

RECURSO ESPECIAL Nº 2088626 / RIO GRANDE DO SUL (2023/0268799-8)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE: D E C

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - “*AMICUS CURIAE*”

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP PARA INTERROGATÓRIO DO ADOLESCENTE AO FINAL DA INSTRUÇÃO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA TESE JURÍDICA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão que não reconheceu a possibilidade de interrogatório do adolescente em procedimento de apuração de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado.

2. A discussão consiste em saber se o art. 400 do CPP é aplicável subsidiariamente ao rito especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Esta Corte, no passado, não reconhecia a obrigatoriedade de o adolescente ser ouvido sobre as suas responsabilidades como ato final da instrução. Prevalencia a compreensão de que, nos termos do art. 184 do ECA, uma vez oferecida a representação, a autoridade judiciária deveria designar apenas a audiência de apresentação do processado para decidir, desde logo, sobre a decretação ou a manutenção da internação e a possibilidade de remissão.

4. Entretanto, houve evolução na jurisprudência para evitar que os adolescentes enfrentem tratamento mais gravoso do que o estabelecido aos adultos e, conforme o decidido pela Terceira Seção, a partir do julgamento do HC n. 769.197/RJ, este Superior Tribunal passou a reconhecer a necessidade de aplicar a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal ao rito especial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na oportunidade, o colegiado definiu a modulação dos efeitos da decisão.

5. Neste recurso especial, reafirma-se o mesmo entendimento. O interrogatório há de ser visto como meio de defesa e precisa ser realizado como último ato instrutório, a fim de que o representado tenha condições efetivas de influenciar a convicção judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como meros objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

6. O art. 3º da Lei n. 8.069/1990 assegura aos indivíduos em desenvolvimento “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”.

7. A Constituição Federal de 1988 garante aos acusados em geral, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, direito que engloba a perspectiva de o representado por ato infracional 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.

8. Essa é a interpretação que melhor se conforma com um devido processo legal justo. Além disso, impõe-se prestigiar a modulação da tese jurídica já fixada pela Terceira Seção desta Corte. Assim, os efeitos retrospectivos deste julgado devem incidir a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, firmou o entendimento de que o art. 400 do CPP era aplicável também aos ritos previstos em leis especiais.

9. Doravante, é preciso observar as seguintes orientações: a) oferecida a representação, será designada audiência de apresentação, para a decisão sobre a internação provisória e a possibilidade de remissão, a qual poderá ser concedida a qualquer tempo antes da sentença; b) nessa oportunidade inicial, é vedada a atividade probatória, e eventual colheita de confissão não poderá, por si só, fundamentar a procedência da ação; c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, para garantir 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 e

e) para ser reconhecida, a nulidade deve ser alegada no momento oportuno, sob pena de preclusão.

10. Em regra, se o profissional não identificou, de pronto, o prejuízo à autodefesa e a possibilidade de o representado, com suas palavras, interferir no resultado do processo, a nulidade processual não pode ser presumida por esta Corte. A alegação extemporânea de nulidade, apenas como mera estratégia de invalidação da sentença em fase mais oportuna, revela comportamento contraditório, incompatível com a boa-fé processual.

11. No caso concreto, a representação foi recebida em 2021, e a defesa suscitou oportunamente a nulidade em alegações finais, mas a preliminar foi rejeitada na sentença mantida pelo Tribunal de origem. Não houve preclusão e é evidente o prejuízo suportado pelo adolescente, decorrente da violação ao direito de exercer a autodefesa, em afronta à garantia do devido processo legal.

12. Recurso provido para reconhecer a nulidade apontada pelo recorrente e fixar a seguinte tese de julgamento: No rito especial que visa apurar a prática de ato infracional, além da audiência de apresentação do adolescente prevista no art. 184 do ECA, aplica-se subsidiariamente o art. 400 do CPP, de modo que, em acréscimo, é preciso garantir ao adolescente o interrogatório ao final da instrução. A inobservância desse procedimento implicará nulidade se o prejuízo à autodefesa for informado pela parte na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão. O entendimento é aplicável aos feitos com instrução encerrada após 3/3/2016.

RELATÓRIO

D. E. C. interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 250-266).

A Defensoria Pública explica que as instâncias ordinárias confundiram a audiência de apresentação, prevista no art. 184 e seguintes do ECA, com a norma estabelecida no art. 400 do CPP, a qual deve ser aplicada de forma subsidiária nas representações por atos infracionais. Argumenta que a representação para apurar a prática de ato infracional pode resultar na fixação de medida socioeducativa e que a falta de interrogatório, segundo o vetor do art. 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente, causou evidente prejuízo ao adolescente em conflito com a lei, pois não foram observadas as regras constitucionais do devido processo legal.

Requer, por isso, o reconhecimento da “violação do artigo 400 do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 152 do Estatuto da Criança e Adolescente, com a desconstituição da sentença/acórdão recorrido e determinação da realização de nova oitiva (interrogatório) do Recorrente e a prolatação de nova sentença” (fl. 282).

Contrarrazões às fls. 287-290, pela inadmissão do reclamo (Súmulas n. 7 e 83 do STJ) e, no mérito, pelo não provimento. Decisão de admissibilidade às fls. 292-297.

A Terceira Seção desta Corte, por unanimidade, afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-C do RISTJ).

No parecer de fls. 366-389, o Ministério Público Federal opinou:

[...] pelo conhecimento e não provimento do recurso especial, com a fixação da tese no sentido de que “Embora o procedimento que apura ato infracional tenha regras próprias, a oitiva do adolescente em audiência de apresentação (art. 184 do ECA) não exclui a necessidade - diante da lacuna existente na Lei n. 8.069/1990, a autorizar a aplicação subsidiária do art. 400 do CPP, - da realização de interrogatório como último ato da instrução, após o representado ter conhecimento de todas as provas produzidas. De qualquer modo, a não aplicação do art. 400 do CPP somente implicará nulidade se suscitada oportunamente pela defesa e demonstrado o prejuízo”.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na condição de *amicus curiae*, manifesta-se pelo não provimento do recurso especial, com a fixação da seguinte tese: “o artigo 400 do Código de Processo Penal não se aplica ao processo socioeducativo, frente a existência de metodologia própria e especial, consubstanciada nos ditames da Lei n. 8.069/90”.

Consta o seguinte registro nos Memoriais às fls. 431-459 (fl. 437):

[...] para os *Parquets* gaúcho e fluminense, deve-se preservar o modelo original, aquele previsto na Lei 8.069/90 e que até hoje – dentro, claro, das idiossincrasias jurídicas e judiciais inerentes ao sistema – preservou os interesses dos representados, isto é, aqueles que ainda não alcançaram a maioria penal e que não devem, mesmo para fins ritualísticos, a estes se equipararem.

Registre-se, por fim, que também foi afetado o REsp n. 210.005/RS, que terá iguais fundamentos decisórios.

VOTO

Trata-se, na origem, de representação recebida em 8/7/2021. Ao adolescente infrator, nascido em 21/3/2003, foi aplicada medida socioeducativa pela prática de ato infracional análogo ao crime de roubo majorado. A controvérsia diz respeito à aplicação subsidiária do art. 400 do Código de Processo Penal (CPP) ao rito especial da representação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O recurso especial é tempestivo, indica questão de direito e que está prequestionada. Não verifico sua prejudicialidade, pois, mesmo considerando que o recorrente atingiu a idade limite de 21 anos para a aplicação de medidas socioeducativas, o registro que a defesa pretende anular pode ser usado contra o mesmo indivíduo, já adulto, como para evidenciar a periculosidade social para fins de decretação da prisão preventiva.

I. Jurisprudência sobre o tema

A representação e seu rito são previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para fins de apuração da prática de atos infracionais cometidos por adolescentes de 18 anos. Oferecida a ação pelo Ministério Público, o Juiz designará a audiência inicial de apresentação, na qual o adolescente será ouvido pelo Juiz e informado sobre os seus direitos e deveres.

Na sequência, se não for concedida a remissão, ocorrerá a apresentação da defesa prévia, a instrução do processo em audiência de continuação (oitiva de testemunhas, juntadas de provas e debates finais das partes) e o julgamento da ação. Ao final, o Magistrado irá proferir a sentença, que pode ser de absolvição ou aplicação de medida socioeducativa.

Cito, a seguir, alguns julgados que, no passado, retratavam a compreensão desta Corte a respeito da controvérsia. Confira-se:

[...] 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^a. Min^a. 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. 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. 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)

A interpretação então dominante era a de que, como o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece um procedimento próprio para o julgamento da representação, com a previsão de audiência de apresentação logo após o oferecimento da ação, a falta de interrogatório do adolescente ao final da instrução não consubstanciava nulidade do processo.

Com efeito, 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.

Todavia, houve mudança de entendimento em relação ao procedimento especial de apuração do ato infracional.

A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 769.197/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 21/6/2023, passou a reconhecer a necessidade de nova oitiva do adolescente ao final da instrução.

Na oportunidade, o colegiado decidiu que 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.

Confira-se:

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 adolescenteista, sob o fundamento de que o adolescente 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.

(HC n. 769.197/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 21/6/2023).

II. Razões de decidir

Doravante, deve ser mantido o mesmo entendimento firmado pela Terceira Seção desta Corte.

Eis o resumo do modelo do procedimento previsto na legislação especial juvenil:

REPRESENTAÇÃO – AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE – REMISSÃO OU AUDIÊNCIA DE CONTINUAÇÃO – DEFESA PRÉVIA – INSTRUÇÃO DEBATES – SENTENÇA.

O adolescente deve comparecer para ser ouvido pela autoridade judiciária após o oferecimento da representação, como fase inicial do processo.

O art. 186 do ECA – 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. 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 adolescentes (Regras de Beijing) com o propósito de evitar, quando possível, a instauração de processo nocivo e estigmatizante ao adolescente.

O sucesso da intervenção estatal depende desse primeiro contato do Juiz com o indivíduo em desenvolvimento, pois a substituição do processo formal, com a adoção de medidas alternativas construtivas ao representado, pode ser a melhor solução ao caso concreto, apropriada e compatível com o bem-estar do jovem e o interesse da sociedade.

A remissão, uma vez concedida pelo Juiz, importará na suspensão ou na extinção do processo. Portanto, deve ser prestigiada e mantida a audiência de apresentação, nos termos do art. 184 do ECA, que não dispõe sobre produção probatória. Eventual confissão 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 Pública suscitem 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 em processo que também pode resultar na imposição de medidas coercitivas, como a internação e a semiliberdade.

Durante o trâmite da representação, a defesa técnica é garantia obrigatória. Deve-se prestigiar, também, e com amplitude, a oportunidade ao adolescente de se expressar e tentar convencer o juiz a respeito dos fatos a ele atribuídos.

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 contradizer o material produzido e influenciar a convicção judicial. A problemática precisa ser analisada conforme o objetivo 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).

Ademais, 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”.

É pertinente e recomendável, portanto, a evolução da jurisprudência para ampliar a proteção integral dos sujeitos de direito, pois o art. 110 do mesmo estatuto dispõe que: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

Ressalte-se que a Constituição Federal nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa 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 ainda não se sabe, o meio de prova deve ser realizado ao final da instrução.

Na seara juvenil não há razões para 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, é importante mencionar que, desde as alterações no Código de Processo Penal, em 2008, estabeleceu-se a regra geral de realização do interrogatório como última 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 prestigiada essa diretriz, 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 sistemática é permitida, inclusive, pelos arts. 110 e 111 do ECA.

Ainda, e conforme o art. 152 do ECA, “aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente”.

Portanto, inspira e torna realizável a fixação desta tese jurídica 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 Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regra 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:

7 - DIREITOS DOS JOVENS

7.1. Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.

[...]

14.2 Os procedimentos favorecerão os interesses do jovem e serão conduzidos numa atmosfera de compreensão, que lhe permita participar e se expressar livremente.

A representação por ato infracional deve conformar-se, simetricamente, com as garantias mínimas asseguradas a qualquer acusado. Os dispositivos previstos na legislação processual penal que contribuam para julgamentos justos e equitativos e que consagrem a plenitude da defesa e a oportunidade de o adolescente participar das apurações e se expressar devem ser aplicados supletivamente pelo juiz para preenchimento da lacuna existente na Lei n. 8.069/1990.

Assim, e conforme o permissivo dos arts. 3º e 152 do ECA, o art. 400 do Código de Processo Penal deve incidir na seara infracional.

Nesse sentido, foram proferidas 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.

Ressalto, por oportuno, que ao decidir a Reclamação n. 61.829/RS, o Ministro Cristiano Zanin (publicação em 19/3/2024), relator do feito, pontuou que a adoção do interrogatório como último ato da representação por ato infracional não equivale à declaração de inconstitucionalidade do art. 186 do ECA e não viola a cláusula de reserva de plenário. Trata-se de um acréscimo procedimental compatível com as garantias do contraditório e da ampla defesa. Confira-se:

A meu ver, a não observância do CPP na hipótese acarreta prejuízo evidente à defesa dos pacientes, em face dos princípios

constitucionais em jogo, pois a não realização de novo interrogatório ao final da instrução subtraiu-lhes a possibilidade de se manifestarem, pessoalmente, sobre a prova acusatória coligida em seu desfavor (contraditório) e de, no exercício do direito de audiência (ampla defesa), influir na formação do convencimento do julgador (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARANCA FERNANDES, Antônio. As nulidades do processo penal. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75).

Nas palavras de Juarez de Freitas, se a norma especial colidir, parcial ou totalmente, com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior (A Interpretação Sistemática do Direito. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108).

Anoto, ademais, que, em detrimento do princípio da especialidade, o Supremo Tribunal Federal tem assentado a prevalência das normas contidas no Código de Processo Penal em feitos criminais de sua competência originária, que, como se sabe, são regidos pela Lei nº 8.038/90. Cito, por exemplo, a AP nº 679- QO/RJ, DJe de 30/4/13; e a AP nº 441/SP, DJe de 6/6/12, ambas de minha relatoria."

Nessa linha, registro julgados do Supremo Tribunal Federal que, empregando o entendimento estabelecido pelo HC 127.900/AM, também prestigiaram o art. 400 do CPP - que prevê o interrogatório do acusado como último ato de instrução -, em prejuízo da regra especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 186) relativa à oitiva do adolescente no início da instrução processual: HC 212.693/PR, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; HC 215.009/PR, da relatoria do Ministro Nunes Marques; RHC 224.561/SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux, RHC 220.941 e RHC 225.053/SC, ambos da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso; Ante o exposto, julgo improcedente o pedido (art. 161, parágrafo único, do RISTF).

III. Modulação dos efeitos da tese jurídica

A modulação do entendimento que inova o ordenamento jurídico já foi decidida anteriormente pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 769.197/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/6/2023, DJe de 21/6/2023.

Na oportunidade, foi ponderado que, 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).

Confirmo, portanto, a modulação anteriormente decidida por esta Corte. Como marco de aplicação da nova jurisprudência, adota-se o dia do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a respeito da ordem do interrogatório, quando houve orientação geral 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).

Ressalte-se que, a partir desse julgado, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal sinalizou aos órgãos do Poder Judiciário e aos demais operadores do direito a importância de prestigiar o 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 aplicada a processos com instrução encerrada após 3/3/2016, desde que a nulidade haja sido apontada pela defesa, em tempo oportuno.

Se houver provocação da parte, na primeira oportunidade para se manifestar nos autos, o prejuízo é intuitivo e evidente, pois resulta de mero raciocínio lógico e do comprometimento da autodefesa.

O profissional que assiste o adolescente é quem tem melhores condições para identificar o dano causado pela falta de sua oitiva ao final da instrução. Se o próprio defensor não identificou a eventual possibilidade de o jovem, com suas palavras, interferir na convicção judicial, a nulidade não pode ser presumida por esta Corte. A alegação extemporânea de nulidade, apenas como estratégia de invalidação da sentença em fase mais oportuna, revela comportamento contraditório, incompatível com a boa-fé processual.

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).

2. No caso, a defesa não impugnou a nulidade de inversão do interrogatório na audiência de instrução em que ocorreu 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, propõem-se os seguintes entendimentos:

a) em consonância com o art. 184 do ECA, uma vez oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou a 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 provas 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 conhecimento do acervo probatório produzido em seu desfavor;

d) o novo entendimento é aplicável 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) para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão, quando o prejuízo à parte será perceptível por mero raciocínio lógico.

IV. Análise do caso concreto

No caso em exame, estamos diante de representação recebida em 8/7/2021, ajuizada contra indivíduo nascido no dia 21/3/2003. A Defensoria Pública requereu, em 10/6/2022, ao protocolar as alegações finais, a nulidade do processo. Foi prolatada a sentença no dia 24/6/2022.

O Juiz, em manifestação mantida pelo Tribunal de origem (fl. 141 e seguintes), rejeitou a preliminar, pois “não há se falar em oitiva do adolescente após colhidos os depoimentos das testemunhas, sob pena de ferir dispositivo de lei específica que é aplicável de forma prioritária e, desta forma, ferir o próprio princípio constitucional da legalidade” (fl. 143).

Nesse contexto, a nulidade foi indicada de forma oportuna e não ocorreu a preclusão. O prejuízo suportado pelo adolescente, relacionado ao direito de exercer a autodefesa, é identificável por meio de mero raciocínio lógico, haja vista a garantia do devido processo legal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso especial, para, uma vez reconhecida a violação dos arts. 400 do CPP e 152 do ECA, propor a seguinte tese:

No rito especial que visa apurar a prática de ato infracional, além da audiência de apresentação do adolescente prevista no art. 184 do ECA, aplica-se subsidiariamente o art. 400 do CPP, de modo que, em acréscimo, é preciso garantir ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, após a produção de todas as provas. A inobservância desse procedimento implicará nulidade se o prejuízo à autodefesa for informado pela defesa na primeira oportunidade que tiver para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão. O entendimento é aplicável aos feitos com instrução encerrada após 3/3/2016.

Reconheço, no caso concreto, a violação federal e declaro a nulidade do processo deflagrado contra o recorrente desde a sentença. Deixo de determinar ao Juiz o refazimento do ato, por ter o representado alcançado a idade de 21 anos.