando de que modo uma nova oitiva do adolescente ao final da instrução teria provocado alteração substancial no quadro fático-processual. Desse modo, não se pode reconhecer a pretendida nulidade, ante a ausência de demonstração de prejuízo concreto e efetivo.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.977.454/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe de 25/4/2022).

[...]

1. “Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas” (HC 434.903/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 6/6/2018).

2. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

3. Subsistentes os fundamentos do decisum, nega-se provimento do agravo regimental.

(*AgRg no AREsp n. 1.689.954/GO*, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe de 10/8/2020).

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas. Precedentes.

2. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do CPP, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*.

3. *Habeas corpus* denegado.

(*HC n. 434.903/MG*, relator Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe de 6/6/2018).

No passado, a interpretação federal dominante *era a de que*, como o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um rito especial para o julgamento da representação, com a previsão de audiência inicial de *apresentação*, a falta de interrogatório, ao final da instrução, não consubstanciava nulidade absoluta do processo.

Confira-se o que dispõe a Lei n. 8.069/1990:

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

§ 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

§ 2º Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente.

§ 3º Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação.

§ 4º Estando o adolescente internado, será requisitada a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável. [...]

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

§ 1º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

§ 3º O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

Art. 187. Se o adolescente, devidamente notificado, não comparecer, injustificadamente à audiência de apresentação, a autoridade judiciária designará nova data, determinando sua condução coercitiva.

Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

Recentemente, *houve uma mudança de entendimento em relação ao assunto*. A Sexta Turma, em novo debate, assim decidiu o tema controvertido:

[...]

1. O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões monocráticas, tem aplicado a orientação firmada no HC n. 127.900/AM ao procedimento de apuração de ato infracional, sob o fundamento de que o art. 400 do Código de Processo Penal possibilita ao representado exercer de modo mais eficaz a sua defesa e, por essa razão, em uma aplicação sistemática do direito, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 184 da Lei n. 8.069/1990.

2. Nessa conjuntura, propõe-se a revisão do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça para adequá-lo à jurisprudência atual da Suprema Corte, no sentido de que a oitiva do representado deve ser o último ato da instrução no procedimento de apuração de ato infracional. Assim, o adolescente irá prestar suas declarações após ter contato com todo o acervo probatório produzido, tendo maiores elementos para exercer sua autodefesa ou, se for caso, valer-se do direito ao silêncio, sob pena de evidente prejuízo à concretização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. Tal conclusão se justifica também porque o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso do aquele conferido ao adulto, de acordo com o art. 35, inciso I, da Lei n. 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) e o item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

4. Agravo regimental provido para restabelecer a decisão do Juízo de primeiro grau que fixou a oitiva do adolescente ao final da instrução.

(*AgRg no HC n. 772.228/SC*, relatora Ministra *Laurita Vaz*, Sexta Turma, DJe 9/3/2023).

## II. PROCEDIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL

*Ao observar a regra do art. 184 do CPP*, não poderíamos afirmar que o Juiz descumpriu formalidade legal, um dos requisitos para a declaração de nulidade absoluta ou relativa. Entretanto, a leitura constitucional de dispositivos que orientam o procedimento de apuração do ato infracional deve pautar a nova interpretação da lei.

É importante ressaltar que o art. 184 do CPP - que trata de iniciativa semelhante à apresentação do preso em audiência de custódia (e não de interrogatório como meio de prova) - não pode ser afastado. *Primeiro, porque o dispositivo não foi declarado inconstitucional em controle concentrado, com eficácia erga omnes. Segundo, porquanto o preceito traz providência que se caracteriza como uma diversion, instituto traduzido*

para *remissão* no nosso ordenamento, recomendado nas Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing) com o propósito de evitar, quando possível, um processo nocivo e estigmatizante ao menor.

O sucesso da intervenção estatal depende desse primeiro contato do Juiz com o adolescente, pois a substituição do processo normal, com a adoção de alternativas construtivas ao representado, pode ser a melhor solução ao caso concreto.

A *remissão* concedida pelo Juiz, após o *oferecimento da representação*, importará na suspensão ou na extinção do processo, razão pela qual deve ser prestigiada e mantida a audiência de *apresentação* do adolescente, nos termos do art. 184 do ECA, que não dispõe sobre produção probatória. Eventual assunção de culpa, durante o ato, é similar ao conteúdo de confissão extrajudicial perante autoridade policial ou ministerial, *sem aptidão para, per se, subsidiar a procedência da ação*.

Dito isso, e diante da ausência de previsão de interrogatório na Lei n. 8.069/1990, a aplicação supletiva do art. 400 do CPP melhor atende ao contraditório e à ampla defesa, de modo que as alegações da Defensoria suscitam a necessidade de análise do direito afirmado segundo o art. 5º, LV, da CF, à luz do devido processo legal substancial, garantia assegurada à pessoa humana em qualquer âmbito judicial.

Além disso, é de ser vedado ao adolescente o tratamento mais gravoso do que o conferido aos adultos. Afinal, o processo ajuizado em seu desfavor também pode culminar na imposição de medidas coercitivas, inclusive restritivas de liberdade.

Durante o trâmite da representação, a defesa técnica é garantia obrigatória. Resta prestigiar, para que um processo justo se concretize, a *autodefesa*; é dizer, a oportunidade ao adolescente, de se expressar e tentar convencer o juiz a respeito dos fatos.

O interrogatório é, hoje, reconhecida modalidade de *autodefesa*. Por isso, para ser efetivo, deve ser realizado depois da instrução e da realização das provas, para que o processado tenha condições de refutar o material produzido e influenciar a convicção judicial. A problemática precisa ser analisada conforme o escopo da Lei n. 8.069/1990, de preservar os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes, sujeitos (e não meros objetos) de direito (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

### III. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Os princípios fundamentais dos direitos são a base para a interpretação e a aplicação das leis; têm sido objeto de debates constantes, influenciados por mudanças na sociedade.

O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura a toda criança e adolescente “os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”. Pode-se, portanto, ampliar a proteção integral dos sujeitos de direito. O art. 110 do mesmo estatuto dispõe que: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

O princípio remonta a período distante e reapareceu, em 1215, na Carta de João Sem Terra. Na interpretação das leis, avança-se, cada vez mais, para o implemento de um devido processo legal *substantial*, e não apenas o *procedural due process* (no que diz respeito ao aspecto formal ou procedimental).

A Constituição Federal nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de, *pessoalmente* e perante a autoridade judicial competente, o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o meio de prova deve ser realizado ao final da instrução.

Na seara minorista não pode ser diferente. Conforme lição exposta no artigo “A Garantia da Defesa Efetiva na Apuração de Ato Infracional”, de *Nereu José Giacomolli*, Pós-Doutor pela *Università degli Studi di Torino*, e de *Nathalia Beduhn Schneider*, Mestranda em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS:

No momento processual da autodefesa do adolescente, impera destacar ponto-chave no processo penal juvenil, o qual merece especial atenção no que tange à ampla defesa – o direito à última palavra. Esse direito se insere na garantia da ampla defesa, na perspectiva de alegar, declarar, manifestar, complementar, rebater e contraditar as declarações efetuadas desde o polo ativo imputacional. Aplica-se tanto à defesa pessoal quanto à defesa técnica. Assim, o interrogatório do acusado há de ser realizado depois da colheita da prova, em todos os procedimentos criminais, inclusive na fase preliminar investigatória, sob pena de o interrogatório ser mantido na categoria exclusiva de meio de prova e o imputado ser considerado objeto de prova e não sujeito do procedimento. Contudo, indo de encontro a essa premissa, na justiça juvenil o adolescente é ouvido em juízo somente no início do processo, na audiência de apresentação, não havendo outra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente para que seja ouvido ao final da instrução probatória. A previsão estatutária do interrogatório relaciona-se diretamente ao direito que possui o adolescente de ser ouvido, expressar-se livremente e ter sua opinião levada em consideração, conforme estabelecido no art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança [...]

(in: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 77-88).

*Além disso, impõe assinalar que, desde as alterações no Código de Processo Penal, em 2008, estabeleceu-se a regra geral de realização do interrogatório como derradeira providência da instrução criminal, tanto no rito comum (art. 400 do CPP) quanto no sumário e sumaríssimo (art. 531 do CPP e 81 da Lei n. 9.099/1995).*

*Também no procedimento de apuração de atos infracionais deve ser consagrada essa diretriz, que melhor se coaduna com um devido processo justo, a fim de oportunizar ao adolescente o direito de ser ouvido pelo Juiz no último ato de instrução, independentemente de previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois essa interpretação é permitida, inclusive, pelos arts. 110 e 111 do ECA.*

Inspira e torna realizável a alteração da jurisprudência a razoabilidade que deve prevalecer na interpretação dos princípios do direito de nosso tempo.

Destaque-se que, por meio do Decreto n. 768, de 6/11/1992, promulgou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22/11/1969, a qual consagra o seguinte:

## **ARTIGO 8**

**Garantias Judiciais 1.** Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

*As Regras de Beijing – acordo internacional, firmado entre as nações que integram a ONU como Países Membros, do qual o Brasil faz parte –, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 40/33, de 29/11/1985, estabelecem que (destaquei):*

*7.1. As garantias fundamentais do processo, tais como a presunção de inocência, o direito de ser notificado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutor, o direito de interrogar e confrontar as testemunhas e o direito ao recurso serão asseguradas em todas as fases do processo.*

[...]

*14.2. O processo favorecerá os interesses do menor e será conduzido numa atmosfera de compreensão, que permita ao jovem participar e expressar-se livremente.*

O procedimento da representação deve conformar-se, simetricamente, com os direitos mínimos assegurados a qualquer acusado. Dispositivos que contribuam para um julgamento justo e equitativo, e que consagram os meios comuns de defesa, devem ser aplicados supletivamente pelo juiz para preenchimento da lacuna existente na Lei n. 8.069/1990.

Assim, com o *permissivo do art. 3º do ECA*, o art. 400 do Código de Processo Penal deve incidir na seara infracional para a máxima efetividade das dimensões elementares do devido processo legal.

Nesse sentido, foram exaradas as seguintes decisões monocráticas no âmbito do Supremo Tribunal Federal: *HC n. 212.693/PR*, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 7/4/2022; *HC n. 215.009/PR*, Rel. Ministro Nunes Marques, DJe 26/8/2022, e *RHC n. 220.941/SC*, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 17/11/2022.

#### IV. MODULAÇÃO

Faz-se necessária a modulação do entendimento que *inova o ordenamento jurídico*. Para que a significativa alteração não comprometa a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF) e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da atual Constituição Federal e a vigência da Lei n. 8.069/1990, é preciso limitar seus efeitos retrospectivos para proteção da confiança e da estabilidade das decisões judiciais.

Até mesmo em relação aos precedentes obrigatórios, Luiz Guilherme Marinoni destaca: “a retroatividade de uma decisão que substitui precedente que, por certo período, pautou e orientou a conduta dos jurisdicionados, é tão injusta quanto a perpetuação do precedente judicialmente declarado injusto” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013).

*Como marco de aplicação da nova jurisprudência, é possível adotar o dia do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal*, a respeito da ordem do interrogatório, quando houve orientação para aplicação supletiva, aos procedimentos regidos por lei especial, da previsão do art. 400 do Código de Processo Penal (CPP). Confira-se:

[...] a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a *todos os procedimentos penais regidos por legislação especial* incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.

[...]

(HC n. 127900, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 3/3/2016, DJ 3/8/2016).

A partir desse julgado, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal sinalizou aos integrantes do Poder Judiciário e aos demais operadores do direito a importância do interrogatório como último ato da instrução, não obstante as previsões legais especiais.

*Mostra-se razoável que a nova interpretação sobre o rito de apuração do ato infracional seja aplicado a processos com instrução encerrada após 3/3/2016, quando apontada pela defesa, em tempo oportuno, a nulidade por inversão da ordem de interrogatório. Se houver provocação da parte, o prejuízo é intuitivo e deve ser reconhecido pelo julgador, pois decorre de mero raciocínio lógico.*

O profissional que assiste o adolescente é quem possui melhores condições para identificar o dano causado pela falta de autodefesa ao final da instrução. Se o defensor não pediu nem identificou o prejuízo e não divisou a possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação de cerceamento do direito, como mera estratégia de invalidação da sentença, muito tempo depois de finalizada a relação processual, revela comportamento contraditório.

Deveras:

[...] A Terceira Seção dessa Corte Superior, no julgamento da Revisão Criminal n. 5.563/DF, em 12/5/2021, firmou entendimento de que “a nulidade decorrente da inversão da ordem do interrogatório - prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal - está sujeita à preclusão e demanda a demonstração de prejuízo, sendo esta a orientação do Supremo Tribunal Federal” (AgRg no AREsp n. 1.895.902/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022, grifei).

2. No caso, a defesa não impugnou a nulidade de inversão do interrogatório na audiência de instrução em que ocorrido o alegado vício, circunstância que importa na ocorrência de preclusão, fundamento sequer infirmado nesta oportunidade; tampouco logrou demonstrar o prejuízo concreto sofrido pelo agravante, o que afasta o reconhecimento da nulidade apontada.

[...]

(AgRg no AgRg no HC n. 560.769/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 16/3/2023.)

Assim, propõe-se a fixação das seguintes orientações para o julgamento do caso concreto, as quais poderão, doravante, orientar a interpretação do direito federal infraconstitucional:

*a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença;*

*b) não há previsão legal para a realização de atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão, nessa oportunidade, não poderá, per se, lastrear a procedência da representação;*

*c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor;*

*d) o novo entendimento é adequado aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, adotando-se como parâmetro o julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno;*

*e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é perceptível por mero raciocínio lógico.*

## V. CASO CONCRETO

No caso concreto, a Defensoria Pública pediu: a) a nulidade do processo por falta de interrogatório do adolescente ao final da instrução e b) a alteração da medida socioeducativa a ele aplicada.

Na ata da audiência de apresentação e de continuação, o defensor *não* pediu a oitiva do adolescente, *nem se insurgiu contra a ordem do interrogatório*. Confira-se (fl. 65):

Pela ordem, o Dr. Defensor Público pediu a palavra, para assim se manifestar: tendo em conta que V. Ex<sup>a</sup> aplica o artigo 400 do CPP para realização de audiência una, requer que seja exposto às testemunhas apenas o fato para o qual vão depor, não descrevendo a dinâmica do evento.

Na defesa prévia ou em alegações finais, a Defensoria Pública ficou silente, *in verbis*: “pela Defesa foi dito: a prova produzida não leva à certeza da estabilidade e permanência no que toca ao crime de associação. Restando apenas a imputação análoga ao delito de tráfico de drogas. Assim, considerando-se ter sido a primeira

passagem do adolescente pelo sistema, cabível MSE compatível com a que caberia se adulto fosse, aplicando-se o 33, § 4º da Lei de Drogas” (fl. 67).

Todavia, há uma peculiaridade a ser destacada. No caso, *foi o próprio Magistrado quem decidiu aplicar o rito do art. 400 do CPP* para realização de audiência una. Assim, uma vez adotada essa sistemática, era de rigor a observância do dispositivo também no que se refere à ordem de interrogatório, mesmo sem pedido da defesa. Proferida a sentença, no recurso de apelação, houve, na primeira oportunidade, o requerimento de “declaração da invalidade do feito, [...] em razão de o interrogatório ter sido o primeiro ato da instrução” (fl. 116).

Nesse contexto, *a tese não estava preclusa*. O prejuízo suportado pelo adolescente é identificável por meio de mero raciocínio lógico, pois, uma vez aplicado o rito do art. 400 do CPP, o interrogatório deixou de ser realizado como último ato da instrução, o que violou as garantias básicas do processado.

## VI. DISPOSITIVO

À vista do exposto, e com a observação das *orientações descritas no item IV, concedo o habeas corpus a fim de declarar a nulidade do processo desde a sentença e determinar ao Juiz que designe nova audiência para a realização de interrogatório do adolescente, conforme a ordem estabelecida no art. 400 do CPP. Dê-se, ainda, ciência ao CNJ (DMF) e à Coordenadoria Judiciária de Articulação das Varas da Infância e Juventude (CEVIJ) do TJRJ.*

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

**Número Registro: 2022/0282401-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 769.197 / RJ**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Números Origem: 00076788920228190002 76788920228190002 917000412022**

**EM MESA**

**JULGADO: 14/06/2023**

**SEGREDO DE JUSTIÇA**

**Relator**

**Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS**  
**Subprocuradora-Geral da República**  
**Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**  
**Secretário**  
**Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA**

### **AUTUAÇÃO**

**IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**PACIENTE: P B R A (INTERNADO)**  
**ADVOGADO: PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO - DEFENSOR PÚBLICO**  
**-RJ082409**  
**INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ato Infracional - Previstos**  
**na Legislação Extravagante - De Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas - Tráfico**  
**de Drogas e Condutas Afins**

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

O Dr. Pedro Paulo Lourival Carriello (Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro) sustentou oralmente pela parte Paciente: P B R A.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, fixou orientações para a interpretação do direito federal infraconstitucional e concedeu a ordem em *habeas corpus*, a fim de anular o processo a partir da sentença e determinar ao Juiz a redesignação de audiência, para interrogatório do adolescente como ato final da instrução, antes do julgamento da representação, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) e Sebastião Reis

Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.