

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO
JUDICIAL DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL:
ANÁLISE SOBRE A MITIGAÇÃO LEGAL DA PROTEÇÃO
INTEGRAL AOS ADOLESCENTES INFRATORES**

RAFAEL PEDRI SAMPAIO

Itajaí-SC, fevereiro de 2024.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

PROJETO DE PESQUISA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS CONTEMPORÂNEOS DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

**GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO
JUDICIAL DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL:
ANÁLISE SOBRE A MITIGAÇÃO LEGAL DA PROTEÇÃO
INTEGRAL AOS ADOLESCENTES INFRATORES.**

RAFAEL PEDRI SAMPAIO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Airto Chaves Junior

Coorientador: Professor Doutor Henrique da Rosa Ziesemer

Itajaí-SC, fevereiro de 2024.

AGRADECIMENTOS

Ao Ministério Público de Santa Catarina nas pessoas do ex-Procurador-Geral de Justiça Dr. Fernando da Silva Comin e do atual Procurador-Geral de Justiça Dr.

Fabio de Souza Trajano pela oportunidade de realização do curso.

À Universidade do Vale do Itajaí pela difusão do conhecimento.

Ao professor orientador Dr. Airto Chaves Junior e ao professor coorientador Dr.

Henrique da Rosa Ziesemer pelas precisas intervenções e indicação de material de pesquisa.

À minha esposa Nathache e aos meus filhos Rafaela e Theo pelo afeto nas horas mais difíceis e pela compreensão da ausência mesmo com a imensa vontade de estarmos juntos.

DEDICATÓRIA

A todos os adolescentes que recebem a
pecha de infratores quando nada mais
são do que sujeitos em desenvolvimento
titulares de proteção integral.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora, o Orientador e o Coorientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, fevereiro de 2024.



Documento assinado digitalmente

RAFAEL PEDRI SAMPAIO

Data: 19/04/2024 15:20:27-0300

Verifique em <https://validar.itu.gov.br>

Rafael Pedri Sampaio
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 28/02/2024, às 10h30, o mestrando Rafael Pedri Sampaio fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título "GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL: ANÁLISE SOBRE A MITIGAÇÃO LEGAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL AOS ADOLESCENTES INFRATORES".

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Aírto Chaves Junior (UNIVALI), como presidente e orientador, Doutor Henrique da Rosa Ziesemer (Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina), como coorientador, Doutor Paulo de Tarso de Brandão (Universidade Federal do Maranhão/UFMA), como membro, Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI), como membro e Doutora Denise Schmitt Siqueira Garcia (UNIVALI), como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 28 de fevereiro de 2024.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MP	Ministério Público
ODS	Objetivo de Desenvolvimento Sustentável
PSC	Prestação de Serviços à Comunidade
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

ROL DE CATEGORIAS

Adolescente: Pessoa entre doze e dezoito anos de idade.¹

Ampla Defesa: Direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação.²

Ato Infracional: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.³

Autodefesa: Consiste na atuação leiga do réu no sentido de buscar, por si próprio, no seio de uma persecução penal, a melhor solução possível.⁴

Contraditório: Preceitua a igualdade que deverá ser observada em qualquer processo, assegurando-se às partes o direito de ação e o direito de defesa, incluindo, pois, o direito à informação (ciência) dos acontecimentos processuais.⁵

Devido Processo Legal: Processo que envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.⁶

Dignidade Humana: Pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.⁷

¹ BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Art. 2º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

³ BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Art. 103. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Acusação e defesa no processo penal brasileiro.** Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54868718/RAMOS_acusacao_e_defesa_no_processo_penal_brasileiro-libre.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

⁵ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional.** 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. p. 941-942.

⁶ MARQUES, Frederico *apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 432.

⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 534.

Direitos Fundamentais: Posições jurídicas que do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.⁸

Estado Democrático de Direito: É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real no foram capazes de construir.⁹

Garantias Constitucionais: Caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância, ou no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.¹⁰

Intervenção Mínima: Princípio que rege a intervenção a ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente.¹¹

Justa Causa: Significa a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva.¹²

Medida Socioeducativa: É a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva.¹³

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 326.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 120.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 189.

¹¹ BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Art. 100, parágrafo único, VII. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 212.

¹³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 134.

Presunção de Inocência: Princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.¹⁴

Proteção Integral: Doutrina que reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais.¹⁵

Remissão: Forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo infracional.¹⁶

Representação: Petição oferecida pelo Ministério Público à autoridade judiciária para a instauração do procedimento para aplicação de medida socioeducativa.¹⁷

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 612.

¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry, LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 9.

¹⁶ BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Art. 126. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹⁷ BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Art. 182. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

SUMÁRIO

RESUMO.....	15
ABSTRACT.....	17
INTRODUÇÃO.....	19
CAPÍTULO 1.....	24
O ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	24
1.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DOCUMENTOS QUE A ORIGINARAM.....	24
1.2 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.....	29
1.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ATO INFRACIONAL.....	35
1.4 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	38
1.4.1 Espécies.....	41
1.4.1.1 Advertência.....	43
1.4.1.2 Reparação dos Danos.....	45
1.4.1.3 Prestação de Serviços à Comunidade.....	47
1.4.1.4 Liberdade Assistida.....	49
1.4.1.5 Semiliberdade.....	52
1.4.1.6 Internação em Estabelecimento Educacional.....	54
1.5 PRINCÍPIOS PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS.....	58
1.5.1 Definição de Princípios.....	58

1.5.2 Princípios Previstos no Artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	60
1.5.2.1 Condição da Criança e do Adolescente como Sujeitos de Direitos.....	61
1.5.2.2 Proteção Integral e Prioritária.....	63
1.5.2.3 Responsabilidade Primária e Solidária do Poder Público.....	64
1.5.2.4 Interesse Superior da Criança e do Adolescente.....	65
1.5.2.5 Privacidade.....	66
1.5.2.6 Intervenção Precoce e Intervenção Mínima.....	67
1.5.2.7 Proporcionalidade e Atualidade.....	69
1.5.2.8 Responsabilidade Parental e Prevalência da Família.....	72
1.5.2.9 Obrigatoriedade da informação, oitiva obrigatória e participação.....	74
CAPÍTULO 2.....	76
AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE DEFESA.....	76
2.1 DIGNIDADE HUMANA COMO BALIZA AO PODER PUNITIVO.....	76
2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	80
2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	85
2.3.1 In Dubio Pro Reo.....	88
2.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS IMPLICAÇÕES.....	90
2.5 O CONTRADITÓRIO, A INFORMAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO.....	94
2.6 A LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO ESTATAL CONSUBSTANCIADA NA AMPLA DEFESA.....	99
2.6.1 Isonomia entre Acusação e Defesa.....	102

2.6.2 Defesa Técnica, Autodefesa e Direito ao Silêncio.....	107
2.7 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	119
CAPÍTULO 3.....	125
VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	125
3.1 ADOÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO JUDICIAL DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL.....	125
3.2 OFERECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO SEM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE AUTORIA E MATERIALIDADE.....	133
3.2.1 Justa Causa.....	133
3.2.2 Inexigibilidade de justa causa como forma de violação da proporcionalidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.....	137
3.3 A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL QUE RECEBE A REPRESENTAÇÃO CONTRA O ADOLESCENTE INFRATOR E SUAS IMPLICAÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.....	140
3.4 REMISSÃO JUDICIAL E OS REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO.....	148
3.4.1 Ausência de Motivação Expressa na Decisão que Não Concede a Remissão e a Violação ao Preceito do Livre Convencimento Motivado.....	151
3.5 A APRESENTAÇÃO JUDICIAL DO ADOLESCENTE COMO PRIMEIRO ATO DA INSTRUÇÃO.....	156
3.5.1 O Interrogatório como Direito de Defesa.....	157
3.5.2 O Exercício da Autodefesa como Último Ato da Instrução.....	160
3.5.3 Violação do Contraditório e da Ampla Defesa na oitiva do Adolescente como Primeiro Ato Processual.....	163

3.5.3.1 Violação do Princípio da Intervenção Mínima ao Passar a Oitiva do Adolescente a ser o Último Ato do Processo por Inviabilizar a Remissão.....	166
3.5.3.2 A Autodefesa em Dois Momentos Processuais e a Imparcialidade do Juiz.....	169
3.6 DEFESA TÉCNICA E SEU PRAZO DE OFERECIMENTO.....	173
3.6.1 A Ausência de Prazo para a Acusação e o Desrespeito à Paridade de Armas.....	178
3.7 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A CONFIRMAÇÃO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA.....	180
3.8 JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO DE ATO INFRACIONAL.....	185
3.9 A CONDIÇÃO DE PROCESSADO E A ESTIGMATIZAÇÃO DO ADOLESCENTE.....	189
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	196
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	218

RESUMO

A presente Dissertação possui o tema Garantias Constitucionais no Procedimento Judicial de Apuração de Ato Infracional: Análise Sobre a Mitigação Legal da Proteção Integral aos Adolescentes Infratores. Está inserida no Projeto de Pesquisa Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais da linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, tendo sido produzida durante o programa de pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Objetiva analisar se o adolescente possui menos chance de defesa no processo judicial infracional em comparação ao adulto imputável a partir da posituação do procedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, com violação às garantias do direito de defesa, em afronta à Doutrina da Proteção Integral, o que torna a pesquisa relevante ante o possível descompasso com os ditames constitucionais e vinculada com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) da Organização das Nações Unidas. Para tanto, demonstrou-se a proteção constitucional de que são titulares crianças e adolescentes e a doutrina da proteção integral. Conceituou-se ato infracional e medida socioeducativa, com a apresentação de suas espécies e dos princípios que as regem, sendo esses os pontos estudados no primeiro capítulo. No segundo capítulo o estudo foi direcionado às Garantias Constitucionais do Direito de Defesa, à Dignidade Humana como baliza ao Poder Punitivo e aos direitos e garantias fundamentais relacionados à Constituição Federal, como o contraditório, ampla defesa, presunção da inocência e duplo grau de jurisdição. O terceiro capítulo discutiu a violação das Garantias Constitucionais relacionadas ao Direito de Defesa no Processo Infracional, apresentou o sistema acusatório, a inexigibilidade de justa causa para a representação, o momento da realização do interrogatório, a paridade de armas, a imparcialidade do juiz e o estigma da condição de processado. Na oportunidade ficou demonstrado que, apesar da Doutrina da Proteção Integral, há violação às Garantias Constitucionais do Direito de Defesa. Assim, conclui-se que os objetivos específicos da pesquisa foram atingidos, haja vista ter sido possível definir os conceitos propostos e concluir que o adolescente possui menores chances de defesa do que o adulto acusado de fato semelhante. Quanto à metodologia foram

empregados os Métodos Indutivo e Cartesiano com o Relatório dos Resultados expresso na base lógica indutiva.

Palavras-chave: Adolescente; Ato Infracional; Constitucionalismo; Direito de Defesa; Medida Socioeducativa; Produção do Direito; Proteção Integral.

ABSTRACT

The theme of this Dissertation is Constitutional Guarantees in the Judicial Procedure for Investigating Acts of Infractional: Analysis of the Legal Mitigation of Comprehensive Protection for Adolescent Offenders. It is part of the Research Project Contemporary Theoretical Foundations of Constitutional Principles and Guarantees, within the line of Constitutionalism and Production of Law, and the area of concentration Fundamentals of Positive Law. It was produced for the *Stricto Sensu* Master's degree program in Legal Science of the University of Vale do Itajaí - UNIVALI. The objective is to analyze whether the adolescent has less chance of defense in the infraction judicial process compared to the adult attributable from the positive procedure in the Child and Adolescent Statute, in violation of the constitutional guarantees of the right to defense and the Doctrine of Full Protection. This research is therefore relevant due to the possible discrepancy with constitutional dictates, and in light of Sustainable Development Goal (SDG) 16 (Peace, Justice and Strong Institutions) of the United Nations. In the first chapter, the constitutional protection enjoyed by children and adolescents, and the doctrine of full protection, were demonstrated. The infraction act and socio-educational measure were conceptualized, presenting the different types and the principles that govern them. In the second chapter, the study focused on the Constitutional Guarantees of the Right of Defense, Human Dignity as a guide to the Punitive Power, and the fundamental rights and guarantees related to the Federal Constitution, such as the contradictory, broad defense, presumption of innocence and double degree of jurisdiction. The third chapter discusses violation of the Constitutional Guarantees related to the Right of Defense in the Infractional Process, and presents the accusatory system, the non-requirement of just cause for representation, the moment of carrying out the interrogation, the concept of equality of arms, the impartiality of the judge, and the stigma of being prosecuted. It demonstrates that despite the Doctrine of Full Protection, there is a violation of the Constitutional Guarantees of the Right to Defense. Thus, it is concluded that the specific objectives of the research were achieved, as it was possible to define the proposed concepts and conclude that the adolescent has lower chances of defense than the adult accused of a similar fact. In terms of methodology, the Inductive and Cartesian Methods were used with the Results Report was expressed on an inductive logical basis.

Keywords: Adolescent; Infractions; Constitutionalism; Right of Defense; Socio-educational Measure; Production of Law; Full Protection.

INTRODUÇÃO

A Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito e no Projeto de Pesquisa Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada constituição cidadã, trata, de forma ampla, dos direitos e garantias fundamentais ao prever aos litigantes em processos judiciais e administrativos o contraditório e a ampla defesa com todos os meios a eles inerentes, bem como, assegura a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No âmbito constitucional também está prevista a proteção especial às crianças e adolescentes a ser observada com absoluta prioridade, com vedação de tratamento mais gravoso do que aquele dispensado aos adultos em idêntica situação, além de restar consagrado que são considerados penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, os quais estão sujeitos à legislação especial.

Seguindo o mandamento constitucional, dada a peculiar fase de desenvolvimento em que se encontram, a legislação há de assegurar prioridade de tratamento às crianças e aos adolescentes, inclusive quando acusados da prática de um ilícito penal.

Frente aos ditames da Lei Maior, a Dissertação que se apresenta está inserida na área de concentração Fundamentos do Direito Positivo, tendo sido produzida durante o programa de pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, mediante financiamento do curso pelo Ministério Público de Santa Catarina através de convênio com a referida universidade.

Neste contexto que se descortina, revela-se o conflito de interesses entre a proteção integral e a legislação que rege o procedimento de apuração de ato infracional, visto que não é possível que os meios de defesa disponibilizados aos adolescentes infratores sejam menos abrangentes do que os disponíveis aos adultos no processo penal, o que inclui a observância das prerrogativas do sistema acusatório

e garantias constitucionais inerentes ao exercício do direito de defesa.

Dada a situação posta, surge o problema de pesquisa: O processo judicial de apuração de ato infracional da forma como positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente viola as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, contrariando a Doutrina da Proteção Integral?

O objetivo investigatório geral é verificar se o adolescente infrator possui menos chance de defesa no processo judicial de apuração de ato infracional em comparação com os adultos imputáveis a partir da forma como positivado o procedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, com violação às garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, em afronta à Doutrina da Proteção Integral.

Já os objetivos específicos são os seguintes:

a) Analisar a proteção especial destinada às crianças e aos adolescentes pelas declarações e convenções internacionais, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente;

b) Averiguar a doutrina da proteção integral e sua aplicação no âmbito infracional com o estudo do ato infracional, das medidas socioeducativas e dos princípios a elas aplicáveis;

c) Examinar as limitações do poder punitivo estatal consubstanciadas nas garantias constitucionais inerentes ao direito de defesa dos acusados em geral, com o estudo do devido processo legal e suas implicações na dignidade humana, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, isonomia, participação nos atos processuais e duplo grau de jurisdição, como finalidade do processo penal e do procedimento de apuração de ato infracional;

d) Verificar as etapas do processo judicial de apuração de ato infracional positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, e,

e) Confirmar ou não se há desrespeito às garantias constitucionais do

contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, frente a natureza das medidas socioeducativas e com isso a mitigação no âmbito infracional da doutrina da proteção integral.

Por sua vez, o objetivo institucional é produzir Dissertação de Mestrado para obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O objetivo científico vinculado ao problema de pesquisa consiste em analisar as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal no procedimento judicial de apuração de ato infracional e a ocorrência de mitigação legal da doutrina da proteção integral.

Neste sentido, entende-se que a relevância da pesquisa está em aprofundar o debate sobre a ocorrência de violações às garantias constitucionais do direito de defesa do adolescente no processo judicial de apuração de ato infracional especialmente previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, ante o possível descompasso do procedimento com as garantias constitucionais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, haja vista a eventualidade de menores chances de defesa do adolescente em comparação com o adulto no processo penal, em contradição à Doutrina da Proteção Integral. Além disso, a pesquisa está vinculada ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) da Organização das Nações Unidas, especialmente à meta 16.10 que visa proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

A hipótese levantada com base no problema de pesquisa é de que as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, asseguradas a todos os acusados em processos judiciais, são violadas pela forma como positivado, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o procedimento de apuração de ato infracional, a mitigar a doutrina da proteção integral por conceder menos chance de defesa ao adolescente em comparação ao réu no processo penal.

Os resultados do trabalho de exame da hipótese estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

O Capítulo 1 inicia com a análise da proteção constitucional das crianças e dos adolescentes, bem como dos documentos que a originaram e culminaram na doutrina da proteção integral, que da mesma forma é estudada.

É realizada a conceituação do ato infracional e das medidas socioeducativas, com o exame de suas espécies e a verificação das características da advertência, da obrigação de reparar o dano, da prestação de serviços à comunidade, da liberdade assistida, da semiliberdade e da internação, assim como, dos princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescentes que a elas são aplicáveis.

O Capítulo 2 apresenta as garantias constitucionais do direito de defesa, com a dignidade humana como baliza ao poder punitivo estatal e a verificação dos direitos e garantias fundamentais relacionados à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Este segundo capítulo trata da presunção de inocência, das implicações do devido processo legal, direito de informação e participação compondo o contraditório, bem como, dos elementos limitadores do poder punitivo que estão consubstanciados na ampla defesa, sendo que encerra com o exame do duplo grau de jurisdição.

Por sua vez, o Capítulo 3 se dedica à averiguação da violação das garantias constitucionais no processo de apuração de ato infracional, oportunidade em que há a verificação do sistema acusatório no processo judicial de apuração de ato infracional, a inexigibilidade de justa causa para o oferecimento de representação, sua relação com a violação da proporcionalidade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e a falta de fundamentação da decisão judicial que recebe a representação.

No terceiro capítulo também é feito o exame da remissão judicial e do momento em que ocorre o interrogatório do adolescente, oportunidade em que ele

exerce a sua autodefesa, assim como a correlação com a violação do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, neste mesmo capítulo, é procedida a análise da autodefesa a ser exercida em dois momentos processuais diferentes e a implicação na imparcialidade do juiz, além do exame da existência da paridade de armas na defesa técnica, do exercício do duplo grau de jurisdição quando o adolescente estiver em medida de internação provisória, assim como, a aplicabilidade do juiz das garantias no processo de apuração de ato infracional e as consequências e estigmas que o processo acarreta na vida do adolescente acusado.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e reflexões sobre as garantias constitucionais do direito de defesa e a mitigação da Doutrina da Proteção Integral nos processos judiciais de apuração de ato infracional.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁸ foi utilizado o Método Indutivo¹⁹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano²⁰, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente²¹, da Categoria²², do Conceito Operacional²³ e da Pesquisa Bibliográfica²⁴.

¹⁸ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

¹⁹ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

²⁰ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

²¹ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

²² “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

²³ “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos (...)”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

²⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

Capítulo 1

O ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

1.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DOCUMENTOS QUE A ORIGINARAM

A proteção aos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes, de forma especial, é questão indiscutível no atual estágio civilizatório em que se encontra a sociedade, pois, “[...] em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar que são possuidoras de *mais direitos* que os próprios adultos.”²⁵

A atual condição não reflete o que se vivia no passado, uma vez que, historicamente, crianças e adolescentes não eram considerados como sujeitos de direitos e, portanto, titulares de direitos humanos.

Ao se analisar o contexto evolutivo histórico da posição ocupada pelas crianças e adolescentes no seio social é possível perceber a falta de importância que a eles era atribuída. Em um olhar para o passado, nota-se “[...] na antiguidade, nenhum direito ou reconhecimento. Em Roma existia o poder quase ilimitado do *pater familiae*.”²⁶

O poder absoluto da família sobre as crianças e os adolescentes se manteve pela Antiguidade e quase toda a Idade Média, já que somente “[...] nos

²⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39.

²⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

séculos XVI, XVII e XVIII começa a despontar o ‘sentimento de infância’, a consciência das particularidades da criança em relação aos adultos.”²⁷

É somente no último século, contudo, que ocorre aquilo que pode ser reconhecido como “[...] a proclamação dos direitos da criança, que se torna o ‘centro privilegiado de atenção de inúmeras teorias e investigações científicas’, tornando-se ‘sujeitos de direitos’ e reconhecidamente ‘vulneráveis’.”²⁸

Os paulatinos avanços foram mais visíveis ao longo do século XX e decorreram de fatores históricos mundiais como a luta, pós-Revolução Industrial, por melhores condições de labor e redução da carga horária de trabalho dos operários, inclusive, crianças, que laboravam como se adultos fossem, além das nefastas atrocidades cometidas nas duas grandes guerras mundiais que vitimaram crianças e adolescentes ou os tornaram órfãos diante da morte de seus pais.

Referidos eventos históricos impulsionaram a criação de manifestos, declarações e convenções em nível internacional visando estabelecer proteção aos direitos e interesses de crianças e adolescentes ao reconhecer seus diferentes estágios de desenvolvimento físico e psíquico em comparação aos adultos.

Inicialmente as disposições protetivas estavam inseridas em textos que visavam assegurar interesses não só de crianças, mas de outros sujeitos, como as mulheres, o que se nota pela Convenção de Genebra de 1921 que tratava da repressão ao tráfico de mulheres e crianças.

Especificamente quanto aos sujeitos em desenvolvimento, destaca-se que: “Foi uma convenção internacional de **1924**, o primeiro documento internacional relativo à criança e ao adolescente. Antes havia menção na Constituição alemã e na Constituição mexicana.”²⁹

²⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

²⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

²⁹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 27.

Sintetizando em ordem cronológica os documentos internacionais que trataram da proteção aos direitos da criança e do adolescente, vale-se da lição de Antonio Cezar Lima da Fonseca ao expressar que:

As manifestações legislativas no plano internacional em prol dos direitos das crianças e adolescentes surgiram com a Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, concluída em Genebra, a 30-9-1921, cujo Protocolo de Emenda, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 37.176/55, bem como com a Declaração de Genebra, de 26-3-1924, que foi a primeira menção aos direitos das crianças como tais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, salientou os cuidados especiais às crianças e à maternidade, depois seguida da Declaração Universal dos Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas (ONU – UNICEF), em 20-11-1959. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, em 22-11-1969, reafirma os Direitos da Criança (art. 19): “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”, o que foi posteriormente confirmado no protocolo de San Salvador (art. 16), em 17-11-1998. Vieram as regras de Beijing (29-11-1985), versando sobre o tratamento a jovens infratores e 30 anos depois da Declaração Universal adveio a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 20-11-1989, considerado o primeiro instrumento internacional que fixou um enquadramento jurídico completo para a proteção dos direitos das crianças, representando “o mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar às suas leis.”³⁰

A evolução histórica do direito da criança e do adolescente no Brasil, como signatário dos diplomas internacionais, seguiu a linha desenvolvimentista ao longo do século XX, pois, evoluiu da concepção menorista para a efetiva proteção à criança e ao adolescente.

A doutrina do direito do menor se ocupava apenas com os vieses assistencial, nos casos de abandono de crianças, e punitivo, ao tratar as crianças e adolescentes que transgredissem regras como delinquentes. Referida doutrina “[...] é inaugurada a partir da necessidade de compilar em um único sistema normativo todas as leis até então existentes em matéria de infância e adolescência.”³¹

Foi assim que surgiu, em 1927, o Código de Menores elaborado por José Cândido de Albuquerque de Mello Mattos, o qual, apesar de um marco na legislação, “[...] classificava as crianças e os adolescentes com o rótulo da menoridade, sendo

³⁰ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5-6.

³¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 31.

esta norma apenas dirigida aos que eram considerados em situação de abandono e delinquentes, conforme previa o artigo 1º.”³²

Com o decorrer dos anos, o Código de Menores de 1927 não mais atendeu às situações sociais vivenciadas e aos novos anseios decorrentes do amadurecimento frente a posição que as crianças e adolescentes passaram a ocupar, oportunidade em que houve a criação de um novo Código de Menores em 1979 que ampliou o espectro do Código anterior para além dos casos de abandono e delinquência, tendo adotado a chamada Doutrina Jurídica da Situação Irregular.

A Doutrina da Situação Irregular, que ainda utilizava a nomenclatura “menores” ao se referir às crianças e aos adolescentes, passou a classificá-los conforme “[...] se encontravam em situação de abandono, vítimas de maus tratos, em perigo moral, desassistidos juridicamente, com desvio de conduta e autor de infração penal.”³³

Em que pesem os dois códigos citados e, apesar dos diplomas internacionais dos quais o Brasil foi signatário, a virada de chave na proteção dos direitos e garantias veio com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 que, de forma expressa, ampliou os interesses e passou a tutelar as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos.

O texto constitucional, fruto dos acontecimentos históricos que o originaram, revolucionou a forma com que a matéria passou a ser tutelada, visto que: “Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. [...], se fazia imprescindíveis atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal.”³⁴

“Por certo, o novo perfil social almejado pelo legislador constitucional não poderia deixar intocado o sistema jurídico da criança e do adolescente, restrito aos

³² VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 32.

³³ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 42.

³⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

‘menores’ em abandono ou estado de delinquência. E, de fato, não o fez.”³⁵ A matéria restou concentrada especialmente nos artigos 227³⁶ e 228³⁷ da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e toda a sociedade foi chamada à obrigação,

³⁵ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

³⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola
IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;
VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A Lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação;

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no artigo 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;
II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando a articulação das várias esferas do poder público para execução de políticas públicas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

³⁷ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

ao lado da família e do Estado, de vigiar, atender e proteger os direitos e garantias dos sujeitos em desenvolvimento em todas as suas vertentes.

Com a finalidade de não dar margens para dúvidas, o constituinte de 1988, prolixo que foi, optou por expressamente destacar os direitos da criança e do adolescente no texto da Carta Magna, o que permite a afirmação doutrinária de que a “[...] constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescentes no Brasil é operada pela Carta Constitucional de 1988 que adota de forma clara e taxativa um sistema especial de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.”³⁸

Concretizam-se os “[...] direitos elencados nos arts. 227 e 228 da CF/88 como direitos humanos e, conseqüentemente, como manifestações da própria dignidade humana que é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.”³⁹

Nota-se do texto constitucional a ampliação da gama de cuidados com os sujeitos em desenvolvimento, quebrando o paradigma anterior relacionado à delinquência e aos casos de abandono.

Passa-se a tratar de todas as esferas da vida e do desenvolvimento, uma vez que, expressamente prevê os cuidados necessários com a vida, alimentação, saúde, educação e profissionalização, além do lazer, responsabilizando a todos, sociedade, família e Estado, desde o nascimento, inclusive com programas para a gestante, até o atingimento da maioridade. Portanto, é possível a observação de que: “Busca-se a nuclearização, a centralização da pessoa humana, reconduzindo-a ao centro de atenções das relações intersubjetivas, ou seja, uma (re)personalização das diversas relações sociais em que se possam encontrar as pessoas.”⁴⁰

1.2 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

³⁸ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 70-71.

³⁹ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 70-71.

⁴⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 13.

Conforme anteriormente mencionado, os vários textos internacionais elaborados ao longo do século XX, dos quais o Brasil foi signatário, aliado ao contexto político nacional, foram os responsáveis pela inserção, na Constituição Federal de 1988, das disposições protetivas aos direitos da criança e do adolescente, alterando e ampliando o espectro até então vigente.

Reforçando o novo viés protetivo na esteira das disposições constitucionais, o Brasil ratificou, na sequência, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1989.

Citada Convenção consolida os diplomas internacionais anteriores e inaugura um novo conceito que passa a ser conhecido como Doutrina da Proteção Integral, a qual, fundamenta-se em três pilares.

O primeiro pilar consiste no “[...] reconhecimento da peculiar condição da criança e do jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial;”⁴¹ Por sua vez, o segundo consolida o fato de que “[...] crianças e jovens têm direitos à convivência familiar;”⁴² Já o terceiro se alicerça no fato de que “[...] as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.”⁴³

Assim sendo, existentes no plano internacional os tratados e convenções e, no âmbito nacional, efetivada a constitucionalização, faltava a normativa infraconstitucional dos direitos da criança e do adolescente, o que restou suprido com a Lei n. 8.069 de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, “[...] considerado mundialmente um dos melhores textos legais sobre a matéria relacionada à **proteção** de crianças.”⁴⁴

⁴¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

⁴² AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

⁴³ AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13.

⁴⁴ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 23.

O reconhecimento da legislação brasileira infanto-juvenil como uma das melhores “[...] se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, [...]”⁴⁵

Diante da gama protetiva é que: “Possível se dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente é a versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança.”⁴⁶

Justificando este título, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, demonstra, já no artigo 1º⁴⁷, a que veio, ao expressamente esclarecer a adoção da doutrina da proteção integral.

Como se pode notar do artigo acima mencionado, o Estatuto da Criança e do Adolescente consolida no plano nacional a doutrina da proteção integral, a qual “[...] reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, [...]”⁴⁸

A doutrina da proteção integral rompe a objetificação da criança e do adolescente ao reconhecer que, como sujeitos de direitos que são, em especial fase de vida marcada pela imaturidade e processo de formação física e psíquica, necessitam de integral atenção, inclusive, privilegiada em comparação aos adultos, a ser observada na forma de tratamento, proteção e garantia de direitos, modo de cobrança de seus deveres e no fomento e implementação de políticas públicas.

⁴⁵ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 89.

⁴⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 89.

⁴⁷ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 9.

A doutrina em análise presta a atenção no sujeito, pois, “[...] estabelece que estes direitos se constituem em direitos especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento.”⁴⁹

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 2º⁵⁰, ao expressar a adoção da doutrina em comento, encarregou-se de dedicar o Título I ao seu esclarecimento, com a delimitação dos sujeitos albergados, uma vez que definiu como criança a pessoa menor de 12 (doze) anos de idade e como adolescente aquele que já completou 12 (doze) anos e ainda não atingiu os 18 (dezoito) anos de idade.

Apesar da distinção cronológica entre criança e adolescente, gozam eles dos mesmos direitos.

O Estatuto “[...] **criou** esta diferenciação entre criança e adolescente em razão da necessidade de regulamentação de alguns institutos, como a possibilidade de aplicação de medida socioeducativa e a necessidade de autorização de viagem.”⁵¹

Tamanho foi o grau de preocupação do legislador com a integral proteção necessária ao pleno desenvolvimento dos sujeitos em formação, que o artigo 3º⁵² do Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo a mesma linha prolixa do constituinte, exemplificou alguns direitos intrinsecamente relacionados com a liberdade e a dignidade, todos relacionados a expressar o gozo, pelos sujeitos em formação, de todos os direitos fundamentais.

⁴⁹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 17.

⁵⁰ Art. 2. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁵¹ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2021. p. 33.

⁵² Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades ou facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, religião e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas ou a comunidade em que vivem. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

Desta forma, pela própria letra da lei, fica demonstrado que à criança e ao adolescente não se pode, de forma alguma, assegurar menos direitos do que aos adultos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação, além de, garantir-se a eles, as condições necessárias para seus desenvolvimentos físico e intelectual.

Os direitos fundamentais dos sujeitos em formação não são inferiores aos de que são titulares os adultos, estando “[...] garantidos na Constituição Federal (art. 5º) e consignados no Estatuto.”⁵³

O objetivo de estarem garantidos é propiciar “[...] aos seus beneficiários, quer pela Lei ou por qualquer outro meio, todas as facilidades para o desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, com dignidade e liberdade.”⁵⁴

Como se trata de proteção integral, a responsabilidade de assegurar os direitos é de todos. Família, sociedade e Estado devem envidar esforços e adotar medidas positivas para a sua concretização, sendo vedado qualquer tipo de violação ou negligência, assim como, deve-se afirmar interpretações destinadas ao alcance do espírito da doutrina da proteção integral.

A proteção integral decorre de um novo olhar para a realidade, isto é, “[...] impõe-se pela invocação de ser um conhecimento específico e humanitário para compreensão dos acontecimentos sociais em que se encontram envolvidos interesses, direitos e garantias individuais de cunho fundamental [...].”⁵⁵

A doutrina em questão é baseada em “[...] mudanças estruturais de valores, regras e princípios que propiciem uma mudança emancipatória e o reconhecimento de direitos fundamentais para crianças e adolescentes.”⁵⁶

Inegável que a Proteção Integral é uma forma de tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Por essa razão, vez que alicerçada na

⁵³ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 20.

⁵⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 20.

⁵⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 23.

⁵⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 57.

prioridade absoluta, o Estatuto da Criança e do Adolescente estrutura o emprego de seus instrumentos em três frentes distintas chamados por João Batista da Costa Saraiva de sistemas.

O primeiro deles “[...] dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 86/88) de caráter universal, visando toda a população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções;”⁵⁷

O segundo sistema “[...] trata das Medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais [...]”.⁵⁸

Já o terceiro “[...] trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).”⁵⁹

A partir dos sistemas em que estruturado o Estatuto da Criança e do Adolescente fica perceptível a integralidade da proteção que abarca as políticas públicas, as medidas protetivas quando há situação de risco individual sem a prática de ilícitos pelos destinatários da proteção e, por fim, os instrumentos a serem utilizados quando aqueles que precisam de proteção cometerem atos contrários à Lei. “Este tríplice sistema, de prevenção primária (políticas públicas), prevenção secundária (medidas de proteção) e prevenção terciária (medidas socioeducativas), opera de forma harmônica, com acionamento gradual de cada um deles.”⁶⁰

Apesar de todo o instrumental da doutrina da proteção integral, notadamente pelos dois primeiros sistemas acima mencionados, nem sempre será possível evitar que o destinatário se envolva em alguma situação de risco que o leve ao cometimento de um ato ilícito de cunho eminentemente criminal, ocasião em que restará configurada a ocorrência daquilo que se denomina de ato infracional.

⁵⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal:** da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 90.

⁵⁸ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal:** da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 90-91.

⁵⁹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal:** da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 90-91.

⁶⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal:** da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 91.

1.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO ATO INFRACIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo sua linha de atenção e absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes, assim como já mencionado anteriormente, previu que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis.

O envolvimento de criança e/ou adolescente com práticas ilícitas revela, antes de mais nada, a sua exposição à situação de risco, o que demanda a especial apreciação do fato sob a ótica da legislação aplicável e da competência judiciária.

Por este motivo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura aos menores de dezoito anos “o direito de serem submetidos a um tribunal especial, regido por uma legislação especial e presidido por um juiz especial, o Juiz da Infância e Juventude.”⁶¹

A legislação especial é a Lei n. 8.069 de 1990, chamada de Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 103⁶² define como ato infracional a prática de um crime ou de uma contravenção penal.

Desse modo, um ato praticado por alguém menor de dezoito anos que, se tivesse sido cometido por um adulto seria considerado como crime ou contravenção penal, será, no âmbito da Justiça da Infância e Juventude, um ato infracional.

Ao tratar da estrutura do ato infracional, Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépure e Rogério Sanches Cunha explicam:

Verifica-se que a estrutura do ato infracional segue a do delito, sendo um fato típico e antijurídico, cuja estrutura pode ser assim apresentada:
a) conduta dolosa ou culposa, praticado por uma criança ou adolescente;

⁶¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPURE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 331.

⁶² Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

- b) resultado;
- c) nexos de causalidade;
- d) tipicidade (adotando, o Estatuto, a tipicidade delegada, tomando-se “emprestada” da legislação ordinária a definição das condutas ilícitas);
- e) inexistência de causa de exclusão de antijuridicidade.⁶³

Frente à sua estrutura conforme apresentado pela doutrina é correto afirmar que: “Resulta claro e evidente que a existência do ato infracional restringe-se às hipóteses legais aptas a sancionar o adulto.”⁶⁴ Sendo assim, “[...] tudo o que é considerado crime para o adulto também é em igual medida considerado para o adolescente.”⁶⁵

Desta maneira, “[...] o critério de identificação dos fatos de relevância infracional é a própria lei penal criminal, o que implica que a definição de ato infracional está inteiramente condicionada ao Princípio da Legalidade.”⁶⁶

O modelo infracional utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente rompe definitivamente, neste ponto, com a estrutura anteriormente vigente, uma vez que, ao introduzir o Princípio da Legalidade garante a responsabilização pela tipificação do fato como crime ou contravenção penal, “[...] rompendo definitivamente com a concepção tutelar a qual apregoava a ‘responsabilização’ por atos ‘anti-sociais’, aplicando de fato um juízo de periculosidade, e não de responsabilidade.”⁶⁷

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1995, conforme alinhavado anteriormente no artigo 2º⁶⁸, promove a diferenciação entre criança e adolescente e, uma destas diferenças se apresenta quando do encaminhamento das

⁶³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 330-331.

⁶⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 86-87.

⁶⁵ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 86-87.

⁶⁶ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 86-87.

⁶⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 65.

⁶⁸ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

medidas a serem adotadas na ocasião da prática de ato infracional por um ou outro grupo.

As crianças, ainda que possam incorrer na prática de um ato definido pela Lei como crime ou contravenção penal, não serão sancionadas como os adolescentes ou os adultos.

Para elas, “[...] o ‘procedimento’ começa com a apreensão pela Polícia, que conduz ao Conselho Tutelar ou à autoridade judiciária, que fará o juízo de valor sobre o ato praticado e aplicará uma das medidas protetivas do art. 101.”⁶⁹

Independentemente do ato em que a criança possa estar envolvida, o entendimento doutrinário, com fundamento na Doutrina da Proteção Integral é de que: “A autoridade policial não tem competência para investigar e apurar as provas do ato infracional praticado pela criança. A competência originária é do Conselho Tutelar; a subsidiária é da autoridade judiciária, por força do disposto no art. 262 do ECA.”⁷⁰

Não foi por outra razão que o legislador infraconstitucional previu no artigo 105⁷¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente apenas medidas protetivas às crianças que se envolverem com a prática infracional.

A posição adotada pelo legislador deixa claro “[...] que a opção foi a de conferir a crianças abaixo de 12 (doze) anos de idade imputabilidade absoluta.”⁷²

Não restam dúvidas, portanto, que: “Em outras palavras, não cabem medidas coercitivas e repressivas abaixo dos 12 (doze) anos de idade.”⁷³

Somente os adolescentes é que estão sujeitos ao processo e à condenação pela prática de um ato infracional, o que acarretará a aplicação de

⁶⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 124.

⁷⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 124-125.

⁷¹ Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁷² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 94-95.

⁷³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 94-95.

medidas protetivas e/ou medidas socioeducativas. Contudo, é necessário esclarecer que as medidas socioeducativas só podem ser resultado da prática de ato infracional, sendo este o seu único fato gerador.

1.4 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E SUA NATUREZA JURÍDICA

A prática, por uma criança, de um ato considerado infracional, não leva ao processo ou julgamento, conforme acima verificado, restando o procedimento infracional destinado tão somente aos adolescentes.

O envolvimento do adolescente com o ato infracional demonstra a sua inserção em uma situação de risco, tendo como resultado a aplicação de medida protetiva e/ou de medida socioeducativa.

As medidas protetivas, entretanto, independem da prática do ato infracional. É possível serem aplicadas a qualquer tempo, desde que diagnosticada situação de risco, assim como, dispensa-se obrigatória decisão judicial, visto que, o Conselho Tutelar é um dos legitimados para tanto. “São medidas que visam evitar ou afastar o **perigo ou a lesão à criança ou ao adolescente**. Possuem dois vieses: um **preventivo** e outro **reparador**.”⁷⁴

O fato gerador das medidas protetivas é a situação de risco e não o ato infracional em si. Por este motivo e por não serem privativas da autoridade Judicial, objetivam “[...] fazer respeitar um direito fundamental da criança ou do adolescente que foi ou poderá ser lesionado pela conduta comissiva ou omissiva do Estado, dos pais ou responsável ou pela própria conduta da criança ou do adolescente.”⁷⁵

O mesmo raciocínio, contudo, não se aplica à medida socioeducativa. Somente a prática do ato infracional pelo adolescente é que permite a sua aplicação, além de estar reservada à decisão judicial, ainda que homologatória, pois, a

⁷⁴ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 333.

⁷⁵ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 333.

“inimputabilidade, todavia, não implica impunidade, vez que estabelece medidas de responsabilização compatíveis com a condição de peculiar pessoa em desenvolvimento destes agentes.”⁷⁶

É justamente pela condição de sujeitos em desenvolvimento que possuem os destinatários da medida socioeducativa e pelo fato de só poder ser imposta em razão do cometimento de um ato infracional, que ela deveria ter natureza jurídica unicamente pedagógica, ou seja, educativa, não adotando qualquer viés punitivo. “As medidas socioeducativas, sejam aquelas em meio aberto ou as restritivas de liberdade, devem guiar-se pelo trinômio: liberdade, respeito e dignidade. A intervenção deve ser obrigatoriamente pedagógica e não punitiva.”⁷⁷

A justificativa para a natureza pedagógica da medida socioeducativa decorre do fato de ser o ato infracional uma situação de risco a que o adolescente está exposto pelo seu próprio comportamento violento, ainda que a violência do ato infracional se mostre como reflexo da violência pré-existente por ele suportada.

Destaca-se que “[...] comportamentos específicos consubstanciados em violência contra aquilo que se entende por ordem são determinados pela prática velada de outras espécies de violência (‘circularidade das violências’): [...]”⁷⁸

Além do mais, não se pode perder de vista que não é qualquer comportamento que possibilita a intervenção estatal, assim como também ocorre na seara penal. Claus Roxin provoca o raciocínio ao ponderar que:

A questão sobre qual a qualidade que deve ter um comportamento para que seja objeto de punição estatal sempre será um problema central não somente para o legislador, mas, também, para a ciência do Direito Penal. Há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que seja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. A crítica veemente a um governo, a prática de convicções religiosas forâneas ou um comportamento privado que se afaste da norma civil serão circunstâncias incômodas para uma autoridade que põe especial interesse em cidadãos obedientes, conformistas e facilmente dirigíveis. A história – também, inclusive, a atual – conhece muitos exemplos de uma justiça penal que busca a repressão de um comportamento semelhante. Entretanto, de

⁷⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 25.

⁷⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 145.

⁷⁸ CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 21.

acordo com o padrão alcançado por nossa civilização ocidental – e minhas apreciações se moverão somente neste marco -, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador.⁷⁹

A adoção do fato definido como crime ou contravenção penal pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como parâmetro para considerar o que é o ato infracional trouxe, para a seara da infância e juventude, a segurança do princípio da legalidade ao estabelecer qual o comportamento do adolescente que será objeto de intervenção estatal.

Por outro lado, esta mesma equiparação entre infração penal e ato infracional, provocada pelo Princípio da Legalidade, leva a medida socioeducativa a possuir, invariavelmente, diferentemente do que deveria ser, caráter punitivo.

O caráter punitivo é verificado devido ao fato de ser a medida socioeducativa uma “[...] resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa.”⁸⁰

Ainda que a finalidade seja educativa, ao proceder a sua análise, é visível que: “Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos.”⁸¹

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever a existência de dois tipos de medidas, quais sejam, as protetivas e as socioeducativas, já explicita e confirma que, entre estas medidas há diferenças, pois, medidas socioeducativas “[...] distinguem-se das demais em face de seu caráter penal sancionatório. Sua

⁷⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 11.

⁸⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 134.

⁸¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 134.

condição de existência não está no adolescente e em suposta situação vivenciada por ele, mas na prática anterior de ato definido como crime ou contravenção penal; [...].”⁸²

Assim sendo, da forma como estruturada a medida socioeducativa, a qual é aplicada em razão da prática do ato infracional como seu fato gerador e, por ser este equiparado a um crime ou contravenção penal, não é possível negar a sua natureza sancionatória.

A observação da medida socioeducativa leva à conclusão de que ela “[...] representa o exercício do poder coercitivo do Estado, implicando necessariamente uma limitação ou restrição de direitos ou de liberdade.”⁸³

Diante da restrição ou limitação de direitos é que a doutrina se posiciona em afirmar que: “De uma perspectiva estrutural qualitativa, não difere das penas, pois, cumpre integralmente o mesmo papel de controle social que elas, possuindo iguais finalidades e conteúdo.”⁸⁴

Desta forma, em razão da medida socioeducativa não possuir unicamente natureza pedagógica, mas ser também punitiva, esta sua característica demanda a observância das garantias constitucionais asseguradas aos acusados em geral com implicações no processo de apuração de ato infracional e que devem ser respeitadas, especialmente ante a adoção da doutrina da proteção integral.

1.4.1 Espécies

As medidas socioeducativas estão previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, notadamente nos incisos I a VI⁸⁵.

⁸² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 95-97.

⁸³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 97-98.

⁸⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 97-98.

⁸⁵ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;

Elas estão divididas conforme a privação de liberdade que impõem em: “(a) medidas não privativas de liberdade ou em meio aberto (advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) e (b) medidas privativas de liberdade ou em regime fechado (semiliberdade e internação).”⁸⁶

O rol de medidas socioeducativas possui caráter definitivo, não sendo aceitas outras que não as previstas no já citado artigo 112 da Lei n. 8.069 de 1990. “As medidas socioeducativas estão previstas e enumeradas, em caráter taxativo, no art. 112 do Estatuto; portanto, é vedada a aplicação de medida ou de repreensão ao adolescente diversa do rol previsto neste artigo da Lei.”⁸⁷

Uma característica que chama a atenção na análise do ato infracional e da medida socioeducativa é o fato de que “[...] não há relação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente entre o ato infracional praticado e a medida socioeducativa a ele destinada.”⁸⁸

A única condicionante imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente está na aplicação da internação, visto que, conforme já citado, o artigo 122 da Lei 8.069 de 1990 apenas permite a medida nos casos que envolvam ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, por repetição de infrações graves ou na hipótese de reiterado e injustificado descumprimento de anterior medida.

Desse modo, tendo o Estatuto apontado as condições para a internação, “[...], pode-se dizer que as medidas em meio-aberto destinam-se a atos infracionais de natureza leve, sem violência ou grave ameaça à pessoa e destinam-se a adolescentes não reincidentes.”⁸⁹

VI - internação em estabelecimento educacional. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁸⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 395.

⁸⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 83.

⁸⁸ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 83.

⁸⁹ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 83.

Em que pese a falta de critérios objetivos, a aplicação da medida socioeducativa, visto ser decorrente da prática de um ato infracional equiparado a crime ou contravenção penal, só poderá ser feita pela autoridade judicial, estando limitada à reserva de jurisdição. “Como expresso no *caput* do artigo 112, apenas a autoridade competente poderá aplicar a medida socioeducativa, e esta autoridade será sempre judiciária, [...]”⁹⁰

Além da previsão legal, a jurisprudência segue o mesmo entendimento, inclusive sumulado no enunciado 108⁹¹ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual é reafirmada a competência exclusiva do juiz para aplicação da medida socioeducativa.

Considerando que são várias as espécies de medidas socioeducativas, cada uma delas com suas características, torna-se preciso analisá-las de forma individual.

1.4.1.1 Advertência

A primeira medida socioeducativa prevista é a advertência. É “[...] a mais branda das medidas preconizadas pelo art. 112, esgota-se na admoestação solene feita pelo Juiz ao infrator em audiência especialmente pautada para isso.”⁹²

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente a explica no artigo 115⁹³ como uma reprimenda verbal que o juiz direcionará ao adolescente e que será registrada e assinada.

Em virtude de ser a mais branda de todas as medidas socioeducativas “[...] exige bastante atenção em seu manejo e solenidade, para que o Juiz e o

⁹⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 89.

⁹¹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula 108. A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática do ato infracional, é de competência exclusiva do juiz. Terceira Seção. Brasília/DF. Diário de Justiça de 22.06.1994.

⁹² SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 91.

⁹³ Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

Ministério Público não passem a impressão de ‘folga’ nem de excessiva rudeza, pois, o adolescente é pessoa em desenvolvimento e merecedor a de atenção e respeito.”⁹⁴

A advertência pode ser resumida como “[...] uma fala do juiz em audiência especialmente designada (audiência admonitória), sempre presentes os pais do adolescente, o Ministério Público e o Defensor: [...].”⁹⁵

Não se trata, entretanto, de uma simples conversa, mas sim de uma admoestação em razão de um ilícito praticado que, em caso de repetição, poderá ensejar a imposição de medidas mais incisivas. “Na audiência, deverá ser o adolescente lembrado acerca do caráter infracional de seu ato, bem como as consequências em caso de reiteração.”⁹⁶

Percebe-se que a medida de advertência, por ser uma admoestação, ou seja, uma reprimenda, ainda que verbal, reveste-se de caráter sancionatório, o que reforça o entendimento a respeito do qual a natureza jurídica das medidas socioeducativas é punitiva ao invés de ser tão somente pedagógica.

Justamente pela natureza jurídica sancionatória é que “[...] não se pode, por óbvio, admitir sua aplicação caso não haja prova efetiva da autoria.”⁹⁷

Apesar da solidez do entendimento acima descrito, há vozes contrárias que não fazem eco e possuem seu fundamento no próprio Estatuto, segundo as quais: “Para a imposição de advertência, deve haver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria (art. 114, parágrafo único, ECA), ou seja, não há necessidade de prova plena acerca da autoria do ato infracional, pois os indícios bastam a tanto.”⁹⁸

Este último posicionamento retrata o que está expresso no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais precisamente no parágrafo único do artigo 114⁹⁹, no

⁹⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 397.

⁹⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 397-398.

⁹⁶ SILVA, Marcelo Gomes. **Ato infracional e garantias**: uma crítica ao direito penal juvenil. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 51.

⁹⁷ SILVA, Marcelo Gomes. **Ato infracional e garantias**: uma crítica ao direito penal juvenil. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 52.

⁹⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 398.

⁹⁹ Art. 114. [...]. Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto**

qual há a previsão de aplicação da advertência desde que haja prova da materialidade, mas, quanto à autoria, contenta-se somente com indícios suficientes.

Resta demonstrado, pela própria letra da Lei, que o Estatuto da Criança e do Adolescente possibilita a imposição da medida socioeducativa de advertência sem que exista certeza da autoria infracional.

Referida previsão legal desafia a presunção de inocência e contrapõem-se até mesmo ao caráter retributivo da pena, ou neste caso, da sanção pelo ato infracional, pois, “[...] só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer finalidade preventiva ou de qualquer outro modelo utilitarista, a punição do inocente, [...].”¹⁰⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente, pela redação do parágrafo único do artigo 114, prevê a aplicação de sanção por um ato equiparado a crime ou contravenção penal, imposto contra a vontade do adolescente, com base apenas em indícios, descartando a obrigatoriedade da existência de provas cabais quanto à autoria.

1.4.1.2 Reparação dos danos

A segunda medida socioeducativa está prevista pelo artigo 116¹⁰¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente e consiste na reparação dos danos a ser aplicada nos atos infracionais com reflexos patrimoniais.

Trata-se de medida que visa o ressarcimento do dano decorrente do ato infracional ou, que de alguma forma, seja capaz de suprir o prejuízo experimentado pela vítima. “Por essa medida, de ‘nítida prevalência do caráter educativo ao punitivo’,

da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 297.

¹⁰¹ Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, de outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

deve haver uma compensação à vítima, seja pelo ressarcimento em dinheiro, seja por outra obrigação que compense o prejuízo da vítima.”¹⁰²

É pela especificidade da medida consistente na restituição, compensação ou no ressarcimento à vítima que a reparação dos danos causados “[...] deve suscitar no adolescente ‘tanto pela restituição quanto pela indenização do dano, o desenvolvimento do senso por responsabilidade daquilo que não é seu’.”¹⁰³

Nota-se, portanto, que a obrigação de reparar o dano “destina-se ao tratamento dos atos infracionais com reflexos patrimoniais.”¹⁰⁴

Assim como ocorre com as demais medidas, a sua aplicação dependerá da capacidade do adolescente em cumpri-la. “Em não sendo possível a restituição, o ressarcimento e a compensação, a medida socioeducativa poderá ser substituída por outra que se afigure adequada.”¹⁰⁵

Não sendo possível cumprir a medida de reparação dos danos, dada a incapacidade do adolescente para tanto, a substituição poderá ocorrer, mas, desde que haja “[...] correlação entre a pretensão de reparação e a nova medida. Veja-se, por exemplo, que a composição do dano não pode ser substituída, por exemplo, pela obrigatoriedade do jovem ir à missa ou à escola.”¹⁰⁶

A medida socioeducativa em comento é a única que se reverte em favor da vítima, motivo pelo qual a participação dela é de suma importância para a concretização do resultado e efetivação dos fins a que a medida se destina.

Para alcançar o desiderato, é preciso trazer a vítima ao processo em uma posição ativa diversa da comumente destinada a ela, na qual simplesmente presta suas declarações sobre os fatos ocorridos.

¹⁰² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399.

¹⁰³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399.

¹⁰⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 84.

¹⁰⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 124.

¹⁰⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 400.

Cabe ao juiz ouvir a vítima para que informe e quantifique seu dano e como poderá ser reparada, compensada ou ressarcida.

Como se trata de medida socioeducativa consistente em restituição da coisa, compensação, reparação ou ressarcimento do dano, aliada ao sentimento que deve ser despertado no adolescente sobre o ato infracional equiparado a uma infração penal que praticou, a medida de reparação não pode, por questão de equidade, ser desproporcional ao dano que foi causado, assim como também ocorre com adulto no processo penal. “O tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações.”¹⁰⁷

É pela proporcionalidade entre o dano causado pelo ilícito e a sua reparação ou ressarcimento que a medida em análise atinge a sua finalidade.

1.4.1.3 Prestação de serviços à comunidade

A terceira medida socioeducativa, dentre aquelas dispostas no rol taxativo estipulado pelo ECA, é a prestação de serviços à comunidade que, dada sua similaridade com a pena de prestação de serviços comunitários prevista no Código Penal, transparece, ainda mais, o caráter sancionador da medida socioeducativa. “A prestação de serviços comunitários (PSC) é medida originada do Código Penal (art. 46).”¹⁰⁸

Conforme disposto pelo artigo 117¹⁰⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, compõe-se por atribuir ao adolescente afazeres

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 26.

¹⁰⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 401.

¹⁰⁹ Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas em jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

não remunerados de interesse do público em geral em entidades assistenciais, possuindo como limite máximo de tempo o prazo de seis meses.

A medida em comento, até mesmo por ser originária do Código Penal, assemelha-se ao cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade imposta aos adultos autores de infrações penais, pois, dirige-se os adolescentes infratores “[...] a programas comunitários ou governamentais que mantenham convênio com os Juizados da Infância e da Juventude, que possibilitem aos jovens a realização de tarefas adequadas às suas aptidões.”¹¹⁰

Uma vez fixada a medida, ocorre a formação do processo de execução em que será efetivado o seu acompanhamento, “[...] com relatos mensais fornecidos pelo órgão conveniado onde o adolescente presta o serviço.”¹¹¹

Será no processo de execução que haverá a designação da entidade onde os serviços serão prestados. “A prévia escolha da entidade para onde o adolescente em PSC é encaminhado faz-se mediante avaliação de suas condições pessoais, em juízo de execução de medida.”¹¹²

A prestação de serviços à comunidade: “Só pode ser imposta mediante provas suficientes de autoria e materialidade (art. 114, ECA), pelo que, tendo natureza punitiva exige-se o devido processo legal.”¹¹³

Devido à imposição de tarefas gratuitas a serem cumpridas pelo adolescente independentemente de sua vontade e, muitas das vezes, contra ela, a prestação de serviços à comunidade “[...] tem caráter penalizador em face de um comportamento indevido praticado pelo adolescente.”¹¹⁴

Mesmo possuindo natureza jurídica de sanção, o que não se pode negar dado o caráter penalizador da prestação de serviços comunitários, a medida

¹¹⁰ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 84.

¹¹¹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 92.

¹¹² SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 92.

¹¹³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 402.

¹¹⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 402.

socioeducativa em estudo poderá ser executada imediatamente após a sentença, ou seja, mesmo que pendente recurso, em desrespeito à garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

“Aplicada em sentença, mesmo após o advento da Lei 12.010/09 pode ser executada de imediato, visto que prevalece o entendimento de que o recurso continua apenas com seu efeito devolutivo.”¹¹⁵ Tal afirmação decorre do posicionamento doutrinário de que, ainda que tenha ocorrido a revogação do inciso VI do artigo 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que especificamente previa apenas o efeito devolutivo para a apelação, o efeito recursal suspensivo é aplicável apenas aos casos de adoção, uma vez que a Lei n. 12.010 de 2009 tratou especificamente do tema adoção.

Como consequência do que visto até o momento, observa-se a possibilidade de ocorrer o julgamento do recurso interposto contra a sentença, reformando a decisão que impôs a medida de prestação de serviços à comunidade, após já ter ocorrido o seu total cumprimento.

1.4.1.4 Liberdade assistida

A última das medidas socioeducativas que pode ser cumprida em meio aberto é a liberdade assistida.

Por se tratar de uma medida a ser cumprida em meio aberto, portanto, não privativa de liberdade, há menor interferência estatal na vida privada do adolescente, pois, ele “[...] permanece no contexto de sua comunidade, no entanto, sujeito a determinadas regras, as quais têm por objetivo auxiliá-lo na construção de um outro projeto de vida diferente da ‘carreira infracional’”.¹¹⁶

A liberdade assistida visa a orientação, o auxílio e o acompanhamento do adolescente com o objetivo de despertar nele a percepção do errôneo caminho que

¹¹⁵ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODIVIUM, 2021. p. 413.

¹¹⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 85.

está seguindo e do risco a que está exposto, o qual culminou na prática do ato infracional.

Por se tratar de uma medida aplicada a casos mais complexos e que demandam maior atenção estatal, dependerá de acompanhamento, orientação e apoio por pessoa adequadamente preparada para prestar este serviço de forma global nas diversas áreas da vida do adolescente.

A previsão legal está no artigo 118¹¹⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, tendo a medida “[...] ampla abrangência na linha de acompanhamento, auxílio e orientação ao adolescente, visando à sua perfeita integração familiar e comunitária.”¹¹⁸

O caminho para alcançar o êxito pretendido não é simples, por isso: “Deverão os técnicos ou as entidades desempenhar sua missão através de estudo de caso, de métodos de abordagem, organização técnica de aplicação da medida e designação de agente capaz, sempre sob a supervisão do juiz.”¹¹⁹

A execução da medida está detalhada no artigo 119¹²⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente e envolve promoção social do adolescente e de sua família,

¹¹⁷ Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa e atendimento.

§2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹¹⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 142.

¹¹⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 142.

¹²⁰ Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I – promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II – supervisionar a frequência e ao aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III – diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV – apresentar relatório do caso. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

supervisão quanto à frequência e o aproveitamento escolar, assim como, o fomento à profissionalização e à inserção do adolescente no mercado de trabalho.

É possível perceber, pelas ações a serem desenvolvidas no cumprimento da liberdade assistida, que o ato infracional não se tratou de um fato isolado na vida do adolescente, mas sim um sintoma de um problema bem maior que decorre da situação de risco a que está exposto por seu próprio comportamento e por negligência ou vulnerabilidade familiar.

Por este motivo, a medida em análise abrange a vida do adolescente de forma global, o que inclui intervenções nas várias áreas sociais, inclusive, com interferências no seio familiar.

Dentre as medidas socioeducativas, a liberdade assistida é a que entrega os melhores resultados, “[...] haja vista os extraordinariamente elevados índices de sucesso alcançados com esta medida, desde que, evidentemente, adequadamente executada.”¹²¹

Para ser adequadamente executada é preciso atitudes positivas em que o orientador “[...] não se limite a receber o jovem de vez em quando em um gabinete, mas que de fato participe de sua vida, com visitas domiciliares, verificação de sua condição escolar e trabalho, funcionando como uma espécie de ‘sombra’, [...]”¹²²

Cabe ao orientador oferecer e guiar o adolescente infrator pelo caminho que o levará à superação da situação de risco em que envolto.

Por outro lado, ainda que munida de boas intenções, inegável que a liberdade assistida impõe uma limitação na esfera privada do adolescente e, até mesmo, de sua família, dada a necessidade de participação desta para atingir o desiderato da medida.

Mostra-se, apesar da intenção pedagógica, possuir natureza jurídica sancionatória, uma vez que é aplicada contra a vontade do adolescente e em função

¹²¹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 92-93.

¹²² SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 92-93.

da prática de um ato infracional, que nada mais é do que um ato equiparado a um crime ou a uma contravenção penal, além de se assemelhar à suspensão condicional do processo, instituto típico do Direito Penal.

Ao manter o adolescente que está em cumprimento da medida sob a vigilância e ao se exigir o seu comparecimento frente ao orientador, pode-se perceber que: “Esse comparecimento se assemelha atualmente à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), acordo entre o MP e o réu, condicionado ao comparecimento mensal, bimestral ou trimestral.”¹²³

Fica perceptível que “[...] o adolescente sofre uma limitação em seus direitos, ou seja, não perde a liberdade, mas não a exerce em sua plenitude, diante da ‘assistência’ ativa exercida pelos agentes do Estado.”¹²⁴

Verifica-se, ante as características da medida de liberdade assistida, a sua similaridade aos institutos de Direito Penal e, portanto, o caráter punitivo, resta evidente, uma vez que: “A liberdade assistida não é diferente de um regime aberto, de um livramento condicional ou de uma suspensão condicional da pena.”¹²⁵

1.4.1.5 Semiliberdade

As medidas que foram apresentadas até o momento são cumpridas em meio aberto, não acarretando limitação na liberdade de locomoção do adolescente.

Diversamente do que já foi visto é a medida de semiliberdade, que pode ser considerada mista, pois, é executada parcialmente em meio aberto e parcialmente em meio fechado, exigindo, portanto, institucionalização, ainda que não integral.

“Por semiliberdade, como regime de política de atendimento, entende-se aquela medida socioeducativa destinada a adolescentes infratores que trabalham e estudam durante o dia e à noite se recolhem a uma instituição especializada.”¹²⁶ Ao

¹²³ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2021. p. 416.

¹²⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 404.

¹²⁵ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 404.

¹²⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 144.

invés de ficar no seio familiar, o qual não é um ambiente propício para o adolescente devido à desestruturação do lar, em seu momento de descanso deverá se recolher a uma instituição na qual receberá orientação dos técnicos especializados.

“Com a semiliberdade a liberação controlada se impõe, ou seja, não há possibilidade de o juiz não conceder atividade externa nesta medida, vez que ‘as atividades externas constituem a alma da medida de semiliberdade.’”¹²⁷ Assemelha-se, inegavelmente, ao regime prisional semiaberto, o que demonstra a similaridade da medida socioeducativa com a sanção penal.

A previsão da medida está no artigo 120¹²⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, que informa a possibilidade da medida ser imposta desde o início do cumprimento ou como uma transição para o meio aberto.

Por ser menos restritiva da liberdade do que a internação, a semiliberdade “deve se constituir numa estratégia jurídico-protetiva a ser adotada primordialmente para evitar a privação total da liberdade do adolescente.”¹²⁹

Justamente para evitar a internação é que “[...] a regra estatutária assevera que é possível ser aplicada *desde o início*, e, não somente como *forma de transição para o meio aberto* (art. 120 do Estatuto).”¹³⁰

Diante das suas características de possibilitar a saída da instituição para realização das atividades cotidianas, a medida, apesar da restritiva de liberdade, “[...]”

¹²⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 404-405.

¹²⁸ Art. 120. O regime da semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹²⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 125.

¹³⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 125.

busca atingir o objetivo de inserção social do adolescente, ainda que esteja limitada sua liberdade por encontrar-se institucionalizado.”¹³¹

Em que pese a redação legal, a qual trata de escolarização e profissionalização, além da função de se apresentar como medida menos limitadora de direitos do que a internação e, portanto, uma forma alternativa a esta, sua eficácia “[...] não corresponde à expectativa do Poder Judiciário em relação à contenção e ao caráter retributivo, ou ainda, à expectativa da comunidade, em razão do apelo punitivo que, em geral, faz parte do contexto em que a medida está sendo aplicada.”¹³²

A principal característica da medida em voga é a restrição da liberdade, a qual não pode ser confundida com a sua privação, característica esta, exclusiva da medida de internação.

1.4.1.6 Internação em estabelecimento educacional

A medida socioeducativa que, por excelência, priva o adolescente da liberdade é a internação, cuja previsão legal está no artigo 121¹³³ do Estatuto da Criança e do Adolescente e deve obedecer à brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

A medida de internação apresenta como característica diferenciadora ser “[...] a mais grave dentre as socioeducativas, constituindo, a teor do *caput*, em medida privativa de liberdade. Difere-se do regime da semiliberdade, tendo em vista que, neste, dispensa-se autorização judicial para a saída.”¹³⁴

Devido a privação da liberdade como característica, a internação, guardadas as devidas proporções, pode ser equiparada ao regime prisional fechado. “A internação tem seu parâmetro na legislação penal correspondente ao regime

¹³¹ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 86.

¹³² COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 87.

¹³³ Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹³⁴ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIM, 2021. p. 422-423.

fechado, que é destinado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado crimes com pena de reclusão superior a oito anos [...]”.¹³⁵

É justamente por aquilo que lhe caracteriza, qual seja, a privação da liberdade, que a medida socioeducativa de internação se sujeita à brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento.

De acordo com a brevidade, “[...] a medida deve perdurar tão somente para a necessidade de readaptação do adolescente;”¹³⁶ já a excepcionalidade informa que a internação “[...] deve ser a última medida a ser aplicada pelo Juiz quando da ineficácia de outras;”¹³⁷ e, por fim, mas não menos importante, está a condição de pessoa em desenvolvimento, segundo a qual visa “[...] manter condições gerais para o desenvolvimento do adolescente, por exemplo, garantindo o seu ensino e profissionalização.”¹³⁸

As hipóteses, nas quais são admissíveis imposição da medida de internação, estão elencadas no artigo 122¹³⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, limitando-se a aplicação aos casos de atos infracionais que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa, às hipóteses de reiteração no cometimento de infrações graves e às situações de injustificável e reiterado descumprimento de medida anterior.

¹³⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 147.

¹³⁶ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 423.

¹³⁷ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 423.

¹³⁸ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 423.

¹³⁹ Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

Frente aos direitos de liberdade, “[...] a restrição da liberdade física é medida extrema e, por isso mesmo, limitada nos casos expressos no Estatuto, precisamente neste artigo. Fora disso é incabível.”¹⁴⁰

Apesar da redação do artigo 122 do ECA ser expresso quanto às condições necessárias para imposição da medida de internação, há vozes que sustentam ser a condição psicossocial do adolescente um dos fatores a justificar a escolha da medida em comento, ao afirmar a sua necessidade nada menos do que “[...] naqueles casos em que a natureza da infração e o tipo de condições psicossociais do adolescente fazem supor que, sem um afastamento temporário do convívio social a que está habituado, ele não será atingido por nenhuma medida terapêutica [...]”.¹⁴¹

A justificativa daqueles que adotam esta posição se baseia na afirmação de que “[...] o julgador não pode ficar ‘amarrado’ diante de alguma situação de risco ao próprio adolescente, ou seja, impõe-se ao magistrado firmar uma posição para estancar a ‘sangria infracional’”.¹⁴²

Independentemente dos entendimentos sobre o uso ou não da condição psicológica do adolescente como justificativa para imposição da medida, existe, ainda, mais uma hipótese de internação, não como cumprimento de medida socioeducativa, mas como medida cautelar, que é a chamada internação provisória.

A internação provisória possui previsão no artigo 108¹⁴³ do Estatuto da Criança e do Adolescente e consiste na decretação da medida antes da sentença, de forma cautelar, pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias. Precisa estar fundamentada na necessidade imperiosa da medida e basear-se em indícios consideravelmente aptos de autoria e materialidade.

¹⁴⁰ TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 113.

¹⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 148.

¹⁴² FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 409.

¹⁴³ Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deve ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

Quanto ao que vem a ser a necessidade imperiosa da medida, tem-se que ela se baseia em critérios referentes à segurança do infrator ou da ordem pública, pois, “[...] o adolescente pode ser internado provisoriamente, para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública [...]”.¹⁴⁴

Desta forma, segundo a doutrina citada, justifica-se a internação provisória, além da garantia da ordem pública, quando, “[...] em virtude das consequências e gravidade do ato praticado, a segurança e proteção do adolescente estiverem ameaçadas.”¹⁴⁵

A manutenção ou garantia da ordem pública, como fundamento para a internação provisória, apresenta-se demasiadamente vaga, assim como ocorre nos casos da prisão cautelar por ela justificados, passando longe da clareza exigida pelo princípio da legalidade, restando como um campo fértil para interpretações das mais diversas. “[...] o conseqüente casuísmo incorporado na expressa ‘garantia da ordem pública’ se afasta do princípio liberal de ‘nenhum crime sem lei’, ao passo que suscita uma odiosa aproximação do slogan ‘nenhum crime sem punição.’”¹⁴⁶

A fixação do prazo peremptório de quarenta e cinco dias para o sentenciamento do feito em primeiro grau se configura como o direito constitucional à celeridade processual, visto que, o adolescente teve seu direito à liberdade cerceado cautelarmente, ou seja, fruto de juízo sumário. “Trata-se do direito do adolescente a um procedimento com **razoável** prazo de duração.”¹⁴⁷

A medida socioeducativa de internação priva o adolescente da liberdade de locomoção e o mantém recluso em um estabelecimento destinado ao seu cumprimento. Por esta razão, as consequências para o sujeito em formação se equiparam e, inclusive, agravam-se, em relação às sofridas pelos adultos no cárcere, o que exige um cuidado muito grande do aplicador ao optar pela imposição

¹⁴⁴ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 389.

¹⁴⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 155.

¹⁴⁶ CHAVES JUNIOR, Aírto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Análise teórico-empírica da prisão cautelar para a garantia da ordem pública. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, vol. 2, n. 3, 2020. p. 61.

¹⁴⁷ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2021. p. 382.

da medida em estudo, visto que, como uma marca ficará impregnada na história de vida do sujeito tido um dia como infrator.

Neste sentido segue a lição de Francesco Carnelutti que aqui pode ser usada por equiparação ao tratar das consequências do encarceramento na vida pós-cárcere:

Ao invés, na maior parte dos casos, não se trata de uma crise. A questão é muito mais grave. O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado; nesta fórmula está a crueldade do engano. A crueldade está no pensar que, se foi, deve continuar a ser. A sociedade fixa cada um de nós ao passado. O rei, ainda quando, segundo o direito, não é mais rei, é sempre rei; e o devedor, porquanto tenha pago seu débito, é sempre devedor. Este roubou; condenaram-no por isto; cumpriu a sua pena, porém...¹⁴⁸

As consequências são muito graves, principalmente para os sujeitos em formação, motivo pelo qual, o acusar, o processar, o condenar e o escolher da medida precisam perseguir o educar ao invés do punir. Conquanto, não é o que se verifica.

1.5 PRINCÍPIOS PREVISTOS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

1.5.1 Definição de princípios

A medida socioeducativa é imposta ao adolescente por meio de decisão judicial.

Já a decisão judicial, por sua vez, é elaborada e construída pelo órgão julgador com base nas fontes jurídicas, as quais podem ser definidas, em sentido amplo, como “[...] todos os elementos que podem ser empregados para a tomada de

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 80.

decisões e, portanto, referido conceito engloba a totalidade de conhecimento já construído ou passível de construção por empreendimento racional.”¹⁴⁹

Em resumo, portanto, pode-se afirmar que: “Assim, fontes jurídicas são aqueles argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo direito como legítimos limitadores da tomada de decisões em uma sociedade específica.”¹⁵⁰

Diante da amplitude das fontes jurídicas, conforme registro doutrinário mencionado, os princípios se apresentam como um dos elementos a serem considerados pelo órgão julgador quando da construção da decisão judicial que irá aplicar ao adolescente uma medida socioeducativa.

O princípio, como fonte jurídica fará parte do conteúdo da decisão judicial, esta última necessária para a imposição da medida socioeducativa. O caráter estruturante dos princípios é tratado por Canotilho ao ensinar que “[...] são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes.”¹⁵¹

Relevante, ainda, ao analisar os princípios, trazer à tona a doutrina de Robert Alexy, que promove a distinção em relação às regras, ambos como espécies do gênero norma jurídica.

Segundo o doutrinador:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção

¹⁴⁹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 144.

¹⁵⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 144.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 1160.

entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.¹⁵²

Percebe-se, portanto, pelas definições apontadas, em que pese variados entendimentos, que os princípios são fontes jurídicas e, portanto, elementos que devem ser observados pelo órgão julgador, no caso concreto por ele analisado, quando da construção da decisão judicial que irá impor e aplicar a medida socioeducativa ao adolescente no processo de apuração de ato infracional.

1.5.2 Princípios previstos no artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente

Uma vez conhecido o conceito de princípio enquanto categoria jurídica e a sua função na formação da decisão judicial que impõe o cumprimento de determinada medida socioeducativa ao adolescente infrator, é preciso conhecer quais são os princípios que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente consagra como de observância obrigatória.

Ao tratar do tema não se pode perder de vista que, conforme o próprio *caput* artigo 100¹⁵³ da Lei n. 8.069 de 1990, na aplicação de medidas, deve-se dar preferência àquelas que fortaleçam os vínculos familiares atendendo às necessidades pedagógicas do adolescente.

Com o fim de dar concretude ao intento protetivo do legislador, o mencionado artigo apresentou no seu parágrafo único¹⁵⁴ um rol, que a seguir será

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 90-91.

¹⁵³ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

¹⁵⁴ Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

analisado, de princípios que devem ser observados quando da escolha e imposição das medidas.

Ainda que o referido artigo 100 e seu parágrafo único estejam localizados no Título II do Estatuto, em que estão dispostas as medidas de proteção, a própria legislação no artigo 113¹⁵⁵ expressamente previu a observância daqueles princípios nos casos envolvendo medidas socioeducativas.

Outra também não é a posição doutrinária, ao afirmar que: “Esses **princípios** estabelecidos no ECA na verdade, não se limitam à aplicação da medida de proteção, mas se estendem à interpretação de todo ordenamento menorista.”¹⁵⁶

Desta forma, confirmada pela legislação e pela doutrina a necessária observância dos princípios dispostos nos incisos do parágrafo único do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa-se a suas análises individuais.

1.5.2.1 Condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos

Como não poderia ser diferente, o primeiro princípio consagra a condição de sujeito de direitos da criança e do adolescente ao afirmar que são eles

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹⁵⁵ Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

¹⁵⁶ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente.** Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIM, 2021. p. 344.

titularidade dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, em outras Leis e na Constituição Federal.

A condição de sujeito de direitos deve nortear a escolha e a aplicação da medida socioeducativa em virtude de representar uma intervenção estatal na vida do adolescente. “A intervenção do Judiciário se dá em face de ‘um adolescente’ que deve ser reconhecido como sujeito de seu próprio desejo (e, para tanto, responsável).”¹⁵⁷

A prática do ato infracional não diminui o caráter do adolescente enquanto sujeito de direitos e, por conta disso, não é admitido que seja tratado como um indivíduo inferior aos demais membros da sociedade e submetido a qualquer tipo de intervenção sob o argumento da correção de comportamento.

A medida socioeducativa, a despeito de representar um modo de intervenção estatal não desejada com efeitos na vida e nos interesses do adolescente, não pode ser encarada e transformada em uma forma de vingança social.

Por conta da finalidade educativa, em que pese a natureza jurídica punitiva já demonstrada da medida socioeducativa, deve ela despertar no adolescente “[...] o reconhecimento de sua responsabilidade e de seu próprio desejo, mesmo que eventualmente em conflito com o dos pais e dos atores jurídicos, procurando, com ele, as saídas dos impasses que se apresentam, desde que haja demanda.”¹⁵⁸

Não se pode perder de vista, quando se trata da escolha e imposição de medida socioeducativa pelo julgador, que: “O ato infracional pode ser sintoma de que algo anda mal e propicia uma intervenção capaz de promover a atribuição de sentido.”¹⁵⁹

Sendo assim, diante do que representa o ato infracional, a medida socioeducativa, em que pese o seu caráter impositivo, não pode se afastar do respeito à condição de sujeito do adolescente, o que implica na atenção aos seus desejos e

¹⁵⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 24.

¹⁵⁸ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 23-24.

¹⁵⁹ ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 24-25.

aspirações, pois, diversamente do que por muitos anos ocorreu, ele não é e nunca poderia ter sido considerado como um indivíduo possuidor de menos direitos do que um adulto.

1.5.2.2 Proteção integral e prioritária

A legalidade deve ser estritamente observada e se mostra como uma garantia, ao passo de que só pode ser considerado ato infracional aquele fato considerado crime ou contravenção penal para os adultos.

As normas, enquanto princípios e regras, devem ser interpretadas visando à proteção prioritária e integral dos adolescentes.

Outra não é a redação disposta no ECA, segundo a qual a aplicação e interpretação das normas previstas no referido Estatuto devem ser realizadas em prol da proteção prioritária e integral das crianças e dos adolescentes, “[...] por se tratarem de pessoas que, além de não tomarem parte nos processos decisórios da sociedade, ainda veem muitos de seus direitos violados todos os dias, [...]”.¹⁶⁰

A razão de ser da integral e prioritária proteção decorre do fato de serem os destinatários sujeitos em formação, característica que não pode ser esquecida ou retirada do adolescente por conta da prática infracional.

Mesmo infrator, o adolescente é um sujeito em formação e a vivência que terá durante a curta etapa de vida marcada pelas sucessivas e rápidas transformações influenciará e moldará suas escolhas e a forma como conduzirá sua futura vida adulta.

Dessa maneira, é essencial manter a chama acesa e não se esquecer de que: “O importante é que o adolescente envolvido em atos infracionais deve ser considerado como sujeito em desenvolvimento e com autonomia, munido de garantias infracionais e processuais estabelecidas no atual ordenamento jurídico pátrio.”¹⁶¹

¹⁶⁰ SILVA, Marcelo Gomes. **Menoridade penal**: uma visão sistêmica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 195.

¹⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 30.

A proteção integral e prioritária, portanto, decorre da condição de sujeito em formação e acarreta a obrigatoriedade desta observância no momento de avaliação da medida socioeducativa a ser aplicada, principalmente pelo fato de que, diversamente da regra de direito penal, a medida socioeducativa não será aplicada ao ato infracional da mesma forma como o preceito secundário é aplicado ao crime ou contravenção penal, inexistindo correspondência imediata.

1.5.2.3 Responsabilidade primária e solidária do poder público

Conforme anteriormente exposto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impôs como uma das responsabilidades do Estado e, portanto, como um dever, assegurar às crianças e aos adolescentes, com prioridade, uma série de direitos, como o direito à saúde, ao lazer, à educação, à vida, à profissionalização, dentre tantos outros.

Esta disposição constitucional restou desdobrada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como um princípio a ser observado incondicionalmente, ao expressar que a completa efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes é de responsabilidade primária e solidária das três esferas de governo, inclusive com a oportunidade de execução de programas por outros entes que não os governamentais.

Apesar do mandamento constitucional e das determinações constante no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, a efetivação plena de direitos, notadamente, na área infracional, encontra dificuldades que provém “[...] principalmente de práticas autoritárias e repressivas que foram adotadas a esse público específico, herança do modelo menorista que o antecedeu.”¹⁶²

Devido a essas dificuldades, as esferas federal, estadual e municipal precisam desenvolver atividades integradas para o atendimento de crianças e adolescentes, o que resulta no mandamento legal da responsabilidade primária e solidária entre os entes da federação e no desenvolvimento do trabalho conjunto em rede.

¹⁶² VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 113.

Para alcançar a efetividade pretendida como finalidade estatutária é necessário “[...] que haja uma integração operacional do sistema, mais precisamente sob a perspectiva do trabalho em ‘rede’ e de cooperações múltiplas entre os vários atores sociais pertencentes ao sistema de garantia de direitos.”¹⁶³

A forma de responsabilidade solidária entre os entes da federação proposta pelo ECA leva à descentralização e ao reordenamento do sistema, ao corrigir “[...] as políticas sociais centralizadoras, burocráticas e compensatórias que agravam ainda mais o processo de exclusão de crianças e adolescentes, por políticas sociais de caráter emancipatório.”¹⁶⁴

Na área infracional, o maior exemplo da descentralização decorre da municipalização dos programas de execução de medida socioeducativa, seguindo os ditames da Lei n. 12.594 de 2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

A municipalização do atendimento socioeducativo gera a proximidade dos programas de cumprimento de medidas à realidade vivenciada pelo adolescente no local em reside, o que aumenta as chances de sucesso da intervenção estatal.

1.5.2.4 Interesse superior da criança e do adolescente

A imposição da medida socioeducativa é uma interferência na vida privada do adolescente.

Por este motivo, não se pode perder o norte de que a intervenção estatal objetiva prioritariamente o atendimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, relegando a segundo plano demais interesses plurais, ainda que legítimos.

Assim sendo, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente se configura como um mandamento a ser cumprido por aqueles que

¹⁶³ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 117.

¹⁶⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 119.

militem na área da infância e adolescência, estando presente com a mesma intensidade nos casos envolvendo atos infracionais.

A consideração acima deve ser observada por todos os profissionais que atuam nos processos infracionais, mas, principalmente pelos Promotores de Justiça, para que não se esqueçam do compromisso que possuem com a defesa da Lei, pois, “[...] alguns representantes do Ministério Público dos Estados sentem-se no dever de defender a sociedade, punindo adolescentes e esquecendo do compromisso maior institucional com a proteção dos mais vulneráveis [...]”.¹⁶⁵

Este desencontro entre o que prevê as disposições legais e algumas atuações práticas pode decorrer “[...] face a adesão automática (e até inconsciente) à seletividade punitiva herdada do menorismo que etiquetou historicamente os adolescentes de origens econômicas e geográficas desfavoráveis como perigosos.”¹⁶⁶

Seguindo, portanto, o princípio do superior interesse, a medida socioeducativa só pode ter lugar para atender aos interesses do adolescente e não como bálsamo à sociedade sedenta de punição a todo custo.

1.5.2.5 Privacidade

Assim como anteriormente mencionado, a medida socioeducativa é uma intervenção na vida privada do adolescente e como tal não deve ser exposta aos quatro ventos, garantindo-se, notadamente pelas consequências que a exposição poderá produzir, o direito à intimidade e à imagem.

Não por outra razão, a privacidade norteia a apuração do ato infracional, a imposição da medida socioeducativa e o seu posterior cumprimento, garantindo o Estatuto da Criança e do Adolescente o respeito à intimidade, ao direito de imagem e à reserva da vida privada nas ações voltadas à promoção e à proteção dos interesses e direitos da criança e do adolescente.

¹⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 37.

¹⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 38.

Em atenção ao princípio da privacidade nos casos envolvendo atos infracionais, tem-se por “[...] imperativo a preservação de identidade, imagem e, sobretudo, da própria pessoa [...]”,¹⁶⁷ haja vista as repercussões negativas que, um ato isolado ou ainda não julgado, são capazes de causar na vida do sujeito ainda em fase de formação.

No aparente conflito entre a publicidade e a privacidade, esta deve prevalecer frente aos efeitos negativos que a exposição desnecessária pode acarretar no adolescente, que, repisa-se, ainda é um sujeito em formação.

“A ‘*transparência pública*’ deve ceder lugar à proteção integral da criança e do adolescente que se envolveram num evento infracional [...]”.¹⁶⁸ Trata-se, de ponderação de princípios com prevalência da tutela da dignidade humana frente à publicidade da informação. É, em complementação ao princípio anteriormente analisado, atender ao superior interesse do adolescente apontado como infrator.

A garantia da não exposição tem o objetivo de impedir que a marca deixada pela prática do ato infracional se torne pública e se perpetue ao longo da vida daquele que, em um momento de imaturidade, possa ter cometido um ato contrário ao que a legislação consagra como o correto comportamento.

1.5.2.6 Intervenção precoce e intervenção mínima

A especial fase de vida pela qual os adolescentes estão passando, na qual as transformações físicas e psicológicas irão moldar seus corpos e personalidades para a futura vida adulta, exige que, existindo necessidade, a intervenção estatal não demore a ocorrer, pois, em um piscar de olhos a adolescência termina.

Da mesma forma, a precoce intervenção só deve ocorrer no estrito limite da necessidade, interferindo minimamente na vida do adolescente.

¹⁶⁷ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 106.

¹⁶⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 108.

Esses preceitos são consagrados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual está prevista a disposição de que a intervenção deve ser efetuada tão logo seja conhecida a situação de risco e exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável para assegurar os interesses das crianças e adolescentes.

“Pelo princípio da *intervenção precoce*, devem as autoridades constituídas agir tão logo seja a situação conhecida.”¹⁶⁹ A falta de adoção de providências, ao seu tempo e modo, na promoção dos interesses de adolescente envolvido com a prática de ato infracional, configura o descaso estatal não apenas com o resultado, mas, principalmente, com a raiz do problema, uma vez que antecedendo a infração, há uma situação de risco latente a que o infrator está submetido.

É possível afirmar, à vista disso, que: “De fato, o atendimento atemporal poderá importar em situação irreversível.”¹⁷⁰

O princípio da intervenção precoce é complementado pelo princípio da intervenção mínima, porquanto, “[...] a ação, embora rápida, deve guardar estrita proporcionalidade à situação de perigo, não se justificando a adoção de ações desnecessárias.”¹⁷¹

Torna-se necessário também trazer à tona que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar da intervenção mínima, garante que a intromissão estatal na vida privada ser efetuada exclusivamente por meios imprescindíveis à tutela dos interesses da criança e/ou do adolescente envolvido, sendo vedado qualquer tipo de excesso, fazendo valer o aforismo de que o menos é mais.

¹⁶⁹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

¹⁷⁰ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

¹⁷¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69.

Logo, a aplicação dos dois princípios em arguição, na esfera infracional, resulta no fato de que a medida socioeducativa não pode demorar a ser aplicada, sob pena de perder o seu sentido de ser, assim como, deve se limitar ao mínimo necessário, o que acarreta a prevalência da adoção de medidas não privativas de liberdade frente às diametralmente opostas.

1.5.2.7 Proporcionalidade e atualidade

O Estado brasileiro se constitui como um Estado Democrático de Direito, conforme se extrai da estrutura constitucional vigente, razão pela qual o princípio da proporcionalidade assume papel de destaque, visto que “[...] desponta como instrumento metódico de controle de atos – tanto comissivos como omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de eventual aplicação a atos de sujeitos privados.”¹⁷²

Em razão de se apresentar como um meio de controle de atos, a proporcionalidade está intimamente relacionada com os direitos fundamentais. Não por outro motivo a doutrina expressa que: “O princípio da proporcionalidade tem sido concebido hodiernamente como referência teórica à aplicação dos Direitos Fundamentais.”¹⁷³

Esta relação entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade ganha relevo no Direito da Infância e da Adolescência, pois, a medida socioeducativa, assim como visto no tópico anterior, precisa ser minimamente invasiva, jamais excedendo ao necessário, uma vez que restringe ou limita direitos fundamentais do adolescente, especialmente, o direito de liberdade.

Face a restrição ou limitação de direitos, característica da medida socioeducativa, “[...] deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 402.

¹⁷³ MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimos os pressupostos hermenêuticos do princípio da proporcionalidade. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**. v. 6, n. 1, 2014. p. 56. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007490>>. Acesso em: 19 de outubro de 2023.

constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.¹⁷⁴

Há que se levar em conta que o princípio em análise “[...] atua aqui, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.”¹⁷⁵

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação está relacionada com a conformidade, “[...] no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), [...]”.¹⁷⁶

A medida escolhida precisa ser compatível, adequada com a finalidade legislativa que se espera dela e capaz de resolver o conflito. Entretanto, é preciso também o atendimento de um outro subprincípio que é a necessidade.

Pela necessidade, torna-se preciso averiguar a adequação e, dentre os meios adequados, qual poderá ser exigido de forma menos restritiva, ou seja, com menor violação na liberdade individual.

Tem-se por “[...] necessidade ou exigibilidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, [...]”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 232.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 403.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 404.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 404.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito “[...] tem por fim verificar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à sua carga coativa.”¹⁷⁸

“É nesse plano que se realiza a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais.”¹⁷⁹

O balanço entre a medida e o fim mostra-se de suma importância, pois, apesar da adequação e da necessidade, poderá ocorrer desproporção e com isso, patente violação de direitos.

Além de proporcional, a medida precisa ocorrer no momento oportuno em que possa apresentar reais e efetivos efeitos frente ao ato infracional praticado.

Considerando as rápidas transformações sociais que ocorrem durante a adolescência, que, repita-se, é a mais curta das fases da vida, a intervenção estatal deve ser atual, não podendo demorar sob pena de não gerar qualquer efeito positivo.

Não é por outra razão que o ECA, seguindo a linha das disposições anteriores, informa que a adequação e a necessidade da medida deverão ser avaliadas em consideração com a real situação de perigo atual, não podendo se basear somente em fatos pretéritos ou na incerteza do que ocorrerá no futuro.

A medida socioeducativa não é destinada a produzir efeitos no processo, mas sim no mundo real. Dessa maneira, não é possível esquecer a premissa de que “[...] o tempo do processo não se confunde com o tempo de vida, e que a dinâmica de vida de um adolescente produz, em pouco tempo, transformações, para melhor ou para pior, impressionantes, [...]”¹⁸⁰ A atualidade da medida é decisiva para a produção de efeitos positivos.

¹⁷⁸ ARCHANJO, Daniela Resende. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. **Espaço jurídico**. Joaçaba. v. 9. n. 2. jul./dez. 2008. p. 164. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1914/982>>. Acesso em: 19 de outubro de 2023.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 405.

¹⁸⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 161.

O ato infracional é um sintoma de que o adolescente passa por alguma situação de risco pessoal ou social que desaguou na prática de um ato equiparado a um crime ou a uma contravenção penal.

Não é errado afirmar, frente às constatações decorrentes da análise do ato infracional, que o adolescente “[...] já se encontrava vitimizado pelas condições anteriores – risco pessoal – que o levaram a praticar uma conduta (ação ou omissão) conflitante com a lei – risco social.”¹⁸¹

Em que pese a situação de risco, conforme já visto oportunamente, a medida socioeducativa além de um caráter pedagógico possui nítida natureza jurídica punitiva, portanto, sancionatória. Mas, mesmo como retribuição por um ilícito cometido, a proporcionalidade não pode ser perdida de vista, assim como ocorre com a imposição das penas aos adultos autores de crimes ou contravenções penais.

Tendo em vista as características do princípio da proporcionalidade, ensina Cesare Beccaria lição que se encaixa ao contexto do ato infracional, segundo a qual:

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mais ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.¹⁸²

Por este motivo (situação de risco), independentemente de qual seja a natureza jurídica da medida socioeducativa, precisa ela ser proporcional adequada, necessária e proporcional ao ato praticado, além de atual, ou seja, incidir ao tempo em que necessária para alguma transformação pessoal e/ou social.

1.5.2.8 Responsabilidade parental e prevalência da família

¹⁸¹ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 102.

¹⁸² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Fonte digital www.jahr.org. p. 44.

O adolescente não é um ser isolado no mundo, mas partícipe da sociedade e integrante de um seio familiar que precisam ficar lado a lado com ele para o enfrentamento da intervenção estatal traduzida como medida socioeducativa.

Nunca é demais lembrar que a medida é uma imposição, motivo pelo qual: “Durante este momento traumático na vida do adolescente é imprescindível o suporte familiar como núcleo de identificação e onde, teoricamente, pode ser ele mesmo, receber cuidado e resgatar a referência de seu lugar no mundo.”¹⁸³

Desse modo, a família deve ser chamada a participar efetivamente do acompanhamento da medida e receber também condições para que o fato propulsor da situação de risco que levou à prática infracional não se faça mais presente.

Por isso, “[...], entende-se, sim, que é indispensável o estabelecimento mínimo de condições humanitárias junto ao núcleo familiar para que seja possível o desenvolvimento pleno da personalidade de crianças e adolescentes”.¹⁸⁴

O Estatuto da Criança e do Adolescente seguiu esta linha ao enfatizar que a intervenção estatal adequada, necessária e proporcional ocorra de forma a que os pais assumam seus deveres inerentes ao poder familiar para com seus filhos, o que consagra a responsabilidade parental.

Do mesmo modo, estabeleceu a prevalência da família ao indicar ser preferíveis as medidas que aproximem o adolescente da família, com objetivo do fortalecimento de laços, àquelas que o afastem, como ocorre na internação, por exemplo, motivo pelo qual os pais precisam participar ativamente e propiciar um novo ambiente para que o filho não mais encontre os mesmos estímulos anteriormente existentes ou as mesmas deficiências que foram a mola propulsora do envolvimento infracional.

O papel da família é de relevante contribuição na efetividade da medida, dado que: “O ambiente familiar deve ser aquele capaz de proporcionar às crianças e

¹⁸³ SILVA, Marcelo Gomes. **Menoridade penal**: uma visão sistêmica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 189.

¹⁸⁴ RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017. p. 103.

aos adolescentes o completo desenvolvimento de suas potencialidades físicas, emocionais, espirituais e cognitivas.”¹⁸⁵

Por mais que o Estado e a sociedade sejam também responsáveis, é inegável que: “Incumbe aos pais ou a quem tenha a guarda de crianças e adolescentes o dever de zelo, atenção, cuidado para que cresçam de forma saudável. Os pais devem orientar os filhos e cria-los num ambiente de proteção.”¹⁸⁶

Dada a relevante função que a família precisa desempenhar na vida das crianças e adolescentes é que aquelas medidas socioeducativas que não retiram o adolescente autor de um ato infracional de seu seio familiar devem ter preferência sobre as opostas e, nos casos em que a liberdade do adolescente for privada, o seu contato e participação familiar não pode ser.

1.5.2.9 Obrigatoriedade da informação, oitiva obrigatória e participação

O adolescente precisa ser informado de tudo aquilo que com ele acontecer, sendo ouvido e participando da tomada de decisões que surtirão efeitos na sua vida, justamente pela condição de sujeito de direitos e, especialmente, em decorrência da doutrina da proteção integral.

Mais do que um direito, é dever do Estado informar ao adolescente todas as medidas a que ele for submetido. Mas não só isso, a informação deve ser transmitida com clareza, respeitando o seu atual estágio de desenvolvimento para que possa compreender e, desse modo, desenvolver raciocínio crítico a respeito dos fatos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente expressamente consagra o direito da criança, do adolescente e se seus pais ou responsáveis de serem informados dos direitos que possuem e das razões determinantes da intervenção estatal. O mínimo que o Estado deve fazer, em respeito à dignidade humana, é informar de que forma e por qual motivo está intervindo na esfera privada individual.

¹⁸⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente:** a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 116.

¹⁸⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente:** a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 116.

O acesso à informação, no entanto, não basta. Além de ser informado, o adolescente possui o direito de ser ouvido e de participar nas decisões que lhe dizem respeito, na medida de sua capacidade.

O ato de se fazer ouvir não é somente um direito individual ou um dever estatal, “[...], mas uma verdadeira imposição da Lei (art. 100, parágrafo único, inc. XII, ECA) ao juiz em muitos casos, quando este poderá melhor motivar sua decisão e abrir caminhos para eventual revisão ou confirmação da decisão.”¹⁸⁷

Assim sendo, a informação, a oitiva e a participação são, nada mais nada menos, do que exercícios de cidadania.

¹⁸⁷ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 146.

CAPÍTULO 2

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE DEFESA

2.1 DIGNIDADE HUMANA COMO BALIZA AO PODER PUNITIVO

O significado do verbete dignidade para a língua portuguesa pode ser extraído do conhecido Dicionário Aurélio, segundo o qual, trata-se de “autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade” assim como “respeito a si mesmo, amor-próprio, brio, pundonor.”¹⁸⁸

Na seara jurídica este verbete ganha elevado significado.

Ao tratar da dignidade humana não se pode perder de vista que não se está diante de um instituto de fácil explicação, pois, transcende as esferas de conceituação de princípio, direito ou valor, visto que inerente ao próprio ser humano como elemento intrínseco da existência da personalidade.

“O respeito à dignidade da pessoa humana é concepção que brota de matrizes culturais remotas, desde a Antiguidade greco-latina e cristã até o Renascimento e o iluminismo Antropocêntrico da Idade Moderna.”¹⁸⁹ Portanto, não é de hoje que fala em dignidade, ainda que, no passado, não com os contornos atuais.

¹⁸⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico Aurélio da língua portuguesa**. 5. Ed. 2010: Regis Ltda. Disponível em: <<http://www.aurelio.mp.br/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 7 de abril de 2023.

¹⁸⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 534.

A forma de enxergar o indivíduo evoluiu com ao longo do tempo, notadamente com o pensamento jusnaturalista. Deixou de estar vinculada ao seu poder econômico e à posição ocupada no seio social, pois, “[...] passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental de igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.”¹⁹⁰

A partir desta nova concepção, a dignidade do indivíduo não depende de outros fatos, mas “[...] tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.”¹⁹¹

Desse modo, ainda que a partir do século XVIII tenham surgidos importantes instrumentos jurídicos a fortalecer a ideia de dignidade humana, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi no século XX que efetivamente ganhou força e os contornos atualmente conhecidos.

Para atingir a maturidade atual foi preciso o triunfo sobre vários dogmas “[...] que superasse qualquer distinção, como as relativas ao sexo, à origem étnica, à nacionalidade, à religião e à saúde, em virtude de uma *dignidade* que é comum a todos os membros da espécie humana.”¹⁹²

Correta, portanto, é a afirmação de que foi a partir do século passado que “[...] os documentos normativos internacionais passaram a reservar uma posição de destaque à ideia de dignidade humana, assumindo esta, a função de princípio fundamental da ordem jurídico-política.”¹⁹³

E assim também ocorreu no Brasil, que teve a primeira menção constitucional a respeito do instituto na Carta de 1934, entretanto, situando a dignidade humana apenas no âmbito da ordem econômica e social.

¹⁹⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 534.

¹⁹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. p. 534.

¹⁹² WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 679.

¹⁹³ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. p. 679.

Como não poderia ser diferente, ante as transformações mundiais, os limites iniciais foram extrapolados e a dignidade passou a se destacar pela intrínseca ligação com os direitos humanos e fundamentais.

Rapidamente, em comparação ao longo processo histórico, a sociedade despertou e visualizou “[...] a indissociável ligação entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos fundamentais reconhecidos e protegidos na esfera do direito internacional e do direito constitucional, [...]”.¹⁹⁴

Tamanha é a importância reconhecida à dignidade humana que, atualmente, constitui-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil com previsão já no artigo 1º¹⁹⁵ da Constituição Federal, portanto, um pilar sobre o qual o ordenamento jurídico brasileiro se estrutura.

Assim sendo, diferentemente do que ocorreu com a Constituição de 1934, a qual fez menção à dignidade humana no campo da ordem econômica e social, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alterando o panorama anterior, “[...] inovou ao inserir a dignidade da pessoa humana no elenco dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1, III), portanto, no âmbito dos princípios fundamentais e estruturantes, logo após o Preâmbulo.”¹⁹⁶

A localização no texto constitucional e a característica de fundamentalidade da dignidade humana demonstram a intrínseca correlação existente entre esta e os direitos fundamentais, como pode ser percebido, visto que “[...], inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida,

¹⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Princípios Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 261.

¹⁹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Princípios Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 262-263.

à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança.”¹⁹⁷

Desse modo, dentre outros, o poder punitivo do Estado frente ao indivíduo, longe de ser absoluto, condiciona-se ao fundamento da dignidade humana, o que resta demonstrado, por exemplo, pelo mandamento constitucional insculpido no artigo 5º, III¹⁹⁸, da Constituição Federal de 1988, que proíbe o tratamento degradante, desumano e a prática da tortura.

Não fosse deste modo, a falta de observância da dignidade do condenado, por exemplo, transformaria a sanção a ele incutida em mera vingança pelo ato anteriormente cometido.

Nesse sentido, são as palavras de Francesco Carneluti:

Não obstante, se há um passado que se reconstrói para fazer a base do futuro, é o do homem nas grades no processo penal. Não há outra razão para tingir o delito senão aquela de impor-lhe a pena. O delito está no passado, a pena está no futuro. Diz o juiz: devo saber aquilo que você foi para estabelecer aquilo que será. Foi um delinquente; será um encarcerado. Fez sofrer; sofrerá. Não soube usar a sua liberdade; será recluso. Eu tenho nas mãos a balança; a justiça quer que quanto pese seu delito, tanto pese a sua pena.¹⁹⁹

Não se trata de reduzir o poder punitivo do Estado pela dignidade da pessoa humana, mas sim de exercê-lo com esta observância. “Não custa lembrar que o exercício de direitos fundamentais não implica estímulo à criminalidade.”²⁰⁰

A dignidade precisa ser observada como baliza desde a abordagem policial, passando pelo processo penal, até a execução da pena, pois, do contrário,

¹⁹⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 144.

¹⁹⁸ Art. 5º. [...] III. ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

¹⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 60.

²⁰⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 64.

ao final “pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério, mas se esquece que o condenado é um sepultado vivo.”²⁰¹

A mesma observância deve pautar os processos de apuração de ato infracional, pois, nunca é demais lembrar que os adolescentes, conforme a doutrina da proteção integral, deixaram há muito de serem menos humanos do que os adultos, merecendo tanto quanto ou até mais proteção estatal em razão da fase de desenvolvimento em que se encontram.

Não se olvida que o Estado deve exercer o poder punitivo, com a criação de leis e sua execução, contudo, atentando-se ao respeito à dignidade humana enquanto atributo da personalidade, sem jamais esquecer que: “[...] é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua e não meio da atividade estatal.”²⁰²

2.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os preceitos que constituem a dignidade humana passaram a ser positivados nas modernas constituições através da previsão de direitos, o que caracteriza a fundamental preocupação com o conteúdo da norma constitucional em oposição apenas ao seu formalismo. “Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos*.”²⁰³

A respeito desta característica encontrada nas modernas constituições, Luigi Ferrajoli explica:

[...]. Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos *naturais*, foram consagrados nas modernas constituições na forma de princípios normativos *fundamentais* que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também

²⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 72.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Princípios Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 263.

²⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 51.

positivos, como os expressados pelos chamados “direitos sociais” ou “materiais” (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados, nas constituições deste século -, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos. Em particular, os chamados direitos “invioláveis” da pessoa, direitos “personalíssimos” ou “indisponíveis” não são mais do que a forma jurídica *positiva* que os direitos *naturais*, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado Moderno, têm assumido como “direitos subjetivos” nas Constituições modernas.²⁰⁴

Estes direitos personalíssimos e invioláveis, que constituem o conteúdo material da dignidade humana, são os chamados direitos fundamentais, os quais, aqui, longe de se escrever um tratado a respeito, precisam ser trazidos à baila.

Neste ponto, para a elucidação dos direitos fundamentais, vale-se da doutrina de Canotilho quando, ao diferenciá-los dos chamados direitos do homem, ensina que: “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”²⁰⁵

“Podemos, neste ponto, redefinir os *direitos fundamentais*, em contraposição a todas as outras *situações jurídicas*, como aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade.”²⁰⁶ Ante a esfera de proteção desta categoria de direitos, voltada para a valorização da pessoa enquanto indivíduo dotado de dignidade e, portanto, de igualdade entre seus semelhantes e possuidor de expectativa de desenvolvimento, foram eles especificados através de uma escala geracional.

De acordo com a escala geracional de classificação dos direitos fundamentais, considerando a consciência sobre o papel do indivíduo que foi despertado ao longo dos anos, a primeira se caracterizaria pelos denominados como “[...] direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americana; a

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 287-288.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 393.

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 727.

segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores, a quarta a dos *direitos dos povos*.”²⁰⁷

O poder punitivo do Estado ou, na área infracional, o poder socioeducativo que, conforme já demonstrado, é o poder de impor uma medida que não possui natureza exclusivamente pedagógica educacional, mas também punitiva, por ser uma intervenção na esfera pessoal do adolescente em razão da prática de um ato tipificado como infração penal, não pode se furtar da observância do direito fundamental de primeira geração, qual seja, do direito de liberdade do indivíduo.

Desse modo, é esta geração dos direitos fundamentais que possui ligação com o presente estudo, vez que: “[...] os considerará sempre como *direitos de defesa* do cidadão perante o Estado, devendo este abster-se da invasão da autonomia privada.”²⁰⁸

Quanto à função de defesa do cidadão em relação ao Estado, a doutrina explica: “A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coativos).”²⁰⁹

Percebe-se, portanto, que: “[...] os direitos fundamentais constituem uma esfera própria e autónoma dos cidadãos, ficam fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra o poder podiam ser defendidos.”²¹⁰

Esclarecido, ainda que de forma rápida, o conteúdo dos direitos fundamentais, não se pode deixar de analisar as chamadas garantias, que são instrumentos de concretização dos direitos fundamentais.

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 386.

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 384.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 407-408.

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 111.

Desse modo, de forma resumida, pode-se dizer que: “<<Garantía>> es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.”²¹¹

Diante de suas características instrumentais, a doutrina internacional dispõe que: “As **garantias** traduziam-se quer nos direitos dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.”²¹²

A mesma situação se apresenta na relação entre garantias e direitos fundamentais, de modo que “[...] as garantias dos direitos de liberdade (ou ‘direitos de’) asseguram a igualdade formal ou política. As garantias de direitos sociais (ou ‘direitos a’) consentem a igualdade substancial ou social.”²¹³

Frente ao apresentado, elucidativa é a correspondência ao afirmar: “Umas tutelam as diferenças, das quais postulam a tolerância; as outras removem ou compensam as desigualdades que postulam como intoleráveis. [...]”²¹⁴

Quando se trata de poder punitivo, seja no campo criminal, seja no infracional, os direitos fundamentais do acusado ou infrator são assegurados pelas garantias relativas ao processo e ao direito penal, evidenciado pela afirmação de que: “A função específica das garantias no direito penal, como mostrarei na terceira parte, na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.”²¹⁵

O poder punitivo estatal para ser legítimo no Estado Democrático de Direito precisa ser exercido no bojo de um processo que garanta a observância dos valores constitucionais. Desta maneira, levando-se em conta o que até o momento visto, “[...] a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do

²¹¹ “Garantia é uma expressão do léxico jurídico com a qual se designa qualquer técnica normativa de tutela de um direito subjetivo.” (Tradução livre do pesquisador). FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2. ed. *Edición de Miguel Carbonell*. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010. p. 60.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 396.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 727.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 727.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por **garantias gerais do processo e do procedimento**.²¹⁶

Trazendo o assunto para o plano nacional, é inegável que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atual e vigente, consagrou o reconhecimento e a proteção dos direitos e garantias fundamentais, visto que, tem como um de seus títulos, o Título II, que se inicia no artigo 5º, nominado como: Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Ao analisar os direitos fundamentais sob ótica das peculiaridades da ordem constitucional brasileira é possível defini-los tal qual fez Ingo Wolfgang Sarlet como:

[...] todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual), que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal.²¹⁷

Conforme se nota da doutrina citada, os direitos fundamentais não se limitam àqueles dispostos no citado Título II, mas estão espalhados por todo o texto constitucional. Inclusive, há expressa disposição neste sentido no artigo 5º, § 2º²¹⁸, da Constituição Federal.

É possível notar, portanto, que na esfera penal e processual, assim como, por equiparação, na infracional, todos os acusados e infratores se mantêm como titulares de direitos e garantias fundamentais.

Por esta razão é que no processo penal brasileiro a intervenção estatal fundada no poder punitivo ocorrerá mediante um processo judicial que respeite os

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 274.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 326.

²¹⁸ Art. 5º. [...] § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

direitos fundamentais do acusado, submetido a garantias sobre as quais se abordará a seguir.

2.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Dentre os bens mais caros ao ser humano está a liberdade em todas as suas vertentes, pois, é através dela que se pode buscar o desenvolvimento pleno nas várias esferas da vida social.

A liberdade “[...] não se dirige contra, mas *em busca*, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, [...].”²¹⁹

É através da liberdade que se possibilita o engrandecimento pessoal e o desenvolvimento subjetivo, tão necessários na formação do sujeito, notadamente para a criança e para o adolescente que se encontram em especial fase de vida marcada pelas transformações físicas e psíquicas que as conduzirá para a vida adulta.

Para que a liberdade possa ser exercitada em todos os seus aspectos é necessário que existam garantias que a assegure contra violações, não sendo suficiente somente a sua declaração nos textos constitucionais ou em outros documentos. “É que a liberdade da pessoa física, para ter efetividade, precisa de *garantias* contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, *direito de segurança*.”²²⁰

Uma das garantias ao direito de liberdade é a presunção de inocência que, historicamente aliada ao princípio da submissão à jurisdição, “foram adotados no art. 8 da Constituição da Virgínia e nos arts. 7 e 9 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789.”²²¹

²¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 233.

²²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 240.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 442.

Em âmbito nacional, atualmente esta garantia resta assegurada pela sua positivação no artigo 5º, inciso LVII²²², da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dispor que até o trânsito em julgado da sentença condenatória ninguém será considerado culpado.

A presunção da inocência é consectário da submissão à jurisdição em um Estado Democrático de Direito no qual é inadmissível que, sem um processo penal no qual tenham sido produzidas provas, alguém possa ser considerado culpado. Sendo assim, “[...] desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado e nem submetido à pena.”²²³

Como garantia do direito de liberdade a presunção de inocência serve de padrão orientador ao processo penal “como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana.”²²⁴

Desse modo, como parte estruturante da dignidade humana, a presunção de inocência se espraia pelos vários espaços que envolvem o processo penal, razão pela qual “pode ser sintetizada nas seguintes expressões: *norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento*.”²²⁵

Enquanto norma de tratamento, a presunção de inocência “é a imposição – ao juiz – de tratar o acusado efetivamente como inocente até que sobrevenha eventual sentença penal condenatória transitada em julgado.”²²⁶

Externamente ao processo, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu.”²²⁷ Isto porque, nas palavras de Francesco Carnelutti: “O homem, quando é suspeito de um

²²² Art. 5º. [...]: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

²²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.

²²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 104.

²²⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 424.

²²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 107.

²²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 107.

delito, é jogado às feras, como se dizia uma vez dos condenados oferecidos como alimento às feras.”²²⁸

Sob o viés de norma probatória, diferentemente do que ocorre no processo civil, “[...] no processo penal não existe distribuição de cargas probatórias, senão atribuição, exclusiva, ao acusador.”²²⁹

Já no aspecto de norma de julgamento, o instituto em análise se traduz em “[...] uma ‘norma para o juízo’, diretamente relacionada à definição e observância do ‘*standard probatório*’, atuando no nível de exigência da suficiência probatória para um decreto condenatório.”²³⁰

Conforme se observa da redação constitucional, a presunção de inocência perdurará até o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que, inclusive, representa uma inovação em relação a determinados textos internacionais, “[...] na medida em que a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, item 2) permite que a presunção de inocência deixe de ser aplicada se já comprovada a culpa, mesmo que antes do trânsito em julgado.”²³¹

No Brasil, portanto, até o trânsito em julgado, as três dimensões acima explicitadas precisam ser observadas em sua plenitude, pois, não se pode perder de vista que: “O acusado tem o direito de que se presuma a sua inocência ‘até o trânsito em julgado’ da sentença penal condenatória.”²³²

Esta presunção, até o trânsito em julgado, que garante o direito de liberdade, também alberga a segurança do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal, pois, trata-se “[...] da específica ‘segurança’ fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica ‘defesa’ destes contra o arbítrio punitivo.”²³³

²²⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 48.

²²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 424.

²³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 108-109.

²³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. p. 121-125.

²³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 73.

²³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.

Tamanho é o cuidado que se deve ter para com o acusado, pois, condenado ainda não está ao longo do trâmite processual, que Francesco Carnelutti faz a seguinte comparação: “O acusado deveria ser considerado com o mesmo respeito que se dá ao doente nas mãos do médico ou do cirurgião.”²³⁴

Assim sendo, considerando o fato de sua previsão constitucional e, enquanto garantia do direito de liberdade, a presunção de inocência é de observância obrigatória em relação àqueles que são acusados da prática de crimes ou contravenções penais e, por equiparação, de atos infracionais.

2.3.1 *In dubio pro reo*

Conforme acima apontado, não há distribuição do ônus da prova no processo penal, mas atribuição exclusiva da comprovação dos fatos pela acusação, dado ao fato de que o acusado é presumidamente inocente, só perdendo este *status* desde que fique comprovada a sua culpabilidade e somente após o trânsito em julgado. “Alterar esse estado dependerá de prova idônea, produzida pelo órgão estatal acusatório, por meio do devido processo legal.”²³⁵

A correlação entre a presunção da inocência e o ônus da prova “[...] impõem que a condenação penal só possa ser prolatada se o juiz se convencer da culpa *para além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt)*.”²³⁶

Em razão da necessidade do convencimento judicial sobre a culpabilidade é que se pode afirmar: “É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma ‘a culpabilidade não se presume’ [...]”.²³⁷

Não tendo se desincumbido a acusação de comprovar os fatos imputados ao acusado, portanto, restando dúvida, uma vez que ele é presumidamente

²³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 57.

²³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 911-912.

²³⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007. p. 104.

inocente, essa se resolverá em favor do réu, configurando o chamado *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo*, no ordenamento jurídico brasileiro regido pelo mandamento constitucional indeclinável da presunção de inocência, deve ser considerado “[...] no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe.”²³⁸

O sentido de ser do *in dubio pro reo* está no fato de que o direito de liberdade se sobrepõe ao poder punitivo estatal e por isso “[...] se considera preferível absolver um (ou dois, ou dez, ou mil...) culpado do que condenar um inocente!”²³⁹

Para que seja possível a condenação do acusado, os fatos imputados precisam estar comprovados em todas as suas nuances para permitir a fundamentação da sentença condenatória no processo penal, não sendo permitida a existência de sombra de dúvida sequer. “Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas; [...]”.²⁴⁰

A existência de qualquer traço de dúvida leva à absolvição, por isso, tão importante é a prova no processo penal. Neste sentido, Cesare Beccaria argumenta:

Eis um teorema geral, que pode ser muito útil para calcular a certeza de um fato e, principalmente, o valor dos indícios de um delito:

Quando as provas de um fato se apoiam todas entre si, isto é, quando os indícios do delito não se sustentam senão uns pelos outros, quando a força das várias provas depende da verdade de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai à probabilidade do fato: merecem pouca consideração, porque, destruindo a única prova que parece certa, derrubais todas as outras.

Mas quando as provas são independentes, isto é, quando cada indício se prova à parte, quanto mais numerosos forem estes indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova nada influi sobre a certeza das restantes.²⁴¹

²³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 412.

²³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 485.

²⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. p. 127-128.

²⁴¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Fonte digital www.jahr.org. p. 15-16.

A prova constante nos autos para permitir a formação do convencimento judicial e ensejar o decreto condenatório deve ser aquela dotada de suficiente robustez, pois, somente a que traduza esta qualidade “[...] é apta a superar a barreira do ‘acima da dúvida razoável’ e consegue dar conta do nível de exigência da garantia da presunção de inocência.”²⁴²

O cuidado com a prova precisa ser o maior possível em decorrência do bem jurídico que está em jogo, qual seja, a liberdade. Em matéria probatória é correto afirmar que: “A certeza que se exige para convencer um culpado é, pois, a mesma que determina todos os homens nos seus mais importantes negócios.”²⁴³

A prova, portanto, ao contrário do que se possa imaginar, não excetua, mas sim, confirma a garantia da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* na medida em que a condenação só poderá ocorrer se essa for de tal qualidade que espanque qualquer dúvida que possa restar.

2.4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Enquanto corolário da dignidade humana, a liberdade, em todas as suas facetas, precisa ser preservada e a sua privação ou restrição não pode decorrer de um ato impositivo sem que existam garantias ao indivíduo de se opor ao poder punitivo estatal. “Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais.”²⁴⁴

Como não poderia ser diferente, dadas as características protetivas ao indivíduo que a levam a ser chamada de Constituição Cidadã, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou na ordem jurídica brasileira o devido processo legal.

²⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 415.

²⁴³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Fonte digital www.jahr.org. p. 16.

²⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 427.

Resta previsto no texto constitucional, mais precisamente no artigo 5º, inciso LIV²⁴⁵, que a privação da liberdade ou dos bens não poderá ocorrer sem que haja o devido processo legal.

O instituto em análise não é uma criação brasileira, longe disso, pois, previsto internacionalmente em dispositivos que serviram de inspiração para a norma pátria, como na Constituição Americana e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre outros.

O devido processo legal, embora atualmente difundido pela sua presença nas constituições dos mais diversos países, pode ser creditado, em grande parte, ao direito inglês e norte americano, o que leva a afirmação doutrinária de que: “O direito ao *fair trial*, não por acaso, constitui a maior contribuição da *common law* para a civilidade do direito e hoje, certamente representa o novo *jus commune* em matéria processual.”²⁴⁶

Diante das feições delineadas, o devido processo legal se apresenta como mais uma garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal. “Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais.”²⁴⁷

O estudo do devido processo legal demonstra que, além de ser propriamente uma garantia, desponta ele como o solo fértil no qual as demais irão florescer e dar seus frutos, uma vez que a prestação jurisdicional é exercida no bojo processual, “[...] segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, [...]”.²⁴⁸

²⁴⁵ Art. 5º. [...]; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 862-863.

²⁴⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 431.

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 431-432.

Assim sendo, a privação ou restrição da liberdade daqueles a quem se imputa a prática de um crime ou contravenção penal só pode ocorrer no bojo de um processo, visto que, é nele se dará concretude à finalidade do direito penal, a qual “[...] consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.”²⁴⁹

O direito penal, conforme abordado, apresenta sua finalidade de ser uma garantia contra o arbítrio do poder punitivo estatal. Entretanto, também não pode ser esquecido o fato de ter “[...] como missão a tutela dos interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade. Neste caso, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente são tomados em consideração pelo Direito Penal.”²⁵⁰

Para o adequado cumprimento da missão do Direito Penal de tutela de interesses caros para a sociedade, bem como, para o alcance de sua finalidade consistente em colocar o indivíduo a salvo de arbitrariedades, é que o devido processo legal, em conjunto com as garantias correlatas, deve ser rigorosamente observado, pois, “[...] o que diferencia o direito penal dos outros ramos é a violência de sua intervenção e suas consequências jurídicas. [...]. É o único que tem como consequência a pena privativa de liberdade.”²⁵¹

Neste sentido, mostra-se adequado afirmar: *“El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes.”*²⁵²

Justamente pela consequência que as normas de Direito Penal podem causar na vida do indivíduo, qual seja, a restrição e/ou privação da liberdade, que este ramo do direito é dotado de garantias a impedir o arbítrio do poder punitivo estatal.

²⁴⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006. p. 16-17.

²⁵⁰ CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 18-19.

²⁵¹ CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 18-19.

²⁵² “O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes.” (Tradução livre do pesquisador). SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. ver. amp. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 25.

Contudo, para que a função do Direito Penal seja efetiva, também são necessárias garantias processuais a lhe conceber suporte.

Não por outro motivo, escreve Luigi Ferrajoli:

O conjunto das *garantias penais* examinadas no capítulo precedente seria totalmente insatisfatório se não fosse acompanhado do conjunto correlato e, por assim dizer, subsidiário das *garantias processuais*, expressas por princípios que respondem as nossas duas últimas perguntas, “quando” e “como julgar”: a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa.²⁵³

O processo, desse modo, mostra-se como o campo necessário para que a função do Direito Penal seja exercida de forma a não só “minimizar a violência, mas também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada.”²⁵⁴

Não se contesta a relevância das garantias penais, não obstante a isso, “[...] subordinar a pena aos pressupostos substanciais dos crimes - a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle.”²⁵⁵

Transmutando o âmbito de incidência do devido processo legal, até então analisado relativamente ao processo penal que trata dos adultos, para o mundo do processo judicial de apuração de ato infracional que se refere aos adolescentes, “[...], já que visa à aplicação de medida socioeducativa, que se assemelha, para tais fins, a verdadeira sanção administrativa, não há como negar a incidência do princípio do devido processo legal.”²⁵⁶

O poder punitivo, portanto, só pode ser exercido dentro de um Estado Constitucional, como é o brasileiro, no bojo do devido processo legal, situação que se

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 431-432.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 483.

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 432.

²⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. p. 1325-1327.

estende ao procedimento de apuração de ato infracional dado ao fato da natureza de limitação ou privação de direitos como características das medidas socioeducativas.

2.5 O CONTRADITÓRIO, A INFORMAÇÃO E A PARTICIPAÇÃO

O processo penal e o procedimento de apuração de ato infracional podem ter como resultado, em caso de julgamento procedente da denúncia ou da representação, a aplicação de uma pena no primeiro caso e de uma medida socioeducativa no segundo, porém, ambas as medidas se configuram como uma intervenção estatal na esfera privada do indivíduo, impostas unilateralmente e, portanto, sem a sua concordância.

Desse modo, seguindo as normas do devido processo legal em um Estado Constitucional, deve-se garantir ao acusado o direito de informação e os instrumentos para participação, o que se perfaz naquilo que se denomina de contraditório.

Trata-se o contraditório de “[...] um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: [...]”.²⁵⁷

Enquanto método utilizado para comprovação dos fatos alegados pelas partes em um embate regrado, tem-se que: “O direito ao contraditório preceitua a igualdade que deverá ser observada em qualquer processo, assegurando-se às partes o direito de ação e o direito de defesa, [...]”.²⁵⁸

É, portanto, pelo contraditório que “[...] se estabelece racionalmente uma relação comunicativa [argumentativa] entre os destinatários do provimento jurisdicional, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.”²⁵⁹

²⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 110.

²⁵⁸ VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. p. 941-942.

²⁵⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari.

Sendo o provimento jurisdicional o resultado do processo em que as partes estão envolvidas, especialmente aquela que é acusada e, por isso, não optou por integrar a lide, mas foi acionada pela parte contrária, é preciso assegurar o acesso à informação, bem como, à participação efetiva com o objetivo de influir na decisão judicial. “O direito de ação, como direito ao processo justo, tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo o arco procedimental.”²⁶⁰

Ao trilhar o caminho democrático da contraposição de interesses expostos pelo direito de ação e de defesa, a Constituição Federal em vigor foi expressa no artigo 5º, inciso LV²⁶¹, a assegurar aos litigantes processuais o contraditório.

A preocupação do constituinte foi tamanha que expressamente declarou que o contraditório não se limita aos processos judiciais, mas abarca também os processos administrativos. “As dúvidas [...] sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que esta garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos.”²⁶²

A razão de ser da norma constitucional se deve ao fato de que, conforme já adiantado acima, sem contraditório não há processo justo, seja ele judicial ou administrativo. “Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente a sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe, sob pena de solapado da parte seu direito ao processo justo: [...]”²⁶³

Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. p. 150. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 13 de julho de 2023.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 893.

²⁶¹ Art. 5º. [...]; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 501.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 893.

Importante ressaltar que o contraditório não se encerra com a prática de um ato processual. “Ele requer toda uma série de manifestações e uma série de normas disciplinadoras, em conexão entre si, de forma a reger a sequência de seu desenvolvimento.”²⁶⁴

É por meio do contraditório que se apresentam “[...] o direito de ser ouvido, de produzir provas e de ter seus argumentos apreciados motivadamente.”²⁶⁵

Ao prever o contraditório, “[...], o que o constituinte pretende assegurar – como bem aponta Pontes de Miranda – é uma *pretensão à tutela jurídica*.”²⁶⁶

Gilmar Ferreira Mendes, em comparação com o direito alemão, explica que do mandamento constitucional se pode extrair que o contraditório envolve o direito de informação, de manifestação e de ver os argumentos defensivos apreciados pela autoridade, discorrendo da seguinte maneira:

Daí afirma-se, corretamente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo;
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.²⁶⁷

É pelo contraditório, com o seu conteúdo, que há a democratização do processo, conforme estudo do jurista italiano Elio Fazzalari trazido por Aury Lopes Jr., na medida em que “[...] a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e

²⁶⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. p. 142-143. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791. Acesso em 13 de julho de 2023.

²⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. p. 1501-1503.

²⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJus, 2022. p. 502.

²⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJus, 2022. p. 502.

igualitária participação das partes no processo. Isso fortalece a situação das partes, especialmente do sujeito passivo no caso do processo penal.”²⁶⁸

O contraditório possibilita o diálogo e traz à tona os elementos que existem no mundo fático para dentro do processo de modo a se tornarem conhecidos do julgador, haja vista o brocardo de que o que não está nos autos não está no mundo. “Que pertença à ‘natureza da democracia’ o fato de que ‘nada pode permanecer confinado no espaço do mistério’ é uma frase que nos ocorre ler com poucas variantes todos os dias.”²⁶⁹

Levando-se em conta a mencionada dinâmica assumida pelo contraditório, o direito de ser informado, ou seja, de ter acesso aos fatos que são imputados aos acusados, mostra-se como a primeira condição para o seu estabelecimento, segundo José María Asencio Mellado, que explica:

*El derecho de toda persona a ser informada de la acusación que contra ella pesa aparece, por tanto, configurado como el primero de los elementos o presupuestos que va a venir a condicionar ya no sólo la existencia misma de un real proceso de partes, sino también, y más en concreto, la propia vigencia del derecho de defensa, derecho éste que para su virtualidad requiere siempre la plenitud de aquel otro que le es correlativo en la medida en que claramente se puede deducir la imposibilidad de ejercicio de la defensa si previamente no existe una imputación contra la que dirigir tal actividad y i dicha imputación es desconocida.*²⁷⁰

Será, a partir do conhecimento daquilo que está sendo deduzido em juízo contra si, que o demandado terá a possibilidade de se contrapor e apresentar seus argumentos. “Há que se assegurar um julgamento justo e, para tanto, necessário

²⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. p. 549-550.

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*. p. 81-82.

²⁷⁰ “O direito de cada pessoa a ser informada da acusação que lhe é dirigida surge, portanto, configurado como o primeiro dos elementos ou pressupostos que virão a condicionar não só a própria existência de um verdadeiro processo de partidos, mas também, e mais especificamente, a validade do próprio direito de defesa, direito que pela sua virtualidade exige sempre a plenitude daquele outro que lhe é correlato, na medida em que se deduz claramente a impossibilidade de exercer a defesa se previamente não existe uma imputação contra a qual tal atividade pode ser dirigida e tal acusação é desconhecida.” (Tradução livre do pesquisador). MELLADO, José María Asencio. **Principio acusatorio y derecho de defensa em el proceso penal**. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991. p. 95.

assegurar a produção de provas, o que somente pode ser feito a partir do amplo acesso a todas as informações necessárias ao exercício do direito de defesa.”²⁷¹

Não por outro motivo, “[...] a informação constitui o primeiro aspecto do quadrinômio sobre o qual se firma o contraditório, uma vez que à sombra da ignorância da violação não há sequer falar em direito ao contraditório.”²⁷²

O contraditório, todavia, não se resume à informação e à possibilidade de se opor, ou seja, de resistir. Para a sua configuração é necessário que a participação seja efetiva e apta a influenciar a decisão judicial.

Isto porque, “[...] a regra está em que *todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes*, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes.”²⁷³

“O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado.”²⁷⁴ Assim sendo, enquanto direito à participação efetiva e apta a influenciar a decisão judicial, “[...] o acesso deve corresponder não apenas ao direito de postular em juízo, mas também no poder de influenciar o magistrado em sua decisão, participando adequadamente do processo”.²⁷⁵

Ainda que não exista distribuição da carga probatória no processo penal devido à presunção de inocência, ao réu deve ser assegurado o direito de se opor às provas apresentadas pela acusação. Contudo, não apenas se opor, pois, tem o direito de que suas manifestações e elementos probatórios sejam tomados e apreciados pelo Juízo para comporem a decisão judicial.

²⁷¹ ARRUDA, Carmen Sílvia Lima de. Direito à informação: requisitos do devido processo legal em um estado democrático de direito. **Páginas a&b: arquivos e bibliotecas**. 2017. p. 45. Disponível em: <<http://aleph.letras.up.pt/index.php/paginasaeb/article/view/1742>>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

²⁷² DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. O contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial. **Revista de Processo**. v. 45, n. 310. 2020. p. 23.

²⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 894-895.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 895.

²⁷⁵ DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. O contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial. **Revista de Processo**. v. 45, n. 310, 2020. p. 22.

O direito ao contraditório, que se inicia com a informação e compreensão daquilo que é deduzido não se resume ao poder de oposição, pois, deve-se garantir instrumentos para que as manifestações do réu possuam qualidade suficiente para serem aptas a influenciarem a decisão que será tomada, inclusive, se não para um decreto absolutório, mas, pelo menos, para melhorar sua condição no momento de fixação da pena com o reconhecimento de um privilégio ou uma atenuante e, no caso dos procedimentos de apuração de atos infracionais, na escolha da medida socioeducativa.

2.6 A LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO ESTATAL CONSUBSTANCIADA NA AMPLA DEFESA

Uma vez conhecido o direito de se contrapor, realizado pelo contraditório, o qual é formado pelo direito à informação e à participação ampla e efetiva, chega o momento de analisar os instrumentos que compõem o direito de defesa, os quais, nos termos do artigo 5º, LV²⁷⁶, da Constituição da República Federativa do Brasil, devem ser amplos, pois, consagrada está a ampla defesa.

Antes, porém, importante verificar a lição sobre a derivação que o direito de defesa tem do devido processo legal, pois, “[...] verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um *direito de defesa* do particular perante os poderes públicos.”²⁷⁷

Atualmente, entretanto, o devido processo não se mostra só como um instrumento para o exercício do direito de defesa em face de atos do Poder Público, mas também, “[...] um *direito de protecção do particular através de tribunais* do Estado

²⁷⁶ Art. 5º. [...]; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

²⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 496.

no sentido de este o proteger perante a violação de seus direitos por terceiros (*dever de protecção do Estado e direito do particular de exigir esta protecção*).²⁷⁸

Firmada a relação entre a ampla defesa e o devido processo legal, cabe verificar no que ela consiste.

A ampla defesa é, pois, uma garantia de protecção aos direitos fundamentais, especialmente às restrições e limitações ao direito de liberdade. Está, como se pode perceber pela publicação de João Mendes de Almeida datada do início do século XX, umbilicalmente ligada aos interesses individual e social, na medida em que:

O primeiro interesse individual é a segurança da ordem social, porque o indivíduo não pode conservar-se e aperfeiçoar-se fora da sociedade; o primeiro interesse da sociedade é a segurança da liberdade individual, porque a sociedade nada mais é do que a coexistência dos indivíduos. Estes dous interesses igualmente sagrados, igualmente poderosos, exigem garantias formaes: o interesse da sociedade que quer a justa e prompta repressão dos delictos; o interesse dos acusados, que é também um interesse social e que exige a plenitude de defesa.²⁷⁹

A razão de ser da ampla defesa, agora analisada no âmbito processual penal, provém da posição de inferioridade que ocupa o réu frente ao Estado no exercício do seu poder punitivo, pois, este dispõe de toda uma estrutura formada por servidores das mais diversas áreas, acesso a bancos de dados e informações, ou seja, uma gama de possibilidades que o acusado não detém, motivo pelo qual, “[...] merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura compensação devida pela força estatal.”²⁸⁰

Da análise da ampla defesa é possível notar nitidamente a existência de uma íntima relação com o contraditório, segundo Pellegrini Grinover, *apud* Lopes Jr., “[...] porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 496.

²⁷⁹ ALMEIDA, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lampert, 1901. Disponível em <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/obras-raras/obras-raras-digital/OR_011922/II/index.html>. Acesso em 19 de julho de 2023.

²⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 82.

brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório.”²⁸¹

Apesar desta íntima relação, a ampla defesa e o contraditório não se confundem. “Destacar e distinguir a defesa do princípio do contraditório é relevante na medida em que, embora ligados, é possível violar o contraditório, sem que se lesione o direito de defesa.”²⁸²

A ampla defesa, como o próprio nome já diz, refere-se apenas à parte que está sendo demandada no processo penal e não àquela que intentou a demanda, ao passo em que o contraditório, por ser o direito de oposição àquilo que a outra parte, independentemente da posição que ocupa, produziu nos autos, pertence ao autor e ao réu conjuntamente. “Não se pode esquecer que o princípio do contraditório não diz respeito apenas à defesa ou aos direitos do réu. [...] O contraditório manifesta-se em relação a ambas as partes, já a defesa diz respeito apenas ao réu.”²⁸³

Desse modo, diversamente do contraditório, que é o direito de se opor e, por isso, pertence a ambas as partes, verifica-se que: “O direito à ampla defesa constitui direito do *demandado*. É direito que respeita ao *polo passivo* do processo. O direito de defesa é direito à *resistência* no processo [...]”²⁸⁴ Não por outro motivo, pode-se afirmar que: “A garantia da defesa consiste precisamente na institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado.”²⁸⁵

Importante destacar, para que o nome não confunda, o fato de que, apesar de ampla, a defesa se submete às regras do processo, uma vez que “[...] consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível.”²⁸⁶ A defesa precisa ser

²⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 111.

²⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2002. p. 68.

²⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2002. p. 68.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 900.

²⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

²⁸⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 143-144.

produzida “[...] pelos meios e elementos totais de alegações e provas *no tempo processual oportunizado por lei*.”²⁸⁷

No Estado Democrático de Direito, portanto, no Estado governado por leis, o poder punitivo estatal não pode ser ilimitado para não se tornar mera vingança. Neste sentido, conforme anteriormente já mencionado, o direito penal apresenta como uma de suas funções a de refrear o poder punitivo estatal, contendo-o, na medida em que “[...] assumiria, no momento político, um papel equivalente ao do direito humanitário no momento bélico; ambos serviriam para conter um *factum*: à guerra, o direito internacional humanitário e, ao poder punitivo, o direito penal.”²⁸⁸

Esta contenção do poder punitivo se faz necessária justamente em razão daquilo em que consiste a punição, qual seja, “[...] um ato praticado com a intenção de causar sofrimento a outros seres humanos. A punição significa ministração intencional de dor.”²⁸⁹

A ampla defesa, dessa maneira, enquanto instituto constitucional voltado à proteção do direito de liberdade, assim como é uma das funções do direito penal, mostra-se, invariavelmente, tal qual uma forma de limitação ou contenção ao poder punitivo do Estado, uma vez que se apresenta como uma baliza a ser observada, pois, “para que uma hipótese acusatória seja aceita como verdadeira, não basta que seja compatível com vários dados probatórios, mas que também é necessário que não seja contradita por nenhum dos dados virtualmente disponíveis.”²⁹⁰

Necessário, agora, analisar o que determina a ampla defesa.

2.6.1 Isonomia entre acusação e defesa

A função do Estado consubstanciada no poder/dever de punir, entendido em sentido amplo como aquele de aplicar sanções em razão da prática de atos legalmente especializados como ilícitos, choca-se, frontalmente, com o direito de

²⁸⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 143-144.

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 286.

²⁸⁹ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 156.

²⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 121.

liberdade do indivíduo, “[...] correspondendo uma à titularidade do *ius puniendi*, e outra à do *ius libertatis*.”²⁹¹

Esta relação diametralmente oposta entre a imposição da sanção e a liberdade individual deve ser pesada e medida ao longo de um tramite processual, seguindo as regras constitucionais do devido processo legal, pois, segundo Rogério Lauria Tucci:

[...] para que uma delas prevaleça sobre a outra, torna-se inevitável e inafastável o processo penal, que existe, não somente “para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material no sentido de perseguição, da punição e da infligência do correlato sofrimento ao criminoso ou contraventor”; mas “também, e precipuamente, para impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar”.

Por isso que se acentua, a par de seu caráter publicístico (dada, especialmente, a alta relevância dos interesses nele em conflito – *punitivo e de liberdade*) a *instrumentalidade* da atuação dos agentes do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição penal: “O processo penal é elemento realizador do direito substancial. Enquanto a lei penal procura garantir a paz, estabelecendo determinadas condutas como infrações e impondo-lhes sanções respectivas, a lei processual penal protege os que são acusados da prática de infrações penais, regulando as normas a serem seguidas nos processos onde sejam incursos”.²⁹²

Dentre as regras constitucionais inerentes ao devido processo legal, no bojo do qual será pesado o antagonismo entre o poder punitivo e o direito de liberdade, está o contraditório e a ampla defesa, a qual exige, para fazer *jus* ao adjetivo de ampla, a isonomia entre a acusação e a defesa.

Por meio da isonomia e somente através dela é que a defesa, ao ser exercida em juízo, terá os mesmos meios e condições para que seus argumentos sejam produzidos, apresentados e apreciados pelo órgão julgador, bem como considerados por este como fundamentos aptos à construção, à integração e à formação da decisão judicial a ser proferida, visto que “[...] é possível conceber a **atividade decisória como um empreendimento**, cuja complexidade ultrapassa a visualização como uma simples lógica dedutiva (subsunção).”²⁹³

²⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

²⁹² TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

²⁹³ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 188.

A estruturação deste empreendimento de forma isonômica depende do trabalho das partes a ser desenvolvido, em igualdade de condições, no complexo emaranhado de etapas processuais, com a apresentação dos argumentos e suas comprovações e/ou refutações para que o órgão julgador, após medi-las e pesá-las, possa estar municiado de elementos suficientes a torná-lo apto a proferir a decisão.

A atividade decisória não se limita à simplória ação tendente a encaixar o fato na previsão legal abstrata, como se faz na prática industrial de encaixe de uma peça em um gabarito perfeitamente ajustado. Ao contrário, ela “[...] consiste em um empreendimento destinado à construção de uma resposta jurídica para o caso concreto, de acordo com um conjunto multidimensional de critérios de julgamento.”²⁹⁴

A decisão judicial será elaborada, construída e somente restará solidificada se alicerçada em todos os elementos de convicção levados à apreciação, o que impõe a concessão das mesmas chances e oportunidades para a defesa em relação àquelas proporcionadas ao acusador. Esta paridade “[...] é um desdobramento do princípio da isonomia ou da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) reconhecida como verdadeira medula do devido processo legal.”²⁹⁵

Na relação processual, o Estado, através de seu poder punitivo, é a parte forte em razão de todo o aparato que possui a sua disposição. Ante à favorável posição estatal, não é admissível que o acusado, parte mais fraca, tenha menos chances de produzir e expor seus argumentos, contrapondo-se ao que contra ele foi produzido, razão pela qual, exige-se “[...] igualdade das partes na relação processual, com iguais direitos, deveres, ônus e faculdades processuais.”²⁹⁶

Assim sendo, como forma de igualar as condições desiguais, a legislação prevê, em alguns casos, instrumentos de desequiparação em favor da defesa. “As peculiaridades das partes e a natureza de sua constituição podem

²⁹⁴ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 188.

²⁹⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 154-155.

²⁹⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 175-176.

autorizar outras desequiparações. Importante, contudo, é estabelecer uma situação de igualdade que possibilite às partes a consecução de seus objetivos.”²⁹⁷

Um exemplo do que se está discutindo é a previsão legal, somente em favor da parte requerida, da possibilidade de ajuizamento de revisão criminal, conforme artigo 623²⁹⁸ do Código de Processo Penal.

A revisão criminal é um instrumento processual que visa a tutela do direito de liberdade e está disponível para ser utilizada somente pela defesa em caso de decisão condenatória, não existindo o outro lado da moeda, ou seja, não há previsão para que o Estado acusador promova revisão criminal em face de decisão absolutória. “Fundamentos de ordem político-legislativa fizeram com que o legislador optasse pela estabilidade da sentença absolutória em detrimento da verdade que poderia, em tese, ser resgatada por uma eventual revisão criminal.”²⁹⁹

O desequilíbrio entre as partes acusatória e defensiva exige a previsão legal de instrumentos, como a citada revisão criminal, para o nivelamento dos pesos colocados na balança da Justiça.

Para que os argumentos defensivos possam ser desenvolvidos e apreciados adequadamente pelo Juízo e possam ser suficientemente aptos a influenciar a decisão, integrando-a, não basta garantir que o acusado possa falar no processo, mas sim, que o possa na mesma intensidade que o órgão acusador e com os mesmos meios. É preciso garantir a paridade de armas.

Permitir que a defesa participe do processo sem proporcionar a igualdade de condições não significa cumprir a regra constitucional da ampla defesa, mas, tão somente, permitir, de forma genérica, o contraditório.

Só é possível adjetivar a defesa como ampla caso sejam concedidos para ela os mesmos meios acessíveis à acusação, tratando-as de forma isonômica

²⁹⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 175-176.

²⁹⁸ Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

²⁹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 175-176.

no plano prático, não somente no teórico. “O direito de defesa nada vale, se e quando, os meios assecuratórios do seu efetivo exercício são inexistentes, suprimidos ou cerceados.”³⁰⁰

Importante destacar, por dizer respeito ao direito fundamental de liberdade, que a paridade de armas decorre da ampla defesa enquanto norma constitucional a guiar os processos e procedimentos em que houver alguém sendo acusado, não precisando este acusado assumir a qualidade formal de parte no processo penal.

A necessidade de propiciar a igualdade dos meios de defesa àqueles postos à disposição do órgão acusatório decorre tão somente da acusação em si e não da qualidade de parte. “Como nada disso depende da tecnicidade de haver acusação oficial posta em juízo, tem-se entendido, inquestionável e corretamente, que o princípio independe do qualitativo formal de investigado como *parte*.”³⁰¹

Aguardar a condição formal de processado é negar a participação substancial desde o primeiro momento em que possa haver lesão aos direitos fundamentais, especificamente restrição ou privação ao direito de liberdade. Por isso: “A paridade de armas necessita ser percebida desde o nascedouro das implicações penais decorrentes do *ius puniendi*, devendo ser delineada a partir do momento em que os direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão possam ser afetados.”³⁰²

A isonomia entre as partes não pode ser tida por cumprida segundo uma visão global com o exercício de um ou alguns atos. Exige-se a análise pontual em cada um dos encadeamentos de atos que juntos formam o devido processo legal. “Logo, o reconhecimento de que as partes estejam desenvolvendo seus papéis em

³⁰⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 4/1993. P. 110-125. Out-Dez/1993.

³⁰¹ VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02082017-140733/publico/Dissertacao_INTEGRAL_Renato_Stanziola_Vieira.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2023.

³⁰² ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro**: uma concepção do justo processo. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2023.

condições de paridade deve ser aferido a cada iter procedimental que formará o processo, devendo ser anulada a fase que o tal preceito não respeitou, [...].”³⁰³

Relativamente à apuração do ato infracional, ante a sua equiparação com o ilícito penal, inclusive bebendo da mesma fonte do princípio da legalidade para a sua existência, não seria possível que o procedimento de sua apuração chancelasse menores condições e instrumentos à defesa do adolescente infrator do que possui a acusação, desrespeitando a paridade de armas.

Desse modo, torna-se preciso analisar o que realmente ocorre no específico procedimento de apuração de ato infracional, ante as previsões dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, como será feito no terceiro capítulo.

2.6.2 Defesa técnica, autodefesa e direito ao silêncio

A função acusatória no processo penal é exercida, em regra, pelo próprio Estado através do Ministério Público, o que também ocorre nos procedimentos de apuração de ato infracional, em que cabe ao órgão ministerial adotar a função ativa com o oferecimento da representação, peça que inaugura o procedimento que possui como destinatário o adolescente.

Mesmo nos casos de ação penal privada, em que cabe ao próprio ofendido a propositura da ação, ele, para assim proceder, precisará de um profissional habilitado para tanto, ou seja, de um advogado para representá-lo em juízo.

Percebe-se, portanto, que a acusação é exercida de forma qualificada, seja pelo Ministério Público, seja por advogado, o que exige que, àquele a quem se imputa a prática de um ato ilícito que poderá ter como consequência a restrição ou a limitação de seus direitos fundamentais, também disponha de defesa técnica para que haja igualdade e seja capaz de exercer o seu direito de resistência de forma plena.

Torna-se possível afirmar, portanto, relativamente à defesa técnica que: “Tal direito visa a compensar a desigualdade material existente entre a parte

³⁰³ ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro**: uma concepção do justo processo. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10582/1/WELTON%20R.pdf>>. Acesso em: 21 de julho de 2023.

acusadora na relação processual penal – [...] – e o acusado, normalmente leigo no direito e hipossuficiente, quando não analfabeto funcional ou semi-alfabetizado.”³⁰⁴

Conforme já visto, está garantido constitucionalmente o contraditório e a ampla defesa. Em que pese a existência destes institutos, torna-se inacessível pelo acusado o exercício de “[...] uma ampla defesa sem o cabedal técnico de conhecimento da lei e de seus princípios.”³⁰⁵

É neste ponto do exercício do direito de defesa que surge como imprescindível a figura do advogado, profissional dotado de conhecimento técnico que é capaz de compreender os meandros processuais e equilibrar a relação até então desigual para o acusado. “Permitir que um processo penal ou administrativo sancionatório materialize-se e que se aplique uma sanção sem a participação de um advogado é interpretar restritivamente o princípio constitucional citado, [...]”.³⁰⁶

Tamanha é a importância do advogado para a concretude da ampla defesa, neste caso, patrocinando os direitos daquele que poderá ser sancionado, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determinou no artigo 133³⁰⁷ ser o advogado inviolável em suas manifestações e atos no exercício da profissão, bem como, imprescindível para a administração da Justiça.

A previsão constitucional da indispensabilidade do advogado para a administração da Justiça, aliada às garantias do contraditório e da ampla defesa, confirmam a assertiva de que: “O direito de defesa é, sem sombra de dúvida, a mais importante das garantias do cidadão submetido à persecução penal.”³⁰⁸

É a presença e participação do advogado ou defensor público que eleva a defesa do nível meramente formal para igualar o acusado ao nível de conhecimento técnico do acusador. “A defesa técnica decorre da necessidade de *simetria de*

³⁰⁴ MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. **Ciências Penais**. vol. 4. jan-jun/2006. p. 257.

³⁰⁵ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

³⁰⁶ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 51.

³⁰⁷ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 de junho de 2023.

³⁰⁸ MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. **Ciências Penais**. vol. 4. 2006. jan-jun/2006 p. 254.

*conhecimento especializado entre acusação e defesa e é absolutamente indisponível no processo.*³⁰⁹

A indispensabilidade da defesa técnica não é privilégio apenas do direito brasileiro, senão uma necessidade de existência e de aplicação universal em Estados Democráticos de Direito, conforme se pode notar da lição de Faustino Codon Moreno sobre o direito espanhol:

*Este derecho es también diferente, aunque instrumental, del derecho de igualdad (STC 139/1992, de 13 de octubre) y del de defensa que garantiza el artículo 24.1 con la interdicción de la indefensión: se reconoce el derecho a la defensa y a la asistencia de letrado con la finalidad de <<asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que pueden inferir a alguna de ellas resultado de indefensión>> (STC 47/1987).*³¹⁰

É por meio da institucionalização, disponibilidade e do efetivo exercício do direito de defesa técnica que se reconhece e se consagra a legítima existência e aplicação da igualdade processual necessária para satisfazer o devido processo legal. *“Dicho de outro modo, [el] mandato legal de defensa por médio de abogado encuentra una propia y específica legitimidade ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal [...]”*.³¹¹

A modalidade de defesa em análise está compreendida na ampla defesa, sendo a responsável pelo equilíbrio técnico-processual entre o requerente e o requerido, desempenhando importante papel e várias funções, pois, “[...] se a acusação é feita por um órgão técnico, também a defesa deve ser técnica, de modo a

³⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 904.

³¹⁰ “Este direito também é diferente, embora instrumental, do direito à igualdade (STC 139/1992, de 13 de outubro) e do direito à defesa garantido pelo artigo 24.1 com a proibição da ausência de defesa: é reconhecido o direito à defesa e à assistência de um advogado com o objetivo de garantir a efetiva implementação dos princípios da igualdade das partes e da contraditório, que impõem aos órgãos judiciais o dever positivo de evitar desequilíbrios entre a respectiva posição processual das partes ou limitações na defesa que possam acarretar como resultado a sua falta (STC 47/1987).” (Tradução livre do pesquisador). MORENO, Faustino Cordón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 1999. p. 151.

³¹¹ “Por outras palavras, o mandato legal de defesa através de um advogado encontra uma legitimidade própria e específica, não só em benefício do próprio arguido, mas também como garantia do correto desenvolvimento do processo penal.” (Tradução livre do pesquisador). PENALVA, Ernesto Pedraz. **Derecho procesal penal tomo I. Principios de derecho procesal penal**. Madrid: Editorial Colex, 2000. p. 241.

conferir-lhe efetividade;³¹² além de manter o acusado “[...] informado sobre os seus direitos e sobre a sua situação processual;³¹³ e, por fim, mas não menos importante, “[...] propiciar uma fiscalização da atividade jurisdicional, notadamente dos atos que possam afetar direitos fundamentais do acusado.”³¹⁴

A decisão judicial, conforme já assinalado anteriormente, deve ser construída a partir dos argumentos apresentados pelas partes litigantes no processo. Esta construção somente será realizada de forma concreta relativamente às alegações apresentadas pelo acusado se a ele for dispensada a oportunidade de, em um primeiro momento entender a acusação e, após a sua compreensão, inclusive das consequências que dela poderão advir, contrapor-se de forma efetiva, o que só ocorrerá se estiver assistido por um profissional dotado de conhecimentos técnicos-jurídicos.

Não por outro motivo, o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 261³¹⁵ impede o processo e o julgamento sem que seja garantido o exercício da defesa técnica, restando clara a sua obrigatoriedade no processo penal, inclusive contra a vontade do acusado.

Poderá o acusado contratar o advogado que quiser, mas, caso assim não proceda, “[...] o juiz deverá lhe nomear um defensor, ainda que o acusado não o queira ou se oponha a tal nomeação e, até mesmo, caso deseje se defender por si mesmo sem advogado. A defesa técnica é indisponível e obrigatória.”³¹⁶

³¹² CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/livros/livro1/Capitulo5.PDF>>. Acesso em: 24 de julho de 2023.

³¹³ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/livros/livro1/Capitulo5.PDF>>. Acesso em: 24 de julho de 2023.

³¹⁴ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 139. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/livros/livro1/Capitulo5.PDF>>. Acesso em: 24 de julho de 2023.

³¹⁵ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado e julgado sem defensor. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

³¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 349.

Além de indisponível e obrigatória, como visto, não basta a simples formalidade da presença do defensor ou de sua nomeação ao acusado, dado que em jogo está a restrição ou limitação de um direito fundamental.

Para que se cumpra aquilo se espera desta garantia constitucional é necessário que a defesa seja efetiva, pois, não “[...] se satisfaz com a simples presença do advogado no processo. A defesa deve ser efetiva, com a exploração contraditória e fundamentada das teses de acusação e de defesa.”³¹⁷

A exploração das teses de acusação, por parte da defesa, só ocorrerá a partir do momento em que seja propiciado a ela o amplo conhecimento de tudo aquilo que já foi produzido e documentado no processo, tornando-se “[...] imprescindível que a defesa tenha acesso a todos os *elementos probatórios* de que dispõe a acusação.”³¹⁸

Nesta toada de equiparação entre a acusação e a defesa, deve-se lembrar que o direito penal é, por si só, desigual em relação às posições sociais que os sujeitos ocupam e, por assim dizer, seletivo, na medida em que: “Os mecanismos da criminalização secundária acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal.”³¹⁹

O mesmo raciocínio de seletividade, característico do direito penal, aplica-se quando da observação dos atos praticados pelos adolescentes os quais se qualificam com a imputação do rótulo de infracionais. Em tom de equiparação, valendo-se do que a doutrina apregoa relativamente ao direito penal, pode-se dizer que: “As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da ‘população criminosa’ aparecem, de fato, concentrada nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais).”³²⁰

³¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 350.

³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 900.

³¹⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 165.

³²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011. p. 165.

A obrigatoriedade da defesa técnica, dado o que foi visto, tem por finalidade, além de corrigir a desigualdade das partes, também atenuar, na medida em que possível, a seletividade do direito penal e, por equiparação, do ato infracional, permitindo a simetria de conhecimento especializado entre aquele que acusa e o que é acusado.

Ao prosseguir na observação dos institutos vinculados à defesa, como “[...] o processo é hoje entendido como instrumento de garantia constitucional, é evidente que a garantia de defesa importa em garantia de processo, ou seja, garantia de regularidade do processo, de seus atos e de seus prazos processuais.”³²¹

Desta maneira, ante as feições processuais, nota-se que, lado a lado à defesa técnica e não menos importante do que ela, está o que se denomina de autodefesa, essencial para que a defesa seja considerada ampla, já que a atividade processual não se restringe a um meio de solução de conflitos, mas se mostra como forma de efetiva garantia constitucional.

Defesa técnica e autodefesa não se excluem. Ao contrário, se complementam para formar a ampla defesa. “*Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la auto defensa [...]*.”³²²

Enquanto a defesa técnica é exercida por profissional habilitado, no caso, advogado ou defensor público, a autodefesa “[...] consiste na atuação leiga do réu no sentido de buscar, por si próprio, no seio de uma persecução penal, a melhor solução possível.”³²³

Há diversas formas de se ter por pronunciada a autodefesa, dentre elas, “[...] no comparecimento a todos os atos do processo penal condenatório, no auxílio

³²¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 481-482.

³²² “Ambas são compatíveis, de modo que a defesa técnica nada mais é do que um complemento da legítima defesa.” (Tradução livre do pesquisador). PENALVA, Ernesto Pedraz. ***Derecho procesal penal tomo I. Principios de derecho procesal penal***. Madrid: Editorial Colex, 2000. p. 236.

³²³ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Acusação e defesa no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54868718/RAMOS_acusacao_e_defesa_no_processo_penal_brasileiro-libre.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

ao defensor técnico para obter as provas em seu favor e, especialmente, no interrogatório.”³²⁴

Mantendo o foco na amplitude da defesa constitucionalmente consagrada, a autodefesa não se restringi tão somente a permitir o “[...] direito de estar presente a todos os atos da instrução, de oferecer alegações e provas pessoalmente, mas também de participar pessoalmente do contraditório e dos debates.”³²⁵

É, dentre outras formas, o direito que o réu possui de falar diretamente com o julgador, esclarecendo com suas próprias palavras, mesmo não qualificadas pelo vocabulário jurídico, os fatos da forma como melhor lhe aprouver.

Esta participação pessoal do réu no processo em que está sendo acusado atinge o seu ponto alto de exercício no momento de seu interrogatório, sendo “[...] um dos meios mais eficazes de autodefesa, desde que o réu não seja posto pelo juiz na posição absolutamente passiva de ter de limitar-se a responder ao que lhe for perguntado.”³²⁶

Como dito, o interrogatório é o momento de maior proximidade entre o acusado e seu julgador e por isso relevante para o exercício da autodefesa. Todavia, não se resume apenas a ele, pois, para que a amplitude da autodefesa possa atingir o seu desiderato de ser capaz de influenciar na decisão judicial, é preciso garantir outros meios, como a possibilidade “[...] de fazer uso de um intérprete, de estar presente a todos os atos do processo, neles intervindo pessoalmente através de requerimentos, defesas e recursos e o direito de impulsionar o feito.”³²⁷

Na análise da autodefesa, é preciso relembra o que já mencionado, de que a decisão judicial será construída com base em todos os elementos levados à

³²⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Acusação e defesa no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54868718/RAMOS_acusacao_e_defesa_no_processo_penal_brasileiro-libre.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

³²⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v.7, n. 14, 2008. DOI: 10.14210./nej.v7n14.p%p. Disponível em: <<http://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

³²⁶ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v.7, n. 14, 2008. DOI: 10.14210./nej.v7n14.p%p. Disponível em: <<http://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

³²⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v.7, n. 14, 2008. DOI: 10.14210./nej.v7n14.p%p. Disponível em: <<http://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

apreciação judicial, o que engloba aqueles propostos pela defesa, situação que assegura o cumprimento dos ditames do devido processo legal em um Estado Democrático de Direito, pois, “[...] *es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se consideren en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión.*”³²⁸

Diante do que fora apresentado, resta evidente que o exercício da ampla defesa não se resume ao interrogatório. Entretanto, é neste específico ato processual que o acusado terá as maiores chances de apresentar, por si mesmo, a sua versão e os detalhes sobre os fatos aos quais lhe imputam a prática tipificada como criminosa, considerando que “[...] ao falar em juízo, tem a oportunidade de esclarecer a situação fática, explicar os motivos de sua ação, revelar fatos desconhecidos em seu proveito, dar sua interpretação referente às provas já colhidas, etc.”³²⁹

É no momento do interrogatório que se eleva ao máximo o exercício pessoal do direito em questão, pois, “[...] o acusado exercerá a sua autodefesa, mormente por meio do seu direito de audiência.”³³⁰

O interrogatório, com seu principal traço característico de proximidade entre o acusado e o julgador, causa certa polêmica quando o assunto é definir a sua natureza jurídica, isso porque a doutrina diverge ao considerá-lo da seguinte maneira: “(1) é **meio de prova**, porque o CPP o coloca entre os meios de prova; (2) é um **meio de defesa**, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio do acusado; (3) tem **natureza mista**, [...]”³³¹

Em que pese a existência de divergências como apontado, não se pode perder de vista o direito constitucional que possui o acusado de ficar em silêncio e com isso não produzir provas contra ele mesmo. “Diante do direito ao silêncio do

³²⁸ “É fundamental que o arguido possa posicionar-se relativamente às acusações que lhe são proferidas, e que os pontos de vista submetidos à discussão sejam considerados na obtenção da sentença.” (Tradução livre do pesquisador). TIEDMANN, Klaus. *El Derecho Procesal Penal*. In: ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Versão de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editora Ariel, 1989. p. 184.

³²⁹ CHOUKR. Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 1140-1141.

³³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 531.

³³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 531-532.

acusado, assegurado constitucionalmente (CR, art. 5º, LXIII), o interrogatório deve ser visto como ato de defesa, e não como meio de prova, tal qual previsto no CPP.”³³²

O direito ao silêncio garante ao acusado a prerrogativa de ficar calado, independentemente de qualquer tipo de pressão que se tente sobre ele exercer. Deste modo, o interrogatório não se presta para comprovar nada. Ao contrário, serve como forma do acusado esclarecer ou demonstrar a ocorrência dos fatos em seu favor e, caso desta maneira entenda, não declarar absolutamente nada, razão pela qual fica “[...] evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado “meio de prova”, não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de autodefesa.”³³³

Por possuir o interrogatório natureza de meio de defesa, especificamente de uma forma de autodefesa, pois, é neste momento que o acusado, oralmente, pode optar por expor ao órgão julgador a sua versão sobre os fatos a ele imputados e tecer os seus argumentos, é que só há sentido de existir no processo penal se for como o último ato da instrução processual.

O legislador nacional percebeu a real natureza do interrogatório e seguiu esta linha com a previsão, no procedimento penal comum, de estabelecer o momento do interrogatório após a produção probatória, conforme se pode extrair da redação do artigo 400³³⁴ do Código de Processo Penal ao assentar que as declarações do ofendida serão tomadas em primeiro lugar, seguindo com os depoimentos testemunhais, esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimentos, para só então, após o réu ter o conhecimento de tudo o que contra ele foi produzido, ser interrogado.

³³² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 531-532.

³³³ GRINOVER. Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (LEI n. 10.792/03). **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v.2, n. 4, 2004. p. 10 Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2897>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

³³⁴ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

O interrogatório possibilita ao acusado contradizer tudo aquilo que contra ele foi produzido. Desse modo, deve ocorrer após toda a produção probatória, pois, só assim, é que será possível se coadunar com a ampla defesa.

Analizado o direito do acusado de ser ouvido, cabe verificar a outra faceta desse direito que é a de ficar silente, não sendo obrigado a prestar qualquer tipo de declaração. Trata-se do direito ao silêncio, o qual está expressamente disposto no artigo 5º, inciso LXIII³³⁵, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual prevê, dentre outros, o direito de permanecer calado.

“Sob influência do direito anglo-americano (*privilege against self-incrimination*), a Constituição de 1988 também consagrou a garantia do silêncio em seu artigo 5º, LXIII [...]”³³⁶ Portanto, longe de ser uma criação nacional, o direito ao silêncio foi inspirado e já se encontrava consagrado em outros diplomas internacionais. “Aliás, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já dispunha em seu artigo 8º, § 2º, g, que toda a pessoa acusada de delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma ou de declarar-se culpada.”³³⁷

Pela análise do dispositivo constitucional citado, percebe-se que a sua redação faz referência ao preso. Sem embargo do uso expressão “preso” no texto da norma maior, o direito em análise se aplica também ao acusado que em liberdade enfrenta a acusação. “Parece-nos inequívoco que o direito de silêncio se aplica tanto ao sujeito passivo preso como também ao que está em liberdade.”³³⁸

³³⁵ Art. 5º. [...]; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

³³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. As Provas Vedadas no Processo Penal Brasileiro – Vedação de produção e Eventual Possibilidade de sua Utilização. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 161.

³³⁷ LIMA, Marcellus Polastri. As Provas Vedadas no Processo Penal Brasileiro – Vedação de produção e Eventual Possibilidade de sua Utilização. In: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 161.

³³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 514.

Não há como diferenciar a possibilidade de exercício do direito ao silêncio entre o acusado preso e aquele que responde ao processo penal em liberdade, pois, ambos os indivíduos são detentores dos mesmos direitos fundamentais, dentre os quais o de liberdade, e gozam das mesmas garantias, sendo “[...] decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5.º, LVII) e ampla defesa (art. 5.º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5.º, LXIII).”³³⁹

Por ser ao réu garantido o direito à defesa técnica e à autodefesa, a possibilidade de produzir provas em igualdade de condições com a acusação e ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não pode ele ser obrigado a adotar qualquer comportamento que possa incriminá-lo. Desta maneira, “[...] é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo.”³⁴⁰

Como se pode verificar, tamanha é a importância na ordem jurídica do direito ao silêncio relativamente ao que este representa frente ao poder punitivo estatal, que a prerrogativa em comento se traduz como uma forma de expressão processual do Estado Democrático de Direito, reconhecendo com isso que o acusado não é um objeto, mas verdadeiramente sujeito de direitos.

A correlação direta e integral entre o direito ao silêncio e o modelo democrático do Estado de Direito é explicitada no processo penal à medida em que “[...] a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos tomando-se a garantia de não se auto-incriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação.”³⁴¹

Ante a relação apontada e a salvaguarda dos direitos fundamentais, não é incorreta a afirmação de que “[...] o sistema será fundamentalmente garantista e,

³³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

³⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.

³⁴¹ BOTINNO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. **Processo penal e democracia**. v. 20. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/media/k2/attachments/doc-110.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2023.

por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito.”³⁴²

Não é possível exigir do acusado “[...] um comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado maior do que o comprometimento que tem com sua própria liberdade.”³⁴³

A condição humana do indivíduo impede que ele próprio coloque o poder/dever de punir do Estado a frente de seu direito de liberdade exigindo a sua confissão ou prejudicando sua condição processual ao optar pelo silêncio.

O direito ao silêncio simboliza no processo além da prerrogativa de permanecer calado, a condição de sujeito de direitos que não pode ser afastada em nome da persecução penal, representando, as formas de salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado externadas pela expressão *nemo tenetur se detegere*, esmiuçada por Luigi Ferrajoli como:

Nemo tenetur se detegere é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês. Disso resultaram como corolários: a proibição daquela “tortura espiritual”, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o “direito ao silêncio”, na palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com a violência, mas também e obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.³⁴⁴

Conforme já ressaltado, o acusado não é um objeto do processo, mas um sujeito de direitos e, deste modo deve ser respeitado, pois, não se pode perder o norte de que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, é presumidamente inocente e assim deve ser tratado.

³⁴² BOTINNO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. **Processo penal e democracia**. v. 20. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/media/k2/attachments/doc-110.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2023.

³⁴³ BOTINNO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. **Processo penal e democracia**. v. 20. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/media/k2/attachments/doc-110.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2023.

³⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

2.7 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Antes de se iniciar a análise do duplo grau de jurisdição é preciso dar um passo atrás com o intuito de relembrar o propósito do processo. Neste sentido, vale-se das palavras do professor chileno Carlos Del Río Ferreti para o qual a finalidade do processo:

[...] és la aplicación del derecho al caso concreto, para lo cual habrá necesidad desde luego de verificar (enjuciar o establecer) correctamente los hechos jurídicamente relevantes y desde allí formular un juicio jurídico acertado del que se desprenderán las consecuencias jurídicas correspondientes.

*Son fundamentales entonces la correcta aplicación de la norma y antes el acertado establecimiento de hechos. No basta a nuestro juicio con poner el acento de forma casi exclusiva en que el proceso sea un instrumento para que la jurisdicción haga aplicación del Derecho objetivo al caso concreto, sin advertir en ello lo importante que es apuntar un presupuesto fundamental, cual es que dicha función no sea posible si no se dota a la jurisdicción de los mecanismos adecuados para la correcta verificación o establecimiento de los hechos relevantes para el asunto de que se trate, circunstancia que en último término acaba constituyéndose en una condición necesaria para la función de aplicación, como recalca parte relevante de la doctrina.*³⁴⁵

O processo penal, com sua feição constitucional, conforme já apresentado, é uma forma de consagração do indivíduo como sujeito de direitos. Frente a esta característica, como a decisão será proferida no bojo do processo por um órgão julgador “[...] supraordenado às partes e, portanto, ocupando uma posição fundante da estrutura dialética (*actum trium personarum* – Búlgaro), nasce, como consequência lógica, a necessidade de permitir-se o reexame daquela decisão.”³⁴⁶

³⁴⁵ “É a aplicação da lei ao caso concreto, para o qual haverá, naturalmente, necessidade de verificar (julgar ou estabelecer) corretamente os fatos juridicamente relevantes e a partir daí formular um julgamento jurídico preciso do qual surgirão as correspondentes consequências jurídicas. Portanto, a correta aplicação da norma e, em primeiro lugar, a correta apuração dos fatos são fundamentais. A nosso ver, não basta enfatizar quase exclusivamente que o processo é um instrumento para que o órgão jurisdicional aplique o direito objetivo ao caso concreto, sem perceber o quanto é importante apontar um pressuposto fundamental, que é o de que tal função não é possível se a jurisdição não estiver dotada dos mecanismos adequados à correta verificação ou apuração dos fatos relevantes para a matéria em causa, circunstância que acaba por se tornar uma condição necessária para a função de aplicação como ressalta parte relevante da doutrina.” (Tradução livre do pesquisador). FERRETI, Carlos Del Río. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal. Estudios constitucionales*, v. 10, n. 1, Santiago, 2012. p. 246. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>>. Acesso em: 1º de agosto de 2023.

³⁴⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1077.

A decisão proferida por um órgão julgador precisa estar submetida à possibilidade de revisão por outro, pois, do contrário, sendo única a decisão, haveria a chance de estar eivada de vícios tantos quantos a tornassem expressão de uma imposição ditatorial, ainda que travestida. “O princípio do duplo grau de jurisdição assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que a proferiu.”³⁴⁷

Para definir o duplo grau de jurisdição, vale-se da doutrina, mais especificamente, das palavras de Rafael Alvarez Moreno, segundo o qual, trata-se: “[...] de organização da prestação jurisdicional em que resta assegurado o julgamento da causa, ao permitir que a parte sucumbente, interpondo o correto recurso, obtenha uma revisão, pelo juízo *ad quem*, da decisão proferida pelo juízo *a quo*.”³⁴⁸

Com o intuito de minimizar os riscos da existência de vícios que possam macular o processo e, por consequência, afetar o bem jurídico envolvido, o duplo grau de jurisdição “[...] tem como cerne permitir que os órgãos jurisdicionais superiores procedam ao reexame de decisões prolatadas por juízos inferiores, evitando que se tornem definitivas e imunizadas pelo instituto da coisa julgada.”³⁴⁹ Em outras palavras e de forma resumida: “Ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo exame de *mérito* por dois órgãos distintos do Poder Judiciário.”³⁵⁰

O direito à revisão da decisão se mostra como verdadeiro direito fundamental, não só no Brasil, como se percebe das notas de Víctor Moreno Catena acerca do direito espanhol: “[...] *el derecho a los recursos, es decir, el derecho a la impugnación de las resoluciones judiciales gravosas para un litigante, al rango de derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva.*”³⁵¹

³⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 87.

³⁴⁸ MORENO, Rafael Alvarez. **O duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**. Londrina: Thoth, 2023. p. 47.

³⁴⁹ MORENO, Rafael Alvarez. **O duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**. Londrina: Thoth, 2023. p. 48.

³⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 932.

³⁵¹ “O direito a recursos, ou seja, o direito de contestar decisões judiciais que sejam onerosas para o litigante são alçadas à categoria de direito fundamental, fazendo parte do direito à proteção judicial efetiva.” (Tradução livre do pesquisador). CATENA, Víctor Moreno. *El recurso de apelación y la doble instancia penal. Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 4, 2008. p. 161. Disponível

Também Ricardo Jacobsen Gloeckner expressa que: “Desde o plano normativo e de convencionalidade não parece haver dúvida alguma de que o direito ao recurso se constitui como um direito fundamental.”³⁵²

Justamente por se tratar de um direito fundamental é que o direito ao duplo grau de jurisdição possui previsão em vários instrumentos internacionais consagradores de direitos humanos como no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, na Convenção Americana de Direitos Humanos e nas Regras Mínimas das Nações Unidas da Justiça Penal conhecidas como “Reglas de Mallorca”, dentre outros.

Já no Brasil, a Constituição Federal de 1988, em que pese seja chamada de constituição democrática ou cidadã e, realmente assim possa ser considerada, pois, trouxe vários princípios, direitos e garantias individuais e coletivos, não consagrou de forma explícita o duplo grau de jurisdição, porém, isto não significa que o rechace ou o impeça, muito pelo contrário, “[...] tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito.”³⁵³

Trata-se de princípio que, apesar de não estar expresso, está presente na Constituição, por decorrer da forma “[...] como a Carta Magna estrutura o Poder Judiciário, criando órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua destes últimos rever as decisões proferidas em primeiro grau, [...]”³⁵⁴

A despeito de certa divergência sobre a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio do duplo grau de jurisdição como um direito fundamental, dada a falta de previsão constitucional expressa e sua tentativa de ser extraída como princípio implícito, “[...] essa discussão perdeu muito de seu fundamento com o art. 8.2, letra

em: <<https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/296>>. Acesso em: 2 de agosto de 2023.

³⁵² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11, 2014. P. 192-193. Disponível em: <<https://direito.fae.emnuvens.com.br/direito/article/view/36>>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

³⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 88.

³⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 88.

“h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que expressamente assegura o *direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*.³⁵⁵

Em decorrência da consagração expressa do duplo grau de jurisdição na Convenção Americana de Direitos Humanos, os questionamentos sobre a sua adoção pelo ordenamento jurídico nacional perderam a razão de existir, haja vista que: “Os direitos e as garantias previstos na CADH passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5º, § 2º, da Constituição, sendo, portanto, autoaplicáveis (art. 5º, § 1º, da CF).”³⁵⁶

Garantido o direito de defesa e assentado o direito ao duplo grau de jurisdição, seja como princípio constitucional implícito ou em decorrência da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos, não se pode duvidar que o recurso ou a revisão da decisão por outro órgão não esteja ligado ao exercício da ampla defesa. Neste sentido, Rafael Alvarez Moreno, ao tratar do tema em voga expõe suas conclusões ao expressar: “A Constituição Federal consagra o recurso como garantia atrelada ao exercício da ampla defesa, sem associá-lo a um tipo de decisão.”³⁵⁷

O direito de poder recorrer a uma instância superior é inafastável do processo legal constitucionalmente fundamentado em um Estado de Direito. “Desconectar o direito ao recurso do devido processo constitucional é violentar a própria Constituição, que prevê como inafastáveis o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.”³⁵⁸

A impugnação, enquanto forma de oposição no seio do processo penal democrático, não pode ser limitada à apresentação da contestação à acusação formulada pela parte requerente. Deve ir além, com a disponibilidade de formas para contrariar, além da denúncia ou queixa, a própria decisão que as julgou procedente, pois, “[...] somente se pode pensar na impugnação como classe processual de

³⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1081.

³⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1081.

³⁵⁷ MORENO, Rafael Alvarez. **O duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**. Londrina: Thoth, 2023. p. 61.

³⁵⁸ GATTO, Joaquim Henrique. **O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo**. 2008. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/2519>>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

garantia destinada a contestar um arbítrio ou ilegalidade, submetendo este ato a um julgamento judicial por autoridade, em regra, dotada de hierarquia superior.”³⁵⁹

A possibilidade de recorrer da decisão, além de uma forma de exercitar a ampla defesa é um ato de realização da cidadania. “Impor a alguém, de modo absoluto, decisões sem permitir oposição é retirar-lhe a característica de cidadão.”³⁶⁰

Destarte, importante destacar que o duplo grau de jurisdição não é uma forma de controle do Poder Judiciário frente ao trabalho desenvolvido pelo órgão julgador *a quo*, mas sim uma garantia à restrição ou limitação da liberdade individual. Por isso “[...] *el recurso exigido convencionalmente debe ser de naturaliza ordinaria, sencilla, accesible para el inculcado, eficaz en cuanto a los resultados de la revisión que se espera y resuelto antes de que la sentencia tenga efectos de cosa juzgada.*”³⁶¹

Não restam dúvidas que, diante do que foi examinado, nos moldes do espírito constitucional de reconhecimento, proteção e fomento dos direitos fundamentais, o sistema jurídico brasileiro, inspirado nos ideais democráticos que permearam os diplomas internacionais surgidos ao longo do século XX, mais precisamente, em sua segunda metade, incorporou e adotou o duplo grau de jurisdição como um dos instrumentos de exercício da ampla defesa tendente a garantir o direito de liberdade do indivíduo frente ao poder punitivo estatal.

Após as perquirições estabelecidas ao longo dos capítulos primeiro e segundo, surge o momento de verificar e repercutir se as garantias constitucionais intrínsecas ao devido processo legal estão previstas no procedimento especial disciplinado na Lei n. 8.069 de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou se ocorre sua mitigação, com a diminuição dos direitos de defesa do

³⁵⁹ MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. 2018. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/16423>>. Acesso em: 2 de agosto de 2023.

³⁶⁰ GATTO, Joaquim Henrique. **O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo**. 2008. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/2519>>. Acesso em: 31 de julho de 2023.

³⁶¹ “O recurso convencionalmente exigido deve ser de natureza ordinária, simples, acessível ao acusado, eficaz em termos dos resultados da revisão esperada e resolvido antes que a sentença produza efeitos de coisa julgada.” (Tradução livre do pesquisador) GIRALDO, Gabriel Jaime Salazar. **La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano)**. Ratio Juris, v. 10, n. 21, 2015. p. 151. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761326006>>. Acesso em: 2 de agosto de 2023.

adolescente infrator no processo judicial de apuração de ato infracional se comparados àqueles disponíveis a serem exercitados pelo adulto no processo penal.

CAPÍTULO 3

VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

3.1 ADOÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO JUDICIAL DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

O ponto de partida do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito precisa ser, sempre, a Constituição, “[...] porque fixa com clareza as regras do jogo político e de circulação de poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular e portanto, de cada um dos cidadãos.”³⁶²

É a partir da Constituição que se enxerga os sistemas processuais penais. “Significa dizer que a configuração do ‘sistema processual’ deve atentar para a garantia da ‘imparcialidade do julgador’, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo à luz da Constituição.”³⁶³

É sob à luz da norma maior que se extrai, como sistema processual penal típico do ordenamento jurídico brasileiro, o sistema acusatório. Entretanto, este sistema não pode ser analisado sem antes, discorrer-se, ainda que brevemente, sobre o seu oposto, ou seja, o sistema inquisitório.

³⁶² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

³⁶³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

O sistema inquisitório possui como fonte primeira de sustentação o que pode ser entendido como “[...] o compromisso do Estado em garantir a efetiva punição das condutas delituosas, resguardando-se assim, tanto a sociedade, contra o criminoso, quanto à vítima, que se desincumbia da persecução penal.”³⁶⁴

Fica evidenciado, como nota característica do sistema inquisitório, que o compromisso do processo não é assegurar os direitos e garantias do acusado contra abusos e excessos que possam ser cometidos, e por consequência o julgamento justo, mas sim, o seu objetivo de ser é a obtenção da punição.

Para a concretização do propósito punitivo, percebe-se que, historicamente: “O juiz inquisidor atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação.”³⁶⁵

A ânsia punitiva era consagrada quando se obtinha a confissão do acusado, a qual “[...] era entendida como a prova máxima e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade.”³⁶⁶

Denota-se do sistema inquisitório que o juiz tem por quebrada sua imparcialidade, uma vez que desempenha múltiplas tarefas, “[...] *entre las que resalta su investigación (pesquisa) decisiva para el pronunciamiento de la sentencia.*”³⁶⁷ Ao invés de ser o destinatário da prova produzida ao longo do processo penal, é o juiz o responsável pela investigação, acusação e julgamento, de pouco ou nada valendo o esforço defensivo.

Diante de seus traços peculiares, o sistema inquisitório se amolda às características do absolutismo, o qual é marcado por ser o Estado mais importante do

³⁶⁴ SOUZA, Wilian Lira de. Sistemas processuais penais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPA**, v. 8. n. 1, jan/jun, 2005. p. 121. Disponível em: <<http://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/juridica/article/view/1345>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

³⁶⁵ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, 2010. p. 295. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

³⁶⁶ KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, 2010. p. 295. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

³⁶⁷ “Entre os quais se destaca a sua investigação decisiva para o pronunciamento da sentença.” (Tradução livre do pesquisador). PENALVA, Ernesto Pedraz. **Derecho procesal penal tomo I. Principios de derecho procesal penal**. Madrid: Editorial Colex, 2000. p. 58.

que o indivíduo que o compõe, ao invés de se manter como uma estrutura para que este possa, dentro dela, desenvolver-se. “Reforça-se a ideia de Estado e diminui-se bruscamente a noção de indivíduo. O investigado passa a ser considerado mero objeto de investigação.”³⁶⁸

Ao perder a condição de sujeito, eleva-se ao máximo à busca pela confissão para justificar a punição, oportunidade em que se convalida “[...] a admissão da tortura como meio de prova, já que o investigado é mero objeto da inquirição.”³⁶⁹

Dada a busca pela verdade e com isso justificando-se a gama de funções exercidas pelo juiz, pode-se dizer que: “*A partir de entonces el sistema inquisitivo se caracterizará por esta relación entre una persona en particular y la indagación de la verdad.*”³⁷⁰

Referida situação de conferir, na mesma pessoa, as incumbências acusatória, instrutória e de julgamento acarreta a quebra da imparcialidade do juiz, na medida em que “[...] *quien lleva a cabo la función de instruir la causa, aunque lo realice desde la objetividad y no como parte, adquiere ya un conocimiento de los hechos que le llevan a formarse una idea o juicio previo acerca de los mismos, [...]*”³⁷¹

Sendo assim, no sistema inquisitório, como o juiz adquire o conhecimento dos fatos de forma prévia, em decorrência da acumulação de funções por ele desempenhadas, não se apresenta como o destinatário da prova. Ao contrário, o juiz acumula as funções de acusar, instruir e julgar, dado ao fato de poder produzir

³⁶⁸ SOUZA, Wilian Lira de. Sistemas processuais penais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPA**, v. 8. n. 1, jan/jun, 2005. p. 121. Disponível em: <<http://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/juridica/article/view/1345>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

³⁶⁹ SOUZA, Wilian Lira de. Sistemas processuais penais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPA**, v. 8. n. 1, jan/jun, 2005. p. 121. Disponível em: <<http://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/juridica/article/view/1345>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

³⁷⁰ “A partir daí, o sistema inquisitorial será caracterizado pela relação entre uma determinada pessoa e a investigação da verdade.” (Tradução livre do pesquisador). BINDER, Alberto M. ***El incumplimiento de las formas procesales: Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal***. 1.ed. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000. p. 62.

³⁷¹ “Quem exerce a função de investigar o caso, ainda que o faça numa perspectiva objetiva e não como parte, já adquire conhecimento dos fatos que o levam a formar uma ideia ou julgamento prévio sobre eles.” (Tradução livre do pesquisador). WINTER, Lorena Bachmaier. Sistemas procesales: La hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo. **Revista del Instituto del Ciencias Jurídicas de Puebla AC**, n. 24. 2009. p. 181-182. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968008.pdf>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

provas, o que retira a sua imparcialidade e, via de consequência, acarreta prejuízos ao exercício da ampla defesa.

Diferentemente das conotações vistas até o momento é o sistema acusatório, o qual se apresenta em sintonia com a ordem constitucional vigente em decorrência das seguintes características citadas por Aury Lopes Jr.:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.³⁷²

Pelo sistema acusatório é possível dizer que o processo se concretiza como sendo adversarial, no qual acusação e defesa o impulsionam e apresentam suas posições para que o juiz, enquanto terceiro imparcial, analise-as e, com base nelas, construa a decisão a ser aplicada naquele caso concreto posto a sua frente. “Essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um sujeito distinto do juiz, faz com que o processo se traduza em um verdadeiro *actum trium personarum*.”³⁷³

Em um Estado que prima pelo respeito e garantia da liberdade do indivíduo, bem como protege e fomenta a integralidade de seus direitos fundamentais, o sistema acusatório se mostra como sendo aquele que permite a expressão da dignidade humana ao longo do trâmite processual em razão de suas características já apontadas.

³⁷² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

³⁷³ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 24. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4439>>. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

No sistema acusatório o processo penal não visa a punição, como ocorre no sistema inquisitório, mas sim a proteção do direito individual em face do poder punitivo, concretizando as garantias constitucionais do direito de defesa a ser exercido de forma isonômica à acusação e a presunção de inocência com todos os seus derivados correlatos. *“En un proceso basado en el sistema acusatorio, la dignidad humana como pilar del Estado democrático de Derecho, es un derecho fundamental cuyo respeto se exige al máximo durante el desarrollo del proceso penal.”*³⁷⁴

É, portanto, na constância do sistema processual acusatório que o acusado poderá exercer na plenitude o seu direito de defesa. Não por outro motivo, a doutrina afirma: “Quanto à determinação da estrutura acusatória do processo penal e à direção da instrução por um juiz está por provar que estes representem os meios mais consentâneos com a defesa dos direitos do arguido.”³⁷⁵

Ao se analisar a Constituição Federal, também se pode extrair, pela divisão de funções a serem desempenhadas no processo penal, a adoção do modelo acusatório, “[...] pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) [...].”³⁷⁶

Diante das garantias já analisadas, que põem a salvo o direito de liberdade do indivíduo frente ao poder punitivo estatal, aliadas às funções exercidas no processo penal, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil fez a opção por adotar o modelo acusatório, tendo como dissonantes da norma constitucional os dispositivos legais que apregoam situações contrárias.

Neste cenário, torna-se pertinente verificar o modelo adotado no processo judicial para a apuração do ato infracional, pois, nunca é demais lembrar que a atual Constituição: “[...] atribuiu às crianças e aos adolescentes a condição de

³⁷⁴ “Em um processo baseado no contraditório, a dignidade humana como pilar do Estado democrático de direito é um direito fundamental cujo respeito é exigido ao máximo durante o desenvolvimento do processo penal.” (Tradução livre do pesquisador). BETETA, Christian Salas. *La eficacia del proceso penal acusatorio en el Perú. Prolegómenos. Derechos y Valores*, v. 14, n. 28, 2011. p. 267. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/876/87622536017.pdf>>. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

³⁷⁵ PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. 1.ed. Lisboa: Diabril Cooperativa Editorial, 1976. p. 25.

³⁷⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 47-48.

sujeitos de direito e, portanto, estendeu a este seguimento da população todas as garantias elencadas no art. 5º [...].”³⁷⁷

Tendo sido o modelo acusatório o escolhido pela Constituição Federal em razão das garantias que apregoa aos acusados, seria razoável que este padrão fosse o adotado no processo judicial de apuração de ato infracional, inclusive em virtude da própria estrutura constante no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, ao se observar o referido diploma legal, nota-se que o seu artigo 110³⁷⁸ exige a observância do devido processo legal e o artigo 111³⁷⁹ apresenta um rol de garantias processuais, como o conhecimento da imputação, isonomia perante o órgão acusador, assistência por advogado, o que inclui nomeação de defensor, defesa técnica, dentre outras.

Todas estas prerrogativas citadas sequer precisariam estar elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que decorrem do devido processo legal, na medida em que no “[...] devido processo legal se constitui o direito a todas as prerrogativas processuais asseguradas pela própria ordem constitucional e pela lei, [...]”.³⁸⁰

Em que pese não fosse necessário, pois inerentes ao devido processo legal, ainda assim foram enumeradas, de forma não taxativa pelo legislador estatutário, no artigo 111 já citado, uma série de garantias, “[...] todas dedicadas a

³⁷⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 107.

³⁷⁸ Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

³⁷⁹ Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
II - igualdade na relação processual, podendo-se confrontar-se com vítima e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsáveis em qualquer fase do procedimento.

BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

³⁸⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 52.

expressar o alcance do direito à ampla defesa e ao contraditório, portanto, originárias do direito fundamental inserto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República.”³⁸¹

Frente aos ditames constitucionais, no processo que visa a apuração da prática de um ato infracional por um adolescente é crível “[...] serem respeitadas as garantias advindas de um modelo constitucional e convencional de processo (devido processo), vez que representa direito fundamental inerente a qualquer cidadão.”³⁸² Não por outro motivo, a doutrina aponta: “Naturalmente, o princípio do devido processo legal molda fundamentalmente a persecução que se instaura com a ocorrência da infração penal cometida pelo menor de 18 anos.”³⁸³

Em alinhamento com os argumentos acima, pode-se verificar que, na feição estrutural disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069 de 1990, “a peça instauradora da ação socioeducativa é a representação, que detém moldes formais idênticos àqueles impostos à denúncia no processo crime, até mesmo quanto à legitimidade do Ministério Público.”³⁸⁴

Verifica-se desse modo que, no processo de apuração de ato infracional há clara divisão quanto às funções de acusar, defender e julgar, assim como ocorre no processo penal, situação que também confirmaria a adoção do modelo acusatório ou, nas palavras de Olegário Gurgel Ferreira Gomes:

O empréstimo de um conteúdo largo do devido processo legal ao Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo a instituição de um rito previamente estabelecido e, igualmente, a proteção material às liberdades públicas frente ao Estado, faz imperioso reconhecer aqui um sistema acusatório.³⁸⁵

³⁸¹ GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O princípio do devido processo legal na apuração do ato infracional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3. n. 2, 2010. p. 552. Disponível em: <ww2.esmarn.tjrn.js.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/292/329>. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

³⁸² GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A garantia da defesa efetiva na apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS-Qualis A2** – Porto Alegre, v. 44, n. 142, junho, 2017, p. 268-269.

³⁸³ GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O princípio do devido processo legal na apuração do ato infracional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3. n. 2, 2010. p. 552. Disponível em: <ww2.esmarn.tjrn.js.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/292/329>. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

³⁸⁴ GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O princípio do devido processo legal na apuração do ato infracional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3. n. 2, 2010. p. 557. Disponível em: <ww2.esmarn.tjrn.js.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/292/329>. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

³⁸⁵ GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O princípio do devido processo legal na apuração do ato infracional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3. n. 2, 2010. p. 556. Disponível em:

Contudo, sem embargo do que foi verificado, a situação não é tão simplória quanto parece. “Trata-se de modelo processual confuso, referenciado nos princípios constitucionais de orientação acusatória, mas com elementos essencialmente inquisitórios.”³⁸⁶

Neste ponto é preciso fazer a ressalva de que o processo de apuração de ato infracional segue padrões do processo penal, o qual possui lógica acusatória, mas não só dele, porque também se reporta e vai beber na fonte do direito processual civil quando o assunto diz respeito à questão recursal, mesclando elementos, o que “[...] contribui para reforçar a concepção de que o Direito da Criança e do Adolescente não contém um Processo Penal e, portanto, na sua aplicação, são dispensáveis as observações de garantias reconhecidas para o conjunto da população.”³⁸⁷

Conforme já analisado no primeiro capítulo, a medida socioeducativa, não obstante sua finalidade social edificante, apresenta natureza jurídica nitidamente sancionatória, assim como ocorre com as penas estabelecidas pelo Direito Penal.

A natureza jurídica punitiva da medida socioeducativa, por si só, deveria ser o bastante para garantir ao adolescente acusado do cometimento de um ato infracional os mesmos meios de defesa disponíveis ao adulto a quem se impõe a prática de crimes em geral.

Não bastasse a questão mencionada, a própria Constituição Federal expressamente concedeu tratamento privilegiado às crianças e aos adolescentes com a adoção da doutrina da proteção integral. Contudo, em que pese os fundamentos elencados, existem nuances que serão analisadas ao longo deste terceiro capítulo que poderão demonstrar terem os adolescentes menores direitos de defesa do que dispõem os adultos nos processos judiciais, malgrado sejam acusados da prática do mesmo ato ilícito.

<ww2.esmarn.tjrn.js.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/292/329>.

Acesso em: 8 de agosto de 2023.

³⁸⁶ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 105.

³⁸⁷ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 106.

3.2 OFERECIMENTO DE REPRESENTAÇÃO SEM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE AUTORIA E MATERIALIDADE

A análise deste ponto passa, obrigatoriamente, pela observação do artigo 182³⁸⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual informa competir ao Ministério Público o oferecimento da representação, como forma de iniciar o processo infracional com vista à aplicação da medida socioeducativa, bem como, de seu § 2º, que por sua vez prevê não se fazer necessária a existência de prova pré-constituída de autoria e materialidade para tanto.

Diante da redação constante expressamente no § 2º do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima mencionado, ou seja, da possibilidade de ser iniciado um processo infracional, o qual poderá ter como resultado a imposição de uma medida socioeducativa em face de um adolescente, mesmo ausente prova pré-constituída de materialidade do ilícito, é que se passará ao estudo da justa causa.

3.2.1 Justa Causa

Não é somente a imposição da pena como resultado do processo que acarreta graves transtornos à vida pessoal do acusado, seja em relação a forma como ele mesmo se sente ou é visto pela sociedade, mas também o momento antecedente à penalização que corresponde ao “status” de processado por um fato definido como crime ou contravenção penal.

As consequências negativas do estigma decorrente da condição de estar sendo processado criminalmente exigem a observância de critérios rigorosos para que a ação penal seja iniciada. Não restam dúvidas de que, como o processo, por si só “[...] já significa uma ‘grave’ pena imposta ao indivíduo, não é possível admitir

³⁸⁸ 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 da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

§ 1º A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

§ 2º A representação independe de prova pré-constituída de autoria e materialidade. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

denúncias absolutamente temerárias, desconectadas dos elementos concretos de investigação que tenham sido colhidos na fase pré-processual.”³⁸⁹

A condição de “[...] estar sendo submetido a inquérito policial – seja como simples suspeito ou indiciado – ou a processo cognitivo de natureza penal – já como acusado – é *constrangedor* e traz, em si, *carga pejorativa* perante a sociedade [...]”.³⁹⁰

Frente às mais diversas repercussões negativas provenientes da condição de investigado e, posteriormente, de processado, é que se exige para a propositura da ação penal a presença da justa causa, a qual pode ser definida em rápidas palavras como “[...] a existência de uma causa jurídica e fática que legitime e justifique a acusação (e a própria intervenção penal).”³⁹¹

Cabe ser lembrado que a atual Constituição Federal, diante da finalidade processual de proteção aos direitos fundamentais, adota o sistema acusatório, o qual é voltado para o indivíduo e não para a obtenção da punição a qualquer custo. Dessa maneira, é certo que “[...] *la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del inculcado, [...]*”.³⁹²

Ante o espírito constitucional, a justa causa “[...] evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal.”³⁹³

Por sua vez, só é possível pensar em viabilidade da ação penal quando estiver presente a justa causa, a qual “[...] passa a significar a existência de um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva.”³⁹⁴

³⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 212.

³⁹⁰ DELMANTO JR., Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 158-159.

³⁹¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 250.

³⁹² “A verdade não deve ser investigada a qualquer preço, mas sim protegendo a dignidade humana e os direitos fundamentais dos acusados.” (Tradução livre do pesquisador). TIEDMANN, Klaus. *El Derecho Procesal Penal*. In: ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Editora Ariel, 1989. p. 140.

³⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 212.

³⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 212.

Face a necessidade de um lastro probatório mínimo para que se possa admitir a acusação no âmbito do devido processo legal, “[...] a justa causa para a ação penal corresponde, no plano jurídico, à legalidade da acusação. E, no axiológico, à legitimidade da acusação.”³⁹⁵

O processo, como um todo, precisa estar em conformidade com a ordem constitucional que apregoa como regra a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Portanto, mais do que em qualquer fase, o início do processo judicial pelo qual se acusa alguém da prática de um ilícito penal não pode se afastar das garantias constitucionais, especificamente, da presunção de inocência. Citado princípio, “[...] representa uma regra de tratamento determinando que não se atribua um juízo de culpa do indivíduo antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, [...]”.³⁹⁶

A exigência de justa causa é uma das formas de concretizar a presunção de inocência nas fases investigatória e instrutória do processo penal, ao garantir que “[...] nenhuma pessoa será constrangida, por meio de inquérito ou de processo criminal, quanto ao seu direito de liberdade e notadamente quanto à honra e imagem, sem que existam contra ela provas de que o fato efetivamente ocorreu, [...]”.³⁹⁷ Ou seja: “A razão de exigir a justa causa para a ação penal é evitar que denúncias ou queixas infundadas, sem viabilidade aparente, possam prosperar.”³⁹⁸

Estará presente a justa causa, para que seja ajuizada a ação penal acusatória contra determinada pessoa, quando houver prova da materialidade, ou seja, prova razoável da existência de um crime.

³⁹⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal: Doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 222.

³⁹⁶ GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; BRITO, Gustavo. A inobservância da taxatividade no tipo organização criminosa e a ausência de justa causa nas denúncias: Janela aberta ao arbítrio. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 7, n. 13, 2022. p. 78. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/207>>. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

³⁹⁷ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 2, 2017. p. 157-158. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/14418>>. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

³⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 212.

No estudo da justa causa torna-se relevante apontar que as exigências para a ação penal quanto à certeza da autoria e da materialidade se distinguem. “Quanto à autoria, normalmente, exige-se a existência de ‘indícios de autoria’ ou ‘indícios suficientes de autoria’. Por outro lado, no que toca ao crime, há referências como ‘prova da existência do crime’ ou ‘prova da materialidade delitiva’”.³⁹⁹

Portanto, ainda que indícios sejam suficientes para o ajuizamento da ação penal no que diz respeito à autoria, isto não se pode dizer quanto à materialidade, uma vez que, não se justifica a instauração de processo criminal contra alguém sem comprovação da ocorrência de um ilícito penal. “Não há justa causa para a ação penal se não se tem **certeza da ocorrência de um crime**. Sem a certeza do crime, a ação penal é injusta e desnecessária.”⁴⁰⁰

A necessidade de justa causa para a ação penal está descrita no artigo 395⁴⁰¹ do Código de Processo Penal como um requisito para que o juiz aceite a denúncia ou queixa, pois, a sua ausência enseja caso de rejeição da peça inicial acusatória na medida “[...] em que iniciativa acusatória é produzida sem base probatória razoável.”⁴⁰²

Tamanha é a importância da justa causa no processo penal que a sua ausência é considerada uma forma de coação ilegal sobre o direito de liberdade de ir e vir, tanto que é elencada como o primeiro motivo a justificar a utilização do *habeas corpus* para trancamento da ação penal, conforme se extrai dos artigos 647⁴⁰³ e 648,

³⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 213-214.

⁴⁰⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 215.

⁴⁰¹ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I – for manifestamente inepta;

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

⁴⁰² HENRIQUES, Nélia Navais. **Responsabilidade pessoal do membro do Ministério Público por denúncia sem justa causa**. 2005. p. 64-65. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4264>>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

⁴⁰³ Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

inciso I⁴⁰⁴, do Código de Processo Penal, os quais não dão margem para dúvidas quanto à impossibilidade de ajuizamento de ação penal contra o indivíduo caso não esteja presente justa causa para tanto.

No processo penal não é admissível denúncia ou queixa desprovida de justa causa justamente por conta do alinhamento com a ordem jurídica constitucional que apregoa a presunção de inocência até o trânsito em julgado.

Superada esta questão, cabe se debruçar sobre a análise do instituto na representação aforada pelo Ministério Público para iniciar o processo judicial de apuração de ato infracional.

3.2.2 Inexigência de justa causa como forma de violação da proporcionalidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa

Conforme já exposto linhas acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente informa ser possível o ajuizamento da representação sem que haja prova pré-constituída de autoria e materialidade.

Quanto à autoria, não há maiores problemas, pois, no processo penal também não é exigida sua prova para o oferecimento da denúncia ou da queixa, bastando fortes indícios.

A disparidade se dá, entretanto, quanto à necessidade de prova pré-constituída de materialidade, pois, ao passo que é um requisito para o início da ação penal, não é para a ação infracional, conforme disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Seguindo a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, para oferecimento da representação pela suposta prática de um ato infracional e início da ação infracional que objetiva a imposição de medida socioeducativa, o Ministério Público “[...] não precisará de documentos, relatórios policiais ou exames, pois a

⁴⁰⁴ Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I – quando não houver justa causa. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

propositura da ação socioeducativa pública independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade (art. 182, §2º), pois a apuração do fato será feita em juízo.”⁴⁰⁵

Diante da redação estatutária no que se refere à propositura da representação pelo órgão acusador, pode-se notar que, apesar de todos os indivíduos serem titulares das mesmas garantias constitucionais, os adolescentes podem ser acusados da prática de um ato infracional sem que para o início do processo se tenha prova pré-constituída de materialidade, ou seja, sem justa causa.

A leitura do § 2º do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima mencionado “[...] leva a uma só possível conclusão: a justa causa não é uma condição da ação de apuração de ato infracional.”⁴⁰⁶

Evidencia-se, assim, pela leitura da própria legislação estatutária que, “[...] não há necessidade de justa causa para a apresentação da petição inicial, uma vez que ‘independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade’: a exordial pode ser oferecida mesmo sem que haja prova de existência do crime.”⁴⁰⁷

Nunca é demais lembrar que a justa causa apresenta a finalidade de ser “[...] garantia frente ao uso abusivo que se possa fazer do direito de acusar, servindo como ponto de apoio para toda a estrutura da ação processual penal que venha a se desenvolver após o momento da acusação.”⁴⁰⁸

A sua inexigência, além de colocar os adolescentes em posição de inferioridade em comparação com os adultos, fere o mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei e se apresenta como violadora do princípio da proporcionalidade ao deixar de expressar a adequação e a necessidade da ação infracional.

⁴⁰⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 226.

⁴⁰⁶ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 181. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁴⁰⁷ MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. **A “novilíngua” do autoritarismo penal**: O caso do direito infracional brasileiro. Disponível em: <<http://www.academia.edu>>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁴⁰⁸ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 178. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

Conforme já analisado, as consequências decorrentes do *status* de ser processado por um ato de natureza penal são muito gravosas. À vista disso, expor um adolescente ao processo e suas consequências sem que haja prova pré-constituída da ocorrência de um fato descrito como penalmente ilícito, ou seja, possibilitar a ação socioeducativa sem ter certeza da materialidade, mostra-se desproporcional.

Além de desproporcional, há confronto com a presunção de inocência, configurando desarrazoada dificuldade para o exercício do contraditório, dada a falta de concretude da acusação, e da plenitude de defesa, na medida em que o adolescente terá que se defender de um fato que sequer sabe se realmente ocorreu.

Esta condição de inexigibilidade de justa causa acarreta a possibilidade “[...] de representar o adolescente por ato infracional independente de indícios de autoria e materialidade do fato, ferindo princípios constitucionais e processuais, como os Princípios da Presunção de Inocência e da Não Culpabilidade.”⁴⁰⁹ Em outras palavras, “[...] a consequência prática da prescindibilidade da justa causa no direito socioeducativo é a permissão à autoridade judiciária de instauração de processo de apuração de ato infracional sem que qualquer prova seja apresentada.”⁴¹⁰

A aceitação da representação sem justa causa além de ferir os princípios constitucionais já citados, acarreta um controle estatal sobre a liberdade individual do adolescente. “A garantia legal de que é possível submeter um jovem a um processo de ato infracional sem quaisquer indícios probatórios que o justifiquem implica submeter essa população a um constante estado de polícia.”⁴¹¹

Possibilitar o ajuizamento da ação socioeducativa em face de um adolescente sem a existência de justa causa para tanto demonstra que a legislação, dita protetiva, ao menos no âmbito infracional guarda resquícios do antigo sistema

⁴⁰⁹ SOUZA, Cleiton Henrique da Silva; MADEIRA, Fernando Nunes. Ausência de justa causa no processo infracional: uma análise do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. **Revista JusFARO**. v.2. n.1. dezembro, 2020. Disponível em: <<https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/370>>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁴¹⁰ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 181. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁴¹¹ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 190. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

menorista no qual o adolescente, longe de ser sujeito de direitos, ainda é tratado como objeto nas mãos dos adultos para fins correccionais.

3.3 A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO JUDICIAL QUE RECEBE A REPRESENTAÇÃO CONTRA O ADOLESCENTE INFRATOR E SUAS IMPLICAÇÕES NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

A presunção de inocência, como norma constitucional, é o guia norteador ao longo do processo penal e dela não é possível se distanciar sob pena dos procedimentos se mostrarem inconstitucionais.

Seguindo este farol, o artigo 93⁴¹², inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 impõe como regra a publicidade dos julgamentos, além da necessidade de fundamentação das decisões.

A decisão judicial possui caráter impositivo com repercussão nas várias esferas da vida privada do indivíduo, o que inclui restrições a direitos fundamentais. Em face de suas consequências é necessário que a decisão seja fundamentada para dar conhecimento dos motivos que levaram o órgão julgador a proferi-la, pois, “[...] motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes.”⁴¹³

É através da motivação das decisões que se conhece o seu teor e se possibilita o exercício do contraditório, o que permite afirmar que a obrigação de apresentar a fundamentação pelos órgãos do Poder Judiciário nos julgamentos que proferem “[...] é inerente ao Estado Constitucional e constitui verdadeiro *banco de*

⁴¹² Art. 93. [...]. IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; . BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

⁴¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 453.

prova do direito ao contraditório das partes. Não por acaso a doutrina liga de forma muito especial contraditório, motivação e direito ao processo justo.”⁴¹⁴

A existência de um processo considerado justo passa, invariavelmente, pela obrigatoriedade da demonstração, pelo órgão julgador, dos fundamentos de ordem fática e jurídica ponderados e utilizados para a construção da decisão concreta proferida. “Sem motivação a decisão judicial perde *duas características centrais: a justificação* da norma jurisdicional para o caso concreto e a *capacidade de orientação* de condutas sociais. Perde, em uma palavra, o seu próprio caráter jurisdicional.”⁴¹⁵

É justamente em razão do contraditório e da ampla defesa, institutos que igualam no processo as possibilidades da parte demandada àquelas da acusação, que decorre a necessidade da motivação. “Da noção de processo justo emana o dever de motivação das decisões judiciais, [...]”⁴¹⁶

É através dos fundamentos utilizados quando da prolação que se conhece o conteúdo fático e jurídico da decisão judicial e se torna possível verificar a sua conformação com o Estado de Direito que tem por finalidade o bem-estar dos indivíduos que o compõe e não, simplesmente, a existência do próprio Estado. “Sendo assim, a base para o uso do poder e da autoridade reside mais na aceitação das decisões judiciais do que na forma de poder que possam ter os juízes.”⁴¹⁷

A autoridade da decisão judicial não decorre unicamente do fato de ser proferida por um Poder do Estado instituído dentro de um organograma formalmente estruturado, mas principalmente em virtude do conteúdo valorativo que carrega, tornando-se conhecido através da motivação exposta pelo órgão julgador. A

⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 914.

⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 914-915.

⁴¹⁶ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A garantia da motivação das decisões judiciais à luz do direito ao processo justo e da jurisprudência da corte europeia de direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan-jun/2015. p. 356. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/16877/12523>>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

⁴¹⁷ NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A garantia da motivação das decisões judiciais à luz do direito ao processo justo e da jurisprudência da corte europeia de direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan-jun/2015. p. 358. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/16877/12523>>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

correlação entre os valores que compõem o Estado de Direito e a motivação das decisões judiciais é explicada por María Isabel Garrido Gómez:

*Las soluciones judiciales en el seno de un Estado de Derecho deben tener en cuenta los valores e intereses en pugna, calificados por el legislador previamente con carácter general y abstracto. Desde esta perspectiva, el Derecho positivo tiene que responder a una sistemadidad constructiva de un mecanismo de seguridad que remita a valores, como la libertad, la seguridad y la igualdad. En este sentido por medio de la motivación de las sentencias, se pretende que el juzgador manifieste las razones de su decisión apoyándose en el derecho del justiciable y del interés legítimo de la comunidad en conocerlas; que se compruebe que la decisión judicial que se adopta es consecuencia de una exegesis racional del Ordenamiento; que las partes o la comunidad tengan la información necesaria para recurrir, si procede, la decisión; y que los tribunales competentes posean la información que se precisa para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.*⁴¹⁸

Diante dos valores de igualdade, segurança e liberdade que compõem um Estado Democrático de Direito não é possível interpretação outra que não àquela que siga o mandamento constitucional da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

É nesse ponto que se chega à decisão que recebe a denúncia ou a queixa como peça inicial acusatória no processo penal e, frente ao que já foi tratado, “[...] não se afigura compreensível que, diante do texto constitucional, se argumente em favor da legitimidade do recebimento da denúncia criminal sem a adequada fundamentação [...]”.⁴¹⁹

A partir do momento em que a peça inicial acusatória é recebida pelo juízo, a condição de investigado deixa de existir e surge a de réu no processo penal,

⁴¹⁸ “As soluções judiciais no âmbito de um Estado de Direito devem levar em conta os valores e interesses em conflito, previamente qualificados pelo legislador com caráter geral e abstrato. Nesta perspectiva, o direito positivo deve responder a um sistema construtivo de um mecanismo de segurança que se refira a valores como a liberdade, a segurança e a igualdade. Neste sentido, através da motivação das sentenças, pretende-se que o juiz expresse as razões da sua decisão com base no direito do arguido e no interesse legítimo da comunidade em conhecê-las; que fique comprovado que a decisão judicial adotada é consequência de uma exegese racional do ordenamento jurídico; que as partes ou a comunidade tenham as informações necessárias para recorrer, se for o caso, da decisão; e que os tribunais competentes disponham das informações necessárias para fiscalizar a correta interpretação e aplicação da Lei.” (Tradução livre do pesquisador). GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. **La predecibilidad de las decisiones judiciales**. Ius et Praxis, v. 15, n. 1, 2009. p. 57 Disponível em: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122009000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 454.

agravando a posição do indivíduo anteriormente tido por suspeito para efetivamente acusado. Sendo assim, tratando-se de ato que repercute na esfera privada, deve ser exarado com a apresentação dos motivos que o justifiquem, mesmo que em juízo sumário. “Advogar que se trata de ato sem teor decisório, negando-se a existência do juízo sobre a exordial acusatória implica em ter-se como indiferente a situação de outrem (o acusado) antes e após tal ato.”⁴²⁰

No momento do recebimento da denúncia ou da queixa não se espera decisão exauriente sobre o caso posto em apreço do juízo, pois, sequer houve o início da fase instrutória. “Obviamente não pode o juiz ou Tribunal, no ato do recebimento da denúncia, prejulgar a causa demonstrando convencimento acerca do fato e de sua autoria antes mesmo da produção de prova submetida ao crivo do contraditório.”⁴²¹

Embora não seja o caso de pré-julgamento, há diversos elementos que devem ser analisados pelo juízo quando do recebimento da peça inicial acusatória para evitar a desnecessária submissão do indivíduo ao processo penal, assim como, para que ele na condição de réu possa exercer a plenitude do seu direito de defesa. “A fundamentação do ato decisório, que realiza o princípio da necessária motivação dos atos jurisdicionais, diz com a argumentação e justificação da existência de condições da ação penal, dentre elas a justa causa para a ação penal.”⁴²²

Ainda que no momento do recebimento da denúncia ou queixa o ato do juízo não seja de cognição exauriente, ele não é desprovido de conteúdo decisório, pois, o juiz deverá rejeitar a peça inicial acusatória quando ela for inepta, estiver ausente pressuposto processual ou condição da ação ou quando faltar justa causa. Ante as causas que levam à rejeição da denúncia ou da queixa, a doutrina afirma que: “O ato em tela tem forte teor decisório, [...], eis que é dever do magistrado o de rejeitar

⁴²⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz; TEIXEIRA, Alexander Haering Gonçalves. A nulidade decorrente da carência de fundamentação no juízo de admissibilidade da ação penal. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, p. 301, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4123>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

⁴²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 454.

⁴²² MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 454.

a peça vestibular quando ausentes os requisitos mínimos para a sua validade, dentre os quais a justa causa para a ação penal.”⁴²³

Nunca é demais lembrar que, por se tratar de uma manifestação judicial com conteúdo decisório, recai sobre o recebimento da denúncia ou da queixa o mandamento constitucional inderrogável da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, não pelo aspecto formal, mas pelo conteúdo que expressa, pois, a motivação “[...] implica na materialização do princípio republicano (BARCELOS, 2005), da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa, do devido processo legal, dos meios de recursos e demais Direitos e Garantias Fundamentais.”⁴²⁴

Uma vez oferecida a denúncia ou a queixa, esta peça inicial acusatória passa pelo crivo de análise do Judiciário que irá deliberar sobre rejeitá-la, caso não apresente as condições ou pressupostos processuais adequados, quando for inepta ou lhe faltar justa causa, ou, lado outro, irá recebê-la. “Se a denúncia estiver em ordem (e também a queixa), deverá o juiz recebê-la em decisão convenientemente fundamentada (CF, art. 93, IX) [...]”⁴²⁵

Somente com a análise da denúncia ou da queixa-crime pelo juízo, sumariamente, com base nos elementos até então existentes referentes à validade e à regularidade processual, é que se impedirá o descontrole de acusações infundadas e desprovidas de elementos mínimos a sustentar um processo penal acusatório. “O que está em pauta no juízo de admissibilidade da ação penal são suas consequências no âmbito da formação do processo penal, principalmente para o acusado, que a depender da decisão do juiz, será colocado em uma situação de réu [...]”⁴²⁶

⁴²³ RAMIDOFF, Mário Luiz; TEIXEIRA, Alexander Haering Gonçalves. A nulidade decorrente da carência de fundamentação no juízo de admissibilidade da ação penal. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, 2020. p. 308. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4123>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

⁴²⁴ STAFFEN, Marcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. A impugnação dos julgados e o dever constitucional de motivar as decisões no microsistema dos juizados especiais federais. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 1, n. 42, 2016. p. 270. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1494>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

⁴²⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*. p. 178-179.

⁴²⁶ RAMIDOFF, Mário Luiz; TEIXEIRA, Alexander Haering Gonçalves. A nulidade decorrente da carência de fundamentação no juízo de admissibilidade da ação penal. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, 2020. p. 303. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4123>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

É pela verificação judicial dos elementos que instruem a peça inicial acusatória que se dá concretude, nesta fase procedimental, à presunção de inocência, bem como, será estabelecida a baliza para o exercício do contraditório.

Diante da exigência da norma constitucional da motivação das decisões judiciais em consonância com a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, só é admitida a acusação, no processo penal, após decisão judicial motivada que receba a denúncia ou a queixa.

Feita esta análise, é preciso averiguar se também há este controle judicial quando do oferecimento da representação, pelo Ministério Público, nos processos judiciais de apuração de ato infracional.

O processo de apuração de ato infracional é regulado pelas normas constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069 de 1990, apresentando forma semelhante àquela do processo penal.

Ao se analisar o referido estatuto, repara-se que: “Os criadores do ECA então procuraram **procedimentalizar** mais o ECA, aproximando-o do CPP.”⁴²⁷

O processo de apuração do ato infracional será iniciado com a representação ofertada pelo Ministério Público, a qual se traduz como a peça inicial acusatória em face do adolescente a quem se imputa a prática de um ato infracional, assim como ocorre com a denúncia no processo penal.

“Passou-se a existir a representação à semelhança da denúncia do processo-crime.”⁴²⁸ Todavia, apesar da exigência da representação, não existe “previsão expressa dos requisitos para a rejeição da representação, a exemplo do que ocorrer no art. 43, combinado com arts. 525 e 564 do CPP.”⁴²⁹

Nos moldes vistos acima, no processo penal, uma vez oferecida a denúncia, caberá ao juiz decidir sobre o seu recebimento ou a sua rejeição, estando

⁴²⁷ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 605.

⁴²⁸ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 605.

⁴²⁹ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 111.

expressamente previsto no artigo 395 do Código de Processo Penal esta etapa ao elencar, em seus incisos, quais são as causas de rejeição.

Diferentemente do processo penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente não há previsão de decisão judicial a apreciar o recebimento da representação, como se pode extrair da redação do artigo 184⁴³⁰, *caput*, da Lei n. 8.069 de 1990, pois, citado dispositivo informa que, após o oferecimento da representação pelo Ministério Público, caberá ao juízo já designar audiência de apresentação, só restando conteúdo decisório na apreciação da decretação ou manutenção de medida de internação provisória.

Nota-se da redação estatutária que a única previsão sobre decisão judicial, ao ser oferecida a representação, é aquela acerca da internação do adolescente, nada mencionando a respeito da análise das hipóteses de rejeição da peça inicial acusatória. “Portanto, a representação, embora oferecida pelo Ministério Público enquanto titular exclusivo, não conta com previsão legal de requisitos que levem à sua não-aceitação por parte do juiz.”⁴³¹

Esta falta de decisão judicial sobre o recebimento ou rejeição da representação está em compasso com a previsão estatutária, já mencionada, da falta de exigência de prova pré-constituída de materialidade e justa causa para o oferecimento da representação, o que destoa dos mandamentos constitucionais inerentes ao devido processo legal e sistema acusatório encontrados nos processos penais em que adultos são acusados, bem como, da própria doutrina da proteção integral.

Ao relembrar a doutrina da proteção integral, trazendo-a para o âmbito infracional, pode-se dizer que ela se liga “à proposta de Ferrajoli definida por Bobbio

⁴³⁰ 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. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴³¹ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil:** como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 112.

como um sistema de garantismo, com a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo [...].”⁴³²

Desta maneira, a ausência de motivada decisão judicial sobre o recebimento da representação acarreta a inobservância da doutrina da proteção integral e de direitos fundamentais, ferindo aquilo que se pode denominar de processo justo. “Em linhas gerais, a adoção de um viés objetivo para o processo justo representaria o integral respeito a todos os direitos e garantias fundamentais, uma vez que a aferição independeria de quem se saiu vencedor da demanda.”⁴³³

Observa-se que, o problema da falta de motivada decisão judicial a respeito do recebimento da representação espraia efeitos por todo o processo, visto que “[...] a falta de precisão dos requisitos para a apresentação da ação socioeducativa acaba por gerar imprecisão na acusação, o que irá dificultar a defesa e o contraditório durante o processo.”⁴³⁴ Diante de tal cenário, não se pode esquecer de que: “A garantia da ampla defesa exige descrição objetiva, clara e delimitada da matéria fática, com qualificação jurídica pertinente, de modo a possibilitar a contraposição ampla e plena.”⁴³⁵

Há uma omissão legislativa no processo de apuração do ato infracional com a falta de previsão de decisão judicial devidamente fundamentada sobre o recebimento da representação. “A lacuna que subsiste tem resultado o avanço da discricionariedade e do arbítrio na execução das medidas socioeducativas. Há que se ter em mente que o arbítrio deve ser combatido pelo garantismo.”⁴³⁶

A falta de exigência legal sobre o recebimento motivado da representação “ao permitir a acusação infundada, retira do juiz a obrigação do controle

⁴³² SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 70.

⁴³³ NEWTON, Eduardo Januário. O processo justo e o ato infracional: Um encontro a acontecer. EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - **Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 25. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

⁴³⁴ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 129.

⁴³⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A garantia da defesa efetiva na apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS-Qualis A2** – Porto Alegre, v. 44, n. 142, junho, 2017, p. 274.

⁴³⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 139.

destas representações, possibilitando que este tenha base legal para o recebimento de toda e qualquer acusação realizada pelo Ministério Público.”⁴³⁷

Diante da análise realizada, percebe-se que, diversamente do que ocorre com as denúncias ou queixas que inauguram o processo penal em face dos adultos acusados da prática de infrações penais, no processo de apuração de ato infracional não há no Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação especial que regula a matéria, previsão de hipótese de rejeição da representação formulada pelo Ministério Público em face de adolescente a quem se imputa a prática de ato infracional, o que acarreta, mitigação das garantias constitucionais.

3.4 REMISSÃO JUDICIAL E OS REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO

A remissão, inicialmente mencionada nas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, de 1985, conhecidas como Regras de Beijing, é um instituto previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente que pode ser concedido em dois momentos distintos e tem por finalidade a exclusão, extinção ou suspensão do processo de apuração de ato infracional com a aplicação ou não de medidas socioeducativas. “A expressão como se extrai das Regras de Beijing não tratava especificamente de um perdão puro e simples, mas sim da aplicação de uma medida menos rigorosa [...]”.⁴³⁸

A concepção da remissão como uma forma de antecipação de medida ou encurtamento do processo, decorre da convicção de que a prática do ato infracional é um sintoma de uma situação de risco a que o adolescente está exposto e a medida socioeducativa terá o condão de alterar o curso de vida para o qual ele está se

⁴³⁷ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 182. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁴³⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021. p. 447.

direcionado, o que demandaria a sua rápida aplicação, dando concretude ao princípio já analisado da intervenção precoce.

“O instituto da ‘remissão’ trouxe agilidade ao sistema de apuração de ato infracional, constituindo-se em inovação importante, [...]”.⁴³⁹ A importância do instituto pode ser notada, inclusive, pela topologia adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que dedicou um capítulo para tratar da remissão.

A previsão legal está no artigo 126⁴⁴⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual a remissão poderá ser concedida pelo Ministério Público antes de iniciar o processo ou, após o seu início, pela autoridade judiciária, representando no primeiro caso uma forma de exclusão do processo e, no segundo, sua suspensão ou extinção.

A legislação prevê, portanto, que a remissão poderá ser concedida pelo Ministério Público ou pelo próprio juízo, porém, em oportunidades distintas. A primeira delas “[...] importa na *exclusão* do processo de conhecimento. Ela é ofertada pelo Ministério Público e homologada pelo juiz, estando condicionada, evidentemente, ao prévio consentimento do adolescente e de seu representante legal.”⁴⁴¹ Já a segunda, “[...] se dá com o procedimento já iniciado por oferecimento de representação, e implica a *extinção ou suspensão do processo*.”⁴⁴²

O Ministério Público, ao entender preenchidos os requisitos dispostos no artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente poderá, ao invés de ingressar com a representação, ofertar ao adolescente a remissão, cumulada ou não com alguma

⁴³⁹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 55

⁴⁴⁰ Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴⁴¹ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 394.

⁴⁴² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 394.

medida socioeducativa. Em face de suas características, pode-se dizer que: “Assemelha-se, *in casu a opinio delicti* desenvolvida nos inquéritos policiais na hipótese de transação do art. 76 da lei nº 9.099/95. É forma de exclusão do processo e exige homologação pelo juiz menorista.”⁴⁴³

Não sendo oferecida a remissão pelo Ministério Público e tendo ingressado com a representação, pode o juiz concedê-la. “**Remissão Judicial.** É feita pelo juiz da infância e juventude e pressupõe o início do procedimento. Importa em suspensão ou extinção do processo.”⁴⁴⁴

Em ambos os casos o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente permite a aplicação de medida socioeducativa em sede de remissão, nos termos do artigo 127⁴⁴⁵, excetuando, apenas, aquelas que não são cumpridas em meio aberto. “Cabível, pois, cumular remissão com Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida, medidas que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, desde que não incompatíveis entre si.”⁴⁴⁶

Em decorrência da admissibilidade legal da remissão ser cumulada com medida socioeducativa, há quem a enxergue como uma imposição de pena sem processo e, desse modo, uma violação constitucional, sob o argumento de que “afronta o *Princípio Constitucional do Devido Processo Legal*, em sua dimensão substantiva dispensada a prévia instrução processual, com dilação probatória e instalação do contraditório, assegurada a ampla defesa.”⁴⁴⁷

⁴⁴³ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2021. p. 448.

⁴⁴⁴ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVUM, 2021. p. 448.

⁴⁴⁵ Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e internação. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴⁴⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 55.

⁴⁴⁷ KONRATH, Magda Susel. **Adolescentes em conflito com a lei: remissão: ambiguidades e educação**. Porto Alegre, 2013. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 38. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/78759/000900102.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 18 de agosto de 2023.

Em que pese a existência de posicionamentos no sentido acima, não se pode esquecer que só é possível a concessão da remissão cumulada com medida socioeducativa caso haja aceitação do adolescente e de seu representante legal, e, ainda, desde que devidamente assistido por advogado.

A assistência por advogado é indiscutível, pois, o direito de defesa é constitucionalmente previsto e, segundo os tribunais superiores, abarca todos os procedimentos. “A exigência da ampla defesa e do contraditório em quaisquer procedimentos, sejam processuais, pré-processuais ou administrativos, é uma realidade para ambas as cortes.”⁴⁴⁸

Diante do que foi visto, a remissão se mostra como importante instituto. Isto porque possibilita impedir a exposição do adolescente às agruras do processo, o que é um ponto positivo, aliado também ao fato de que não há o risco de ser condenado ao cumprimento de medida socioeducativa em meio fechado.

Além do mais, “A remissão não caracteriza antecedente. Essa característica é importante especialmente em relação à aplicação da medida de internação [...]”.⁴⁴⁹

Considerando que o objetivo desta pesquisa é o processo judicial, passar-se-á para a análise dos requisitos a serem verificados pelo juízo para a concessão da remissão ao adolescente infrator, bem como, da existência ou não de motivação judicial para negar a medida.

3.4.1 Ausência de motivação expressa na decisão judicial que não concede a remissão e a violação ao preceito do livre convencimento motivado

Ao se fazer a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar da existência de previsão legal da remissão, percebe-se que não há nenhuma disposição a respeito de critérios objetivos para a sua concessão. “Em outras

⁴⁴⁸ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. Doutrina e jurisprudência. 21.ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIM, 2021. p. 450.

⁴⁴⁹ WIEZZER, Victor Emanuel; BATISTIN, Larissa Haick Vitorassi. A subjetividade do aplicador no caso de remissão pré-processual e processual. **Diálogos e interfaces do direito – FAG**. Revista Científica do Curso de Direito. v. 4, n.1, 2021. p. 35. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/download/80/64>>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

palavras, não existe nenhum requisito que seja objetivo dentro do corpo legal, o que não propicia fiscalização da aplicação do instituto jurídico da remissão.”⁴⁵⁰

A única norma que elenca condições a serem observadas é o já mencionado artigo 126 do Estatuto, o qual se limita a citar condições subjetivas, como a personalidade do adolescente, sua maior ou menor participação no ato infracional, o contexto social e as circunstâncias e consequências do fato, como possíveis marcos norteadores para a concessão da remissão. Portanto, a inexistência de critérios objetivos “[...] permite ainda, em razão de suas lacunas e da cultura herdada do direito menorista, a violação de direitos em decorrência do emprego da discricionariedade e do subjetivismo pelo aplicador do Direito, [...]”⁴⁵¹

A falta de critérios objetivos dispostos pela legislação de regência, o que permite a decisão judicial ser baseada em aspectos de subjetividade, demonstra, em que pese o atual contexto constitucional garantista, o fato de ainda não ter ocorrido a superação do modelo menorista anterior, baseado nas circunstâncias pessoais do infrator ao invés de se fixar no ato por ele praticado, buscando, assim como ocorre em alguns modelos de Direito Penal, a punição em razão de sua condição pessoal, na qual “[...] toda a atenção se dirige à pessoa do delinquente, de cuja maldade ou característica antissocial o delito aparece como uma manifestação contingente e suficiente, embora nem sempre necessária para justificar o castigo.”⁴⁵²

O Estatuto da Criança e do Adolescente, embora tenha sido criado sob a égide da Constituição de 1988 e estampado, em grande parte, as garantias da doutrina da proteção integral, no que diz respeito à remissão manteve intactos os traços históricos da objetificação do adolescente.

⁴⁵⁰ WIEZZER, Victor Emanuel; BATISTIN, Larissa Haick Vitorassi. A subjetividade do aplicador no caso de remissão pré-processual e processual. **Diálogos e interfaces do direito – FAG**. Revista Científica do Curso de Direito. V. 4. N.1, 2021. p. 31. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/download/80/64>>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

⁴⁵¹ DAL POS, Angela Caren. Há critérios para o perdão? Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e medida socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 54, 2004. p. 22. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044567.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

⁴⁵² SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 200-201.

A questão fica evidente frente à falta de critério objetivo para a concessão da remissão, a qual se baseia tão somente em aspectos pessoais do adolescente, tais como o contexto social em que envolvido e a sua personalidade.

A inexistência de objetividade, que, repete-se, foi estabelecida no bojo da doutrina da proteção integral, contrasta com o tratamento dispensado aos adultos autores de crimes e/ou contravenções penais.

Aos adultos há a previsão de instituto de extinção da punibilidade antes de iniciado o processo, tanto quanto de suspensão de seu curso, quando já em trâmite, de forma negociada, semelhantes à remissão, porém, mediante critérios objetivos. Trata-se da transação penal e da suspensão condicional do processo.

A transação penal, introduzida com a Lei n. 9.099 de 1995, destinada aos casos envolvendo os crimes de menor potencial ofensivo, tem como característica apresentar-se “[...] como forma despenalizadora, visando alcançar uma justiça célere e efetiva com a atenuação dos efeitos da sanção penal, sem contudo, descriminalizar condutas sob o seu crivo.”⁴⁵³

Trata-se de um instituto jurídico presente nos Juizados Especiais Criminais que são os competentes para processo e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, das contravenções penais e dos crimes com pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos, nos termos dos artigos 60, *caput*⁴⁵⁴, e 61⁴⁵⁵ da Lei n. 9.099 de 1995.

Desta forma, existe um critério objetivo para a transação penal que é se tratar de crime de menor potencial ofensivo. Logicamente, encaixando-se o ilícito

⁴⁵³ PLATZER JUNIOR, Hugo; CHAVES JUNIOR, Aírto. Aspectos destacados do descumprimento da transação penal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011. p. 151. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

⁴⁵⁴ Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continências. BRASIL, Lei n. 9.099 de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

⁴⁵⁵ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. BRASIL, Lei n. 9.099 de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

penal neste critério, outros requisitos deverão ser analisados pelo órgão julgador para a aplicação da transação penal, inclusive alguma situação de cunho subjetivo.

No que se refere à suspensão condicional do processo, também existe um critério objetivo para a sua concessão que diz respeito a quantidade da pena mínima prevista em abstrato, dado ao fato de que, segundo o artigo 89⁴⁵⁶ da Lei n. 9.099 de 1995, será o caso de suspensão condicional do processo quando a pena mínima cominada em abstrato para o delito for igual ou inferior a um ano, o agente não tenha sido condenado por outro crime e nem esteja sendo processado.

Pela análise dos institutos citados é possível perceber que, diversamente do que ocorre com a remissão, há critérios objetivos para suas concessões. “Havendo a presença dos requisitos, os aplicadores, Juiz ou Promotor, são obrigados a oferecer, independentemente de sua subjetividade sobre o caso específico a ser analisado, [...]”⁴⁵⁷

A transação penal e a suspensão condicional do processo são direitos subjetivos daquele a quem se imputa a prática de um crime ou uma contravenção penal, não estando na esfera de disponibilidade a concessão ou não do benefício.

De acordo com Tourinho Filho, ao escrever a respeito da transação penal, “[...] o suposto autor do fato tem um direito subjetivo de natureza processual no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional.”⁴⁵⁸

Semelhante hipótese ocorre com a suspensão condicional do processo, pois, “[...] preenchidos os requisitos legais, cabe ao Ministério Público, oferecer a

⁴⁵⁶ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). BRASIL, Lei n. 9.099 de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

⁴⁵⁷ WIEZZER, Victor Emanuel; BATISTIN, Larissa Haick Vitorassi. A subjetividade do aplicador no caso de remissão pré-processual e processual. **Diálogos e interfaces do direito – FAG.** Revista Científica do Curso de Direito. V. 4. N.1, 2021. p. 40. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/download/80/64>>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

⁴⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais.** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92.

proposta de suspensão condicional ao acusado nas ações penais públicas, só podendo furtar-se através de manifestação devidamente fundamentada.”⁴⁵⁹

Não obstante os benefícios existentes para o adulto acusado de infração penal, idêntica afirmação não se pode fazer, pelo que foi visto, da remissão ao adolescente infrator, a qual será ou não concedida com base na discricionariedade do órgão jurisdicional, segundo Victor Emanuel Wiezzer e Larissa Haick Vitorassi Batistin:

Destarte, o instituto da remissão apesar de ser similar a estes dois, não faz jus em ser um direito subjetivo público, aproximando a instabilidade jurídica, tenho em vista as vastas divergências de julgados com a mesma matéria discutida, porém com critérios de avaliação diferentes, por conta da subjetividade de cada aplicador.⁴⁶⁰

A remissão, portanto, não possui natureza jurídica de direito público subjetivo.

Dada esta situação, o Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê a obrigatoriedade de expressa decisão judicial negando a concessão da remissão, muito menos decisão motivada.

Não se pode perder de vista que, sendo da vontade do adolescente e de seu responsável legal, com o auxílio de um defensor qualificado, a remissão é um benefício e, a falta de decisão judicial motivada que não a concede leva ao impedimento do pleno exercício do contraditório, principalmente do exercício do duplo grau de jurisdição, desconfigurando o que se pode chamar de processo justo.

Em comparação aos adultos é possível perceber que os adolescentes possuem menos chances de não serem submetidos ao *status* de processados, uma vez que o juiz não precisa apresentar os motivos pelos quais não concedeu a remissão. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário, sequer trata da existência de decisão judicial a analisar a remissão, o que confronta com os ditames da doutrina da proteção integral e, novamente, leva a objetificação do adolescente em

⁴⁵⁹ CAVALCANTI, Carla Adriana de Carvalho. Suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95): benefício ou constrangimento? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 19, n. 1, 2012. p. 453. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/191>>. Acesso em: 22 de agosto de 2023.

⁴⁶⁰ WIEZZER, Victor Emanuel; BATISTIN, Larissa Haick Vitorassi. A subjetividade do aplicador no caso de remissão pré-processual e processual. **Diálogos e interfaces do direito – FAG**. Revista Científica do Curso de Direito. V. 4. N.1, 2021. p. 41. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/download/80/64>>. Acesso em: 18 de agosto 2023.

uma época de propagação de falas de reconhecimento da condição de sujeito de direitos. “É preciso estar atento a fim de que não sejam dadas respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos, garantindo-se os mesmos direitos para os adolescentes.”⁴⁶¹

3.5. A APRESENTAÇÃO JUDICIAL DO ADOLESCENTE COMO PRIMEIRO ATO DA INSTRUÇÃO

Com o oferecimento da representação pelo Ministério Público é iniciada a fase judicial do procedimento e será pelo juiz designada a audiência de apresentação do adolescente com a sua citação. Este é o procedimento estabelecido pelo artigo 184⁴⁶² do ECA.

Juntamente com a citação, o adolescente recebe a notificação de comparecimento “[...] à audiência de apresentação, a qual deverá ser marcada com antecedência razoável, no sentido de propiciar as condições necessárias para que a família contrate um advogado e tenha tempo suficiente para preparar a sua defesa.”⁴⁶³

Assim sendo, após o oferecimento da representação, caberá ao juiz designar a audiência, citar e notificar o adolescente e seus responsáveis para comparecimento à sessão, visto que, no processo infracional: “A apresentação do adolescente à autoridade judiciária será feita em audiência, onde deverão comparecer, além dele, seus pais, seu advogado e o promotor de justiça.”⁴⁶⁴

⁴⁶¹ DAL POS, Angela Caren. Há critérios para o perdão? Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e medida socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 54, 2004. p. 29. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044567.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

⁴⁶² 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. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁴⁶³ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006. p. 103.

⁴⁶⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 230.

A audiência de apresentação, portanto, como o primeiro ato após o oferecimento da representação pelo Ministério Público, tem por finalidade estabelecer o contato pessoal entre o adolescente acusado da prática de um ato infracional e o juiz, sendo o momento processual em que ocorrerá o seu interrogatório.

3.5.1 O interrogatório como direito de defesa

Para que seja proferido um decreto condenatório é preciso que exista uma correlação entre a pessoa que foi condenada com aquela que foi acusada. Desse modo, “[...] *sólo habrá de resultar posible la condena de una persona que haya sido previamente acusada, no bastando la mera cita ocasional de la misma en el juicio oral ni aun siendo interrogada en esse acto.*”⁴⁶⁵

Vê-se, também, que além de constar na acusação, para que alguém figure na sentença penal condenatória é preciso que tenha sido oportunizado o seu interrogatório, considerando que o direito de audiência e participação é uma das características do sistema processual acusatório que o diferencia do seu oposto, qual seja, o inquisitorial.

Esta condição peculiar do sistema acusatório consistente no direito de audiência e de participação é resumido na doutrina estrangeira por Tereza Armenta Deu, quando discorre sobre o princípio do contraditório e o direito de audiência ao expor: “*Este principio, resumido en la frase <<nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio>>, constituye uno de los grandes avences de la erradicación de una justicia primaria o inquisitorial.*”⁴⁶⁶

Garante-se ao acusado, com a adoção do sistema processual acusatório, o direito de expor ao juiz, pessoalmente, os seus argumentos e a sua versão sobre os fatos que lhe imputam. A oportunidade de exercitar este direito ocorre na audiência em que será promovido o seu interrogatório.

⁴⁶⁵ “Só será possível a condenação de uma pessoa anteriormente acusada, não sendo suficiente a mera menção ocasional da pessoa no julgamento oral, nem mesmo que seja interrogada nesse ato.” (Tradução livre do pesquisador). MELLADO, José María Asencio. **Principio acusatorio y derecho de defensa em el proceso penal**. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991. p. 86.

⁴⁶⁶ “Este princípio, resumido na frase ‘ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e derrotado em juízo’, constitui um dos grandes avanços na erradicação da justiça inquisitorial.” (Tradução livre do pesquisador). DEU, Tereza Armenta. *La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal*. **Revista del Poder Judicial**, n. 58, 2000. p. 265.

O interrogatório é uma das formas de participação do réu no processo, assim como também é a defesa técnica.

A participação processual das partes precisa ser baseada na boa fé. Há um fio condutor em matéria processual que exige probidade de comportamento pelas partes na produção das provas e sua exposição em juízo, conforme expõe Manuel Gomez Del Castillo y Gomez:

Por ello, en sentido estricto, la <<probidad procesal>> se condensará en el deber, en la obligación, de las partes procesales (y de los terceros) de conseguir la certeza de los hechos, alegando y probando los mismos con veracidad y buena fe, excluyendo los inexistentes o los desvirtuados; se reduce así su significado en virtud de la vigencia del principio iura novit curia.⁴⁶⁷

Não há, como visto, maiores discussões de que a produção probatória deve seguir os ditames de probidade. Entretanto, o questionamento é colocado quanto à necessidade de cumprimento desta exigência por parte do réu no processo penal, levando em conta que é a sua liberdade que está em jogo.

Como resposta ao questionamento, frente às consequências processuais voltadas à restrição ou limitação de direito fundamental, especialmente, do direito de liberdade, não se pode exigir do acusado o cumprimento do dever de probidade. *“Y esta exigencia que, en el plano de lo civil, en virtud de los bienes en debate, puede ser justa y lógica, se convierte en el proceso penal en una exigencia injusta e irracional, desprovista de todo fundamento juridico o moral.”⁴⁶⁸*

A ausência de cumprimento do dever de probidade é o comportamento natural esperado do ser humano na defesa de seus direitos fundamentais, por isso, não é necessário que se busque com maior afincio a sua raiz, estando, “[...] en el

⁴⁶⁷ “Portanto, em sentido estrito, a ‘honestidade processual’ estará condensada no dever, na obrigação, das partes (e de terceiros) de alcançar a certeza dos fatos, alegando-os e provando-os com veracidade e boa-fé, excluindo aqueles que não existem ou que estão distorcidos; Assim, o seu significado é reduzido em virtude da validade do princípio *iura novit curia*.” (Tradução livre do pesquisador). GOMEZ, Manuel Gomez Del Castillo y. ***El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)***. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 32.

⁴⁶⁸ “E esta exigência que, no plano civil, em virtude dos bens em debate, pode ser justa e lógica, torna-se no processo penal uma exigência injusta e irracional, desprovida de qualquer fundamento legal ou moral.” (Tradução livre do pesquisador). GOMEZ, Manuel Gomez Del Castillo y. ***El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)***. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 41.

proprio derecho natural, al considerarse contra naturam la sujección del imputado al deber u obligación de decir verdad."⁴⁶⁹

Pode-se perceber que não há como exigir probidade por parte do réu no processo penal no que toca ao seu interrogatório justamente porque o que está em jogo é a sua liberdade, o que demonstra, justifica e reforça o entendimento de que o interrogatório não é, a bem da verdade, um meio de prova, mas sim, possui natureza de meio de defesa.

O interrogatório é tão importante pela proximidade que proporciona ao réu com o seu julgador, que "[...] é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar."⁴⁷⁰

Diante do atual cenário constitucional, não restam dúvidas de que o interrogatório daquele acusado da prática de um crime ou contravenção penal possui natureza jurídica de direito de defesa.

Outra, também, não pode ser a interpretação que se empregue quanto ao interrogatório do adolescente no processo de apuração de ato infracional, não só em razão dos valores provenientes da dignidade humana, mas também pelo conteúdo do princípio da presunção de inocência que se aplica ao longo do trâmite processual. "Sendo assim, o princípio não é, via de regra, adotado somente na fase de decisão, mas é verdadeira regra de tratamento do agente, o qual, antes da condenação em definitivo não pode ser equiparado ao culpado."⁴⁷¹

Devido ao fato de não poder ser equiparado ao culpado, por ser presumidamente inocente ao longo do trâmite processual, ao adolescente, assim como ao réu no processo penal, não pode ser exigido que produza provas contra si

⁴⁶⁹ "No próprio direito natural, uma vez que a sujeição do acusado ao dever ou obrigação de dizer a verdade é considerada contra a natureza." (Tradução livre do pesquisador). GOMEZ, Manuel Gomez Del Castillo y. *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*. Barcelona: Libreria Bosch, 1979. p. 42.

⁴⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 486.

⁴⁷¹ PLACHI, Soraia Priscila; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Soraia Da Rosa. **Ativismo judicial e a presunção de inocência do adolescente infrator**—análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 122.072/2014. Revista de Direito Brasileira, v. 14, n. 6, 2016. p. 192.

mesmo ou que confesse algum ato, bem como, não será permitido que seja punido por faltar com a verdade.

Destarte, seguindo os mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito assentados na dignidade humana, o interrogatório do adolescente infrator também possui natureza jurídica de direito de defesa e não de meio de prova, o que leva à necessidade de pesquisar qual deve ser o seu momento oportuno para ser efetivado no processo judicial de apuração de ato infracional.

3.5.2 O exercício da autodefesa como último ato da instrução

*“Defenderse significa literalmente el ‘rechazo a una ofensa o agresión’ y constituye manifestación del instinto más básico de todo ser vivo, que es el de la supervivencia o autoconservación.”*⁴⁷² Diante deste postulado, a autodefesa, que consiste no direito de participação do acusado, atinge o seu ápice no momento do interrogatório, por ser a oportunidade que o réu possui de expor diretamente ao julgador a sua versão a respeito dos fatos sobre os quais está sendo acusado e contradizer as provas que foram produzidas.

Por ser presumidamente inocente, não cabe ao acusado comprovar a sua inocência, mas sim ao acusador demonstrar, sem sombra de dúvidas, a sua culpabilidade. Todavia, mesmo não tendo a obrigação de produzir provas sobre a sua inocência, tem o réu o direito de se opor e de contradizer as imputações que contra si estão sendo feitas. “O ato de ‘contradizer’ a versão afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo.”⁴⁷³

Uma das formas de contradizer a acusação com a apresentação de seus argumentos é a autodefesa e neste aspecto é que se destaca o interrogatório por ser “[...] o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar

⁴⁷² “Defender-se significa literalmente ‘rejeitar uma ofensa ou agressão’ e é uma manifestação do instinto mais básico de todo ser vivo, que é o de sobrevivência ou autopreservação.” (Tradução livre do pesquisador). PÉREZ, Álex Carocca. **Manual el nuevo sistema procesal penal chileno**. 5. ed. atual. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009. p. 56.

⁴⁷³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 431.

materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar a sua conduta.”⁴⁷⁴

No processo penal, o interrogatório está previsto no artigo 185⁴⁷⁵ do Código de Processo Penal, com a indicação de ocorrerá quando o acusado comparecer no processo, de que necessita da presença do defensor e que se dará perante a autoridade judiciária.

O texto do Código de Processo Penal, ao prever que o interrogatório ocorrerá no curso do processo, permite que possa ser realizado a qualquer momento. “Mesmo que o processo se encontre em segundo grau de jurisdição, aguardando o julgamento do recurso, será necessário a conversão do julgamento em diligência, para que o acusado seja interrogado.”⁴⁷⁶

O motivo do interrogatório poder ser realizado a qualquer momento é proporcionar ao acusado o direito de não ser julgado sem que possa apresentar a sua versão sobre os fatos de forma pessoal. Portanto, esta possibilidade precisa ser interpretada como uma forma de reforçar a importância do interrogatório como meio de defesa e não para que o julgador possa escolher o momento que ele achar o mais conveniente para realizá-lo.

Desse modo, não se pode aceitar que o direito de autodefesa se limite a somente possibilitar o interrogatório, seja de qualquer jeito e a qualquer momento. Ao contrário, como expoente do direito à autodefesa e por este decorrer da presunção de inocência, a efetividade da contraposição só será atingida se for possível ao acusado exercer este direito após o órgão acusador ter encerrado a exposição probatória.

Em outras palavras, a efetividade do interrogatório como direito de defesa só será atingida se este for realizado após a produção probatória ter se encerrado, pois, “[...] *ninguna defensa puede ser eficaz si el imputado no conoce con*

⁴⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 511.

⁴⁷⁵ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

⁴⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 533-534.

*anterioridad los hechos en que se fundamenta la acusación, a fin de oponer frente a ellos las oportunas excepciones y defensas.”*⁴⁷⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou uma gama de direitos fundamentais. A máxima eficácia destes direitos relativos ao acusado só será atingida com a garantia de que o interrogatório seja realizado após o encerramento da fase probatória, isto porque, seu valor está umbilicalmente ligado e “[...] decorreria – consoante já apontado – do princípio hermenêutico da máxima eficácia e efetividade da Constituição, que ‘implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais’.”⁴⁷⁸

Não se pode perder de vista que, “[...] em um processo penal garantista, a verdade é construída a partir de uma produção probatória, que pode ser amplamente rebatida pela defesa.”⁴⁷⁹ Apenas será possível à defesa rebater a produção probatória da acusação se for exercida após esta, o que demanda a realização do interrogatório somente após a coleta das provas.

A garantia processual conferida ao acusado de que seja ele o último a falar após a produção probatória consiste em compatibilizar o processo aos mandamentos constitucionais, adequando-o ao sistema acusatório integrante de um Estado Democrático de Direito frente ao resultado que pode ser produzido: a imposição de uma pena. “A legitimidade da aplicação da pena depende sobretudo do respeito aos preceitos elementares que constituem a espinha dorsal do processo penal: os direitos e garantias fundamentais.”⁴⁸⁰

Nota-se, frente ao que se está observando, que possibilitar o exercício da autodefesa por si só não é suficiente. É preciso que ela possa ser exercida no

⁴⁷⁷ “Nenhuma defesa pode ser eficaz se o acusado não conhecer previamente os fatos em que se baseia a acusação, para a ela se opor adequadamente.” (Tradução livre do pesquisador”. MORENO, Faustino Cordón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 1999. p. 145.

⁴⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Constituição, direitos fundamentais e processo penal: a discussão em torno da legitimidade jurídico-constitucional da realização do interrogatório do réu no início ou ao final da instrução. **Revista da AJURIS**, v. 41. n. 134, 2014. p. 333. Disponível em: <<https://meriva.pucrs.br>>. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

⁴⁷⁹ TELES, Alana dos Santos. **Da verdade real à verdade negociada**: breves apontamentos sobre a justiça negocial no Brasil. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 out 2022. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59399/da-verdade-real-verdade-negociada-breves-apontamentos-sobre-a-justia-negocial-no-brasil>>. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

⁴⁸⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 692.

momento oportuno a ser suficientemente apta a influenciar a decisão judicial que será construída com base nos elementos apresentados ao longo do processo para que haja validade substancial. “Não se tratou apenas de subordinação ao direito do próprio poder legislativo, mas também da subordinação da política a princípios e direitos estipulados nas Constituições como razão de ser de todo o artifício jurídico.”⁴⁸¹

Desse modo, só será substancialmente constitucional o processo que for regido por disposições legais que prevejam o interrogatório após a coleta das provas propiciando o alcance devido ao direito de defesa.

3.5.3 Violação do contraditório e da ampla defesa na oitiva do adolescente como primeiro ato processual

Conforme visto anteriormente, no processo penal a regra é que o interrogatório seja realizado após o encerramento da coleta de provas como forma de garantir plenamente o exercício do contraditório e da ampla defesa.

As Leis n. 11.689 e n. 11.719, ambas do ano de 2008, alteraram o Código de Processo Penal para fazer constar expressamente que no rito comum ordinário e sumário, bem como no rito dos crimes submetidos ao Tribunal do Júri, o interrogatório ocorrerá após a coleta das provas e não mais no início do processo, como era anteriormente.

A alteração legislativa objetivou promover a correspondência do rito processual aos ditames constitucionais, uma vez que a redação do Código de Processo Penal era anterior à Constituição de 1988, motivo pelo qual as Leis 11.689 e 11.719 “[...] tiveram como um de seus principais aspectos a previsão de realização do interrogatório do réu, como o último ato processual, com a sua consequente consagração como meio de defesa.”⁴⁸²

⁴⁸¹ FERRAJOLI, LUIGI. **A democracia através dos direitos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

⁴⁸² DANTAS JUNIOR, Genival Torres. Reflexões sobre o momento adequado para a oitiva da criança e do adolescente infrator sob a ótica da constituição federal e dos tratados de direitos humanos. **EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 51. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

Não há como pensar em ampla defesa de forma efetiva se não for garantido ao réu que primeiro tome conhecimento da acusação e de todas as provas que contra si forem produzidas, para, só então, exercer sua autodefesa.

Em que pese o que foi visto até o momento a respeito do processo penal e, principalmente, das diretrizes constitucionais, de forma diversa são as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, referido diploma legal define que após o oferecimento da representação pelo Ministério Público, o primeiro ato será a realização da audiência de apresentação judicial do adolescente a quem se imputa a prática do ato infracional.

Desta maneira, após o oferecimento da representação, o juiz, “[...] designa dia e hora (data) para a apresentação do adolescente, o qual deve ser regular e previamente citado, a fim de que seja ouvido/interrogado.”⁴⁸³

É na audiência de apresentação, portanto, no primeiro ato após a representação, que o adolescente será interrogado pelo juiz, sendo este o único momento previsto pela legislação de regência como o possível ao imputado para expor, pessoalmente, a sua versão sobre os fatos diretamente ao órgão julgador ao ser “[...] indagado sobre a veracidade da acusação e todas as circunstâncias que contribuam para a elucidação do fato; [...]”.⁴⁸⁴

Nota-se que, diversamente do que ocorre no processo penal, no procedimento de apuração de ato infracional, de acordo com o artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é possibilitado ao adolescente falar após a coleta da prova, o que afronta o pleno e válido exercício do contraditório e da ampla defesa. “Em nosso sentir, levando-se em consideração as alterações legislativas, esse dispositivo pode ser considerado como contrário ao princípio constitucional da ampla defesa, da isonomia e proporcionalidade ou razoabilidade, [...]”.⁴⁸⁵

⁴⁸³ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 390.

⁴⁸⁴ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006. p. 104.

⁴⁸⁵ DANTAS JUNIOR, Genival Torres. Reflexões sobre o momento adequado para a oitiva da criança e do adolescente infrator sob a ótica da constituição federal e dos tratados de direitos humanos. **EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 51. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>> Acesso em: 16 de agosto de 2023.

A realização do interrogatório já no início impede que o adolescente, ao se manifestar pessoalmente, possa trazer argumentos contrários àqueles que foram apresentados no processo em decorrência dos depoimentos da vítima e das testemunhas.

Esta prerrogativa de se manifestar após a coleta da prova é garantida pela legislação aos adultos enquanto réus no processo penal, porém, deixa de ser atendida “[...] em detrimento dos adolescentes infratores que, segundo prevê a Constituição Federal, devem ter os seus direitos fundamentais assegurados com prioridade absoluta pelo Estado, pela sociedade e pela família.”⁴⁸⁶

É pelo filtro constitucional por qual passa o processo penal que não existe a possibilidade de outra leitura que não àquela a admitir o exercício da autodefesa após a acusação já ter encerrado sua exposição probatória, sob pena de violação ao devido processo legal em um Estado Democrático de Direito que existe para a preservação e desenvolvimento dos direitos fundamentais do indivíduo. “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 [...]”⁴⁸⁷

O que se observa é que o ECA, ao estabelecer a realização do interrogatório no início do processo, acaba por ferir a natureza jurídica de direito de defesa e com isso, retira do adolescente imputado a sua condição de sujeito de direitos e a prioridade absoluta, colidindo frontalmente com a doutrina da proteção integral. “Se crianças e adolescentes passam agora a serem sujeitos de direitos, não são mais admissíveis políticas e medidas que, sob o pretexto de proteger, vulnerem ou restrinjam direitos, algo muito frequente na perspectiva tutelar e menorista.”⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ DANTAS JUNIOR, Genival Torres. Reflexões sobre o momento adequado para a oitiva da criança e do adolescente infrator sob a ótica da constituição federal e dos tratados de direitos humanos. **EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 52. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

⁴⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A garantia da defesa efetiva na apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS-Qualis A2** – Porto Alegre, v. 44, n. 142, junho, 2017, p. 278.

⁴⁸⁸ BUDÓ, Marília De Nardin. Da política social à política penal: partidos políticos e propostas de alteração do estatuto da criança e do adolescente na câmara de deputados. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, Vol. 21 – n. 1. jan-abr 2016. p. 94. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 de agosto de 2023.

Da forma como está previsto o interrogatório na legislação estatutária, “[...] ao adolescente é negado o direito de exercer a sua autodefesa, vez que a efetividade da defesa pessoal exige o deslocamento do interrogatório ao último ato da instrução processual, [...]”.⁴⁸⁹

Não há como, sob a ótica constitucional, considerar como exercido o direito de defesa se ela não foi efetiva, pois, não terá sido capaz de ter influenciado e feito parte da construção da decisão judicial. “Em síntese, na medida em que não existe suficiente defesa, vê-se que os processos acabam prejudicados em seu equilíbrio e legitimidade.”⁴⁹⁰

Configura-se, desse modo, como contrário aos ditames constitucionais garantidores do devido processo legal amparado pelo contraditório e pela ampla defesa a previsão estatutária do interrogatório ocorrer no início do processo.

3.5.3.1 Violação do princípio da intervenção mínima ao passar a oitiva do adolescente a ser o último ato do processo por inviabilizar a remissão

Um dos princípios que norteia a interpretação das normas estatutárias e, especialmente, a aplicação das medidas socioeducativas, é o princípio da intervenção mínima.

Com previsão no artigo 100, parágrafo único, VII⁴⁹¹, do Estatuto da Criança e do Adolescente, referido princípio prescreve que a intervenção estatal deve se restringir ao mínimo necessário para proteger e promover os direitos das crianças e dos adolescentes.

⁴⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A garantia da defesa efetiva na apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS-Qualis A2** – Porto Alegre, v. 44, n. 142, junho, 2017, p. 279.

⁴⁹⁰ COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil**: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 147.

⁴⁹¹ Art. 100. [...]. VII – intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção de direitos e à proteção da criança e do adolescente. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2023.

A razão de ser do princípio em voga é o fato de a medida socioeducativa representar uma intervenção na liberdade individual do adolescente, o que demanda seja a menor possível.

A aplicação de uma medida socioeducativa deve ser a exceção e não a regra. Não se pode ter como integrante do cotidiano do adolescente o seu cumprimento, pois, do contrário: “O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração.”⁴⁹²

Justamente por ser uma exceção é que a aplicação da medida socioeducativa deve se limitar minimamente a sua exata necessidade, não podendo se prolongar além do tempo devido, assim como, ser aplicada a destempo, pois, não se pode esquecer que as transformações na vida do adolescente ocorrem de forma muito veloz.

Neste aspecto a aplicação e a execução da medida socioeducativa não pode se afastar do princípio da intervenção mínima, o qual se mostra como um farol, “[...] principalmente sob o aspecto da gestão do sistema, melhoria do atendimento do adolescente e na unificação dos procedimentos, que restringem a atuação do Estado ao necessário para a realização dos objetivos da medida, [...]”.⁴⁹³

Em atenção à brevidade e à intervenção mínima, o legislador estatutário se preocupou em evitar prolongamentos desnecessários no processo de apuração do ato infracional, tanto que, instituiu um mecanismo para encurtar o prazo processual e permitir a aplicação da medida socioeducativa já no seu início, que é a já estudada remissão.

Apesar dos avanços do Estatuto da Criança e do Adolescente em relação ao ordenamento anterior, ainda restam procedimentos incompatíveis com a ordem constitucional, pois, conforme visto no tópico acima a realização do

⁴⁹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003. p. 12.

⁴⁹³ SOUZA, Douglas Lima de. A ausência de interesse de agir do Estado na apuração de atos infracionais pretéritos à conclusão de medida socioeducativa já imposta ao adolescente. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, 2019. p. 167. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/86>>. Acesso em: 1º de setembro de 2023.

interrogatório do adolescente está prevista e ocorre na audiência de apresentação como primeiro ato do processo após a representação.

Desse modo, a autodefesa do adolescente acusado da prática de um ato infracional, nos termos em que prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, está na contramão dos mandamentos constitucionais referentes ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa.

No processo penal, como regra geral, o interrogatório é o último ato, realizado somente após o fim da fase de colheita de provas, respeitando o espírito constitucional. Assim, poder-se-ia pensar que, idêntica situação poderia vir a ser aplicada no processo infracional. Contudo, como se verá, a inversão do momento do interrogatório do adolescente para o final do procedimento, por si só, não se mostra adequada.

Promover a alteração no processo de apuração de ato infracional para que o interrogatório do adolescente passe a ocorrer ao final é contrariar o princípio da intervenção mínima, assim como o da intervenção precoce. Isso porque, excluir as declarações do adolescente já no início, como primeiro ato após a representação, é tornar impossível a concessão da remissão e, sem esta não existe aplicação de medida socioeducativa como forma de extinção ou suspensão do processo infracional.

Sendo assim, o problema referente ao momento do interrogatório do adolescente no processo de apuração de ato infracional é algo que precisa ser discutido e enfrentado para que seja atingido o espírito constitucional e cumpridos os ditames da doutrina da proteção integral.

Manter o momento da autodefesa no início do processo, como está previsto atualmente, viola os mandamentos constitucionais. Todavia, deixar de realizá-la neste momento e passar o seu exercício para o final da instrução, assim como ocorre no processo penal, também viola a proteção integral, pois, desrespeitar-se-á os princípios da intervenção mínima e a intervenção precoce ao submeter o adolescente a todo o trâmite processual para aplicação de uma medida socioeducativa que poderia ter sido concedida já no início da marcha processual.

3.5.3.2 A autodefesa em dois momentos processuais e a imparcialidade do juiz

O processo de apuração de ato infracional, assim como ocorre com o processo penal destinado aos adultos, precisa ser interpretado sob a ótica constitucional para que represente o atual retrato que se espera do Estado brasileiro, qual seja, o de um Estado Democrático de Direito garantidor de direitos fundamentais. “Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros *escudos protetores* contra o (ab)uso do poder estatal.”⁴⁹⁴

Conforme visto no tópico anterior, o exercício da autodefesa, da forma com que está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, no início do processo, viola as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por sua vez, simplesmente alterar o momento em que é realizado e passar o interrogatório do adolescente para o final do processo, após a colheita de provas, afrontaria os princípios da brevidade e da intervenção mínima, pois, impediria a concessão da remissão.

Em decorrência destas situações apresentadas, a jurisprudência tem apontado pela necessidade de, mantendo-se a audiência de apresentação no início do processo, permitir o exercício da autodefesa novamente ao final, após a oitiva da vítima e das testemunhas, ou seja, fixar dois momentos para a realização do interrogatório, conforme se extrai do entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto no julgamento do *Habeas Corpus* 769197⁴⁹⁵, segundo o qual não há nulidade

⁴⁹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 63.

⁴⁹⁵ 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.

na realização do interrogatório do adolescente como primeiro ato, entretanto, por não ser possível tratamento mais gravoso do que o dispensado aos adultos, deve ser ouvido novamente após a instrução probatória.

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. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 769197**. Terceira Seção. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, 14 de junho de 2023. DJe 21.06.2023. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 4 de setembro de 2023.

De acordo com o entendimento jurisprudencial citado há que se possibilitar dois momentos para a realização da oitiva do adolescente: o primeiro na audiência de apresentação, antes da colheita das provas, assim como está disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e o segundo, após a instrução probatória, como último ato antes da sentença.

Apesar de parecer ser a melhor solução para o adolescente, a sua oitiva em dois momentos processuais diversos pode lhe trazer sérios prejuízos devido àquilo que se busca em cada uma destas fases processuais e por serem as declarações prestadas perante o mesmo juiz.

A remissão judicial é um benefício ao adolescente, pois, suspenderá ou extinguirá o processo já no seu nascedouro, livrando-o das agonias da condição de processado, além de não configurar mácula em seus registros pessoais e garantir que não receberá como retribuição, pelo ato infracional do qual acusado, uma medida socioeducativa que precise ser cumprida em meio fechado.

Desse modo, caso assim entendido pelo adolescente e por seu responsável, com a assistência do advogado que lhe acompanha, a audiência de apresentação será o momento para o adolescente contar ao juiz sobre a sua participação no ato infracional e as circunstâncias em que o fato ocorreu, inclusive, mostrando-se arrependido, pois, na ausência de critérios objetivos, serão estes elementos subjetivos que irão pautar a decisão que irá ou não conceder a remissão.

No intuito de obter a remissão, pode ser estratégico pela defesa do adolescente e crucial que ele confesse a prática do ato e a forma de sua participação. Contudo, nada garante que o juiz irá conceder a remissão, mesmo após a confissão.

Não sendo concedida a remissão, após a instrução probatória e ao final do processo, ao ser ouvido novamente pelo mesmo juiz, considerando que o momento processual é outro e o objetivo da defesa também é, pois agora o que se pretende é a absolvição ou obtenção da menor medida sancionatória ao adolescente, pode ser o caso dele negar a prática do ato infracional, calar-se ou mesmo declarar fatos da forma com que melhor atendam aos seus interesses.

Neste momento surge questão intransponível referente à imparcialidade e à influência da primeira confissão do adolescente sobre o livre convencimento do juiz. “A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas ‘ter um juiz’, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição.”⁴⁹⁶

A imparcialidade se apresenta em suas vertentes subjetiva e objetiva. De acordo com a primeira delas, “[...] entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’.”⁴⁹⁷ Por sua vez, “[...] a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade.”⁴⁹⁸

Tratar de imparcialidade é tratar da confiança a ser depositada sobre o órgão julgador quanto a sua isenção na apreciação da causa sem prévias tendências para quaisquer dos lados. A confiabilidade se torna intransponível à imparcialidade. “Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade).”⁴⁹⁹

Ainda que não possa o juiz julgar procedente a representação unicamente com base na confissão do adolescente prestada na audiência de apresentação, é indiscutível que seu contato prévio com as declarações de reconhecimento da prática do fato pelo adolescente influenciará o seu julgamento e de nada, ou muito pouco, valerá propiciar um novo momento para o exercício da autodefesa, oportunidade em que o representado poderá negar os fatos já anteriormente confessados, calar ou alterar a verdade em seu favor.

O contato com a primeira confissão já terá produzido repercussões sobre a convicção do julgador e estes efeitos resultantes do contato prévio, naturalmente, não poderão mais serem apagados, assim como ocorre quando o juiz participa da investigação. “A partir do momento em que o juiz formou sua convicção sobre a culpa

⁴⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 64.

⁴⁹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 71.

⁴⁹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 71.

⁴⁹⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 71.

do acusado, tendo como base elementos produzidos unilateralmente pela polícia ou pela acusação, reverter tal cenário é uma tarefa extremamente difícil ou inviável.”⁵⁰⁰

Este contato prévio, conforme pode ser extraído do voto do ex-Ministro Cezar Peluso no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *Habeas Corpus* 94641/BA⁵⁰¹ é inadmissível por violar a imparcialidade objetiva do magistrado retirando dele a isenção necessária para a construção da decisão judicial.

O prejuízo para a defesa do adolescente ao ser interrogado em dois momentos, nos quais seus objetivos são distintos (pois no primeiro ele busca pela remissão e no segundo pela absolvição), pelo mesmo juiz, “[...] desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita ‘razão’.”⁵⁰²

3.6 DEFESA TÉCNICA E SEU PRAZO DE OFERECIMENTO

Após a análise da autodefesa, da forma como prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, em relação aos ditames constitucionais, chega o momento de verificar alguns dos aspectos da defesa técnica relativos ao processo de apuração de ato infracional

⁵⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 533-534.

⁵⁰¹ “Em acréscimo a esses fundamentos, o Min. Cezar Peluso, em voto-vista, concluiu que, na espécie, pelo conteúdo da decisão do juiz, restara evidenciado que ele teria sido influenciado pelos elementos coligidos na investigação preliminar. Dessa forma, considerou que teria ocorrido hipótese de ruptura da denominada imparcialidade objetiva do magistrado, cuja falta, incapacita-o, de todo, para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida. Esclareceu que a imparcialidade denomina-se objetiva, uma vez que não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Assim, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 94641**. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Informativo STF n. 528. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm>>. Acesso em: 4 de setembro de 2023.

⁵⁰² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 75.

Ao iniciar este tema é de relevo lembrar que a defesa não se apresenta tão somente como uma etapa formal para cancelar a punição a ser imposta pelo Estado, mas tem a função de ser uma peça indispensável na engrenagem do devido processo legal, a lado da acusação, a possibilitar a construção de elementos a serem usados na formação do convencimento motivado do órgão julgador, o que se verifica da lição Christian Norberto Hernández Aguirre ao explicar que:

*Por lo que se puede decir que el derecho de defenderse es aquél que tiene el procesado para oponerse a la acusación. El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la misma del proceso penal con estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida Administración de justicia dentro del Estado de Derecho.*⁵⁰³

Para que a defesa atinja o objetivo de ser capaz de trazer elementos valorativos para o processo, nada deixando a desejar em relação ao trabalho desempenhado pela acusação, é preciso de um profissional qualificado para exercê-la. É o defensor que traz o conhecimento técnico à atividade defensiva.

Pode-se afirmar que a defesa terá o condão de ser efetiva na medida em que for desempenhada de forma técnica. “A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como *advogado de defesa, defensor* ou simplesmente *advogado*.”⁵⁰⁴

Assim sendo, lado a lado com a autodefesa que é exercida pelo próprio acusado, faz-se necessário uma outra pessoa a auxiliá-lo na atividade defensiva para desempenhá-la tecnicamente. “A defesa técnica é aquela realizada pelo procurador do acusado, o advogado, o profissional dotado de capacidade técnica para a elaboração de uma defesa adequada.”⁵⁰⁵

⁵⁰³ “Portanto, pode-se dizer que o direito de se defender é aquele que o acusado tem para se opor à acusação. O conceito de defesa, juntamente com as noções de ação e jurisdição, são os três pilares básicos sobre os quais se assenta o processo penal como estrutura normativa destinada a harmonizar a intenção punitiva do Estado, a liberdade individual e as exigências de uma administração correta e válida da Justiça dentro do estado de direito.” (Tradução livre do pesquisador). AGUIRRE, Christian Norberto Hernández. *El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio. Ciencia Jurídica*. Universidad Autónoma de Baja California México. Vol. 2, Núm. 4. 2013. p. 28. Disponível em: <<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/37>>. Acesso em: 4 de setembro de 2023.

⁵⁰⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 112.

⁵⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C –**

Do mesmo modo em que ocorre no processo penal, no processo judicial de apuração de ato infracional é prevista a necessidade de defesa técnica, com disposição expressa no artigo 207⁵⁰⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente ao prever que nenhum adolescente será processado sem que possua defensor.

Nem poderia ser diferente o entendimento, pois, o adolescente é sujeito de direitos tal qual a pessoa adulta e por este motivo não poderia estar amparado por menos direitos do que os dispostos a todos os demais indivíduos acusados da prática de um ato ilícito de natureza eminentemente criminal. “Ora, se o adolescente está sujeito ao devido processo legal, faz-se indiscutível seu direito à defesa técnica por advogado.”⁵⁰⁷

A garantia da defesa técnica ao adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional vai ao encontro do que preconiza a doutrina da proteção integral, uma vez que não pode ser dispensado ao sujeito ainda em formação menores condições de defesa do que se disponibiliza ao adulto no processo penal, o qual tem por assegurada a defesa técnica para fazer frente ao poderio técnico acusatório. “Quando se trata da atribuição de atos infracionais, o advogado assegura igualdade na relação processual, desde a fase administrativa até a judicial, se houver.”⁵⁰⁸

Além da fase administrativa e da etapa judicial de conhecimento, a defesa técnica precisa estar presente durante a execução da medida socioeducativa para o fim de o adolescente se certificar do cumprimento das condições impostas, “[...] acompanhando a execução de eventual medida socioeducativa aplicada, bem como se manifestará, técnica e fundamentadamente, sobre pedidos de manutenção, progressão, regressão substituição e extinção da medida socioeducativa.”⁵⁰⁹

Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010. p. 35.

⁵⁰⁶ Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

⁵⁰⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 71.

⁵⁰⁸ KOUKAK, Everton; KOUKAK, Kelen; WOLOCHN, Regina Fátima. Defesa técnica por advogado e ato infracional: Análise no centro de socioeducação da região de Ponta Grossa. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, [S. l.], v. 28, 2019. p. 7. Disponível em: <<https://revistas.uepg.br/index.php/sociais/article/view/13692>>. Acesso em: 6 de setembro de 2023.

⁵⁰⁹ KOUKAK, Everton; KOUKAK, Kelen; WOLOCHN, Regina Fátima. Defesa técnica por advogado e ato infracional: Análise no centro de socioeducação da região de Ponta Grossa. **Publicatio UEPG:**

Em que pese o que restou verificado a respeito da doutrina da proteção integral e do tratamento privilegiado a ser dispensado por conta dos ditames constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto legislação que regulamenta o processo de apuração de ato infracional, excepciona a assistência de advogado na audiência de apresentação judicial nos casos envolvendo fatos que não possam ensejar a aplicação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, conforme se verifica do artigo 186, § 2º⁵¹⁰, da Lei n. 8.069 de 1990.

O dispositivo legal mencionado não pode passar despercebido sem que seja criticado na medida em que excepciona a defesa técnica na audiência de apresentação, ou seja, no interrogatório do adolescente, nos casos que não tenham o potencial de resultar em medidas socioeducativas a serem cumpridas em meio fechado, como se as demais medidas, ainda que em meio aberto, não fossem suficientemente aptas a interferir na vida cotidiana do adolescente e limitar de certa forma seus direitos.

A previsão legal da nomeação de defensor para acompanhar o adolescente na audiência de apresentação judicial somente nos casos em que puder resultar na aplicação de medida a ser cumprida em meio fechado não pode ser vista com normalidade por violar as regras do devido processo legal. Em qualquer hipótese: “[...] não há possibilidade de ouvida do adolescente em juízo, no interrogatório previsto no *caput* do art. 186, sob pena de nulidade do ato, por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sem a presença de defensor.”⁵¹¹

Excepcionar a presença de advogado na audiência de apresentação judicial aos casos de ato infracional grave que possa ensejar medida de internação ou semiliberdade, além de contrariar os fundamentos da ampla defesa e do contraditório,

Ciências Sociais Aplicadas, [S. l.], v. 28, 2019. p. 7. Disponível em: <<https://revistas.uepg.br/index.php/sociais/article/view/13692>>. Acesso em: 6 de setembro de 2023.

⁵¹⁰ Art. 186, § 2º. Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou 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. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2023.

⁵¹¹ SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999. p. 71-72.

coloca o adolescente em situação de menor proteção relativamente ao adulto que tenha cometido ato semelhante.

Aceitar como correta a redação do artigo 186 do ECA, ao que parece não significa adotar a interpretação constitucional isonômica mais adequada, porque: “No que pese os termos empregados pelo constituinte estarem visivelmente apontados para o sistema penal de adultos, não há o que se questionar quanto à sua aplicabilidade ao universo dos adolescentes autores de ato infracional [...]”.⁵¹²

Mesmo que haja a busca por garantias diversas daquelas asseguradas aos acusados da prática de infração penal, até mais condizentes com fato de serem voltadas para pessoas em desenvolvimento, não se mostra adequado que os adolescentes as possuam em grau de inferioridade em relação aos adultos, dada a especial proteção constitucional de que são, ao lado das crianças, portadores. “O que não é lógico, nem muito menos digno das posturas garantistas, é voltar as costas às garantias penais no afã de – um dia, quem sabe – afirmar outras.”⁵¹³

Encerrada a audiência de apresentação, na qual é realizado o interrogatório do adolescente, inicia-se o prazo para o oferecimento da defesa escrita, o qual será de três dias, conforme previsto no § 3º⁵¹⁴ do artigo 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Procedida a verificação sobre a defesa técnica no processo judicial de apuração de ato infracional, resta averiguar se o prazo de três dias para a sua apresentação possui alguma correspondência com o prazo que dispõe o Ministério Público para o oferecimento da representação, garantindo, desta forma, a paridade

⁵¹² HAMOY, Ana Celina Bentes (org). **Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social**. Belém: CEDECA-EMAUS, 2007. p. 65. Disponível em: <<https://www.academia.edu/download/31217530/431259609ANCEDAporacaodeAtoInfracional.pdf#page=25>>. Acesso em: 6 de setembro de 2023.

⁵¹³ BUSATO, Paulo César; MENDES, Silvia de Freitas. Prescrição e ato infracional: um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 13, n. 1, 2009. p. 73. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1228>>. Acesso em: 7 de setembro de 2023.

⁵¹⁴ Art. 186. §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. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2023.

de armas e a isonomia entre a acusação e a defesa do adolescente acusado da prática de um ato infracional.

3.6.1 A ausência de prazo para a acusação e o desrespeito à paridade de armas

Tratar da paridade de armas é debater a igualdade das partes no processo, situação que deriva do devido processo legal e é fundamental para o estabelecimento do contraditório e para a manutenção da atual idealização de Estado Constitucional. “Estado Constitucional é Estado em que há *juridicidade e segurança jurídica*. A *juridicidade* – todos *abaixo* do direito – remete à *justiça*, que por seu turno remonta à *igualdade*.”⁵¹⁵

Sendo o processo um método de solução de conflitos, as partes só devem se sujeitar aos seus regramentos se for a elas dispensado igual tratamento e oportunidades. “Há uma estreita relação entre as garantias da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes. O juiz imparcial é aquele que trata as partes de forma igualitária.”⁵¹⁶

Ao cumprir o princípio da igualdade e concretizar a ideia de Estado Constitucional, o tratamento isonômico não deve ser observado somente pelo órgão julgador, mas também na etapa antecedente, pelo legislador quando da elaboração da Lei, de forma a não prever situações díspares aos litigantes no processo, criando “[...] situações de desigualdades em confronto concreto com outras, que lhes sejam iguais, como o dispositivo que trata de forma desigual a entes que devam litigar em igualdade de condições.”⁵¹⁷

O tratamento igualitário, portanto, não pode ser assegurado exclusivamente pelo juiz ao longo da marcha processual, mas também pelo legislador ao prever os direitos e deveres de cada um no processo. “Também o legislador, ao

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 886.

⁵¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 69.

⁵¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 219.

disciplinar os institutos processuais, deve fazê-lo de modo a garantir a isonomia de partes na dinâmica processual.”⁵¹⁸

Tratar de isonomia enquanto regra para justificar que o Estado seja o terceiro imparcial a solucionar os conflitos é pensar na observação do princípio da igualdade entre as partes como presente em todos os processos, das mais diversas áreas, para que sejam considerados constitucionais. “Portanto, não só o processo penal, bem como todo ramo do direito deve estar em plena consonância com os ditames constitucionais, sob pena de exorbitar-se do plano da constitucionalidade.”⁵¹⁹

Dessa maneira, o processo de apuração judicial de ato infracional também necessita estar em consonância com os ditames constitucionais, o que obriga a previsão legislativa de iguais condições para a acusação e para a defesa, perfazendo-se na paridade de armas.

Nota-se, entretanto que, apesar do Direito da Criança e do Adolescente ser balizado pela doutrina da proteção integral, não se pode falar em paridade de armas quando o assunto é o ato infracional. Tal afirmação decorre da análise do prazo que dispõe o advogado ou o defensor público para o oferecimento de defesa prévia em cotejo com aquele para o oferecimento da representação.

Conforme já salientado, o prazo para o oferecimento da defesa prévia é de três dias contados a partir da audiência de apresentação. Olhando para o lado oposto, ou seja, para a acusação, o que se enxerga é que não há qualquer prazo fixado para o oferecimento da representação.

Desse modo, o legislador não tratou de modo equivalente a acusação e a defesa no processo judicial de apuração de ato infracional, pois, em que pese o Ministério Público tenha todo o prazo que entenda necessário para elaboração da representação, a mesma situação não foi prevista para a defesa, a qual dispõe de

⁵¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 69.

⁵¹⁹ NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Jeferson Lopes; LIMA, Rafael Catani. Da dissonância do sistema processual, da (im) parcialidade do juízo e da utópica paridade de armas no processo penal brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 6, n. 1, 2020. p. 108. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/17191>>. Acesso em: 8 de setembro de 2023.

exíguos três dias para apresentação da defesa técnica acompanhada do rol de testemunhas, o que acarreta a violação ao princípio constitucional da isonomia.

3.7 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E A CONFIRMAÇÃO DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA

A definição do que vem a ser duplo grau de jurisdição pode ser extraída da obra de diversos constitucionalistas, mas, nenhuma expressa com maior propriedade o espírito que se busca no presente trabalho do que a exposta por Canotilho, que de forma sucinta explica:

Por duplo grau de jurisdição (cfr. supra) entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de se obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior ("instância de segundo grau"). No entanto, a existência de um duplo grau impõe-se em matéria penal (CRP, artigo 32.º/1) como exigência constitucional ineliminável da garantia dos cidadãos.⁵²⁰

Tendo como viga mestra a definição do constitucionalista português, pode-se dizer, de outro modo, que: "Ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um *duplo exame de mérito* por dois órgãos distintos do Poder Judiciário."⁵²¹

Ao tratar da questão em nível nacional, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil não trouxe expressamente a previsão do duplo grau de jurisdição, contudo, referida situação não acarreta maiores discussões, pois, em matéria penal a questão está prevista de forma supranacional. "É que a Convenção Interamericana de Direitos do Homem prevê expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição no processo penal, [...]."⁵²²

⁵²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003. p. 667.

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJus, 2022. p. 932.

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJus, 2022. p. 933.

Ainda que o duplo grau de jurisdição não esteja expresso na atual Constituição brasileira, nota-se que o Poder Judiciário nacional é estruturado em escala hierárquica de órgãos com a função do de mais alto grau rever as decisões dos demais, motivo pelo qual, “[...] tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito.”⁵²³

“Desta feita, podemos incluir o direito ao duplo grau de jurisdição no conceito de *due process of law* que se traduz em um grande feixe de garantia, ínsitas a um Estado Democrático de Direito.”⁵²⁴ Como parte integrante do devido processo legal, o direito ao duplo grau de jurisdição pode ser entendido como uma forma de continuação da contestação apresentada para um órgão jurisdicional de grau superior ao que até então analisou o caso, sendo, “[...] sem dúvida, princípio básico no processo penal.”⁵²⁵

Ao trazer o assunto para um nível prático, o duplo grau de jurisdição pode ser percebido por meio de sua concretização através do instituto jurídico do recurso, o qual, com o perdão da simplicidade, apresenta-se como o ato processual “[...] apto a ensejar a reforma, a cassação, a integração ou o esclarecimento de decisão jurisdicional, pelo próprio julgador ou por tribunal *ad quem*, dentro do mesmo processo em que foi proferido o pronunciamento causador do inconformismo.”⁵²⁶

No âmbito processual penal, conforme resta delineado no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal⁵²⁷, o instrumento apto a impugnar a sentença penal condenatória proferida pelo juízo de primeiro grau é o recurso de apelação.

O recurso de apelação possui duplo efeito. O primeiro deles é o efeito devolutivo, o qual possui a característica da devolução da matéria julgada ao órgão superior para a análise do caso concreto. Já o segundo efeito é chamado de

⁵²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 88.

⁵²⁴ DELMANTO JR., Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. p. 745-746.

⁵²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. 3. Tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 98.

⁵²⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Recursos constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*. p. 19-20.

⁵²⁷ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I – das decisões definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

suspensivo, que por sua vez impede que os resultados da condenação que recaem sobre o condenado sejam exercidos enquanto o recurso não for julgado e não houver a imutabilidade com o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O efeito suspensivo, que se torna objeto de interesse neste momento em razão de suas consequências para a execução da condenação, é entendido pela doutrina como um “[...] obstáculo legal a que a sentença proferida possa surtir todos os seus efeitos antes do trânsito em julgado. Tal efeito determina a impossibilidade de executar-se a resolução judicial recorrida.”⁵²⁸

Em virtude das consequências da condenação criminal relacionadas aos direitos fundamentais e nunca perdendo de vista a presunção de inocência como guia: “Como regra, os recursos proferidos contra a sentença penal condenatória devem ter efeito suspensivo, assegurando-se ao réu o direito de recorrer em liberdade e assim permanecer até o trânsito em julgado.”⁵²⁹

Sendo assim, caso o réu condenado por sentença em juízo de primeiro grau tenha respondido ao processo preso e ofereça recurso, ele não poderá ser mantido custodiado tão somente pelo fato da condenação, dado o efeito suspensivo do recurso de apelação.

A custódia só será mantida se estiverem presentes os motivos ensejadores da prisão cautelar, em alguma de suas modalidades, os quais deverão ser devidamente fundamentados pelo juízo de primeiro grau ao proferir a sentença condenatória, conforme determina o artigo 387, § 1º⁵³⁰, do Código de Processo Penal.

Seguindo a matriz constitucional, a necessidade de fundamentação da decisão que decreta ou mantém a prisão cautelar quando proferida sentença penal condenatória decorre da presunção de inocência que perdura até o trânsito em julgado. “Desse modo, toda sentença de primeira instância que não trouxer motivação

⁵²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1089.

⁵²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 1089.

⁵³⁰ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...]; §1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

contemporânea e cautelar para a manutenção da prisão está em desacordo com a Constituição.”⁵³¹

De modo diverso, contudo, é o que ocorre no processo de apuração de ato infracional quando o adolescente está internado provisoriamente e é proferida sentença que julga procedente a representação e impõe como medida socioeducativa a internação.

Neste caso, mesmo que se utilize do recurso de apelação contra a sentença, ainda assim o adolescente será mantido internado, em dissonância com os efeitos recursais atinentes aos adultos no processo penal.

A questão recursal na área da infância e juventude é tratada pelo artigo 198⁵³² do Estatuto da Criança e do Adolescente e, de modo diverso do que se poderia pensar, não são os ditames do processo penal que serão aplicados, mas sim, adota-se o sistema recursal do processo civil.

O processo civil não possui como resultado, com exceção da dívida civil por alimentos, a restrição ou limitação da liberdade, o que o diferencia sobremaneira do processo penal.

Já o processo de apuração de ato infracional, em decorrência de suas consequências, dada a natureza jurídica da medida socioeducativa, não pode ser assemelhado ao processo civil que visa a composição da demanda, motivo pelo qual “[...] o Estatuto descuida dos direitos e garantias individuais do adolescente infrator, quando escolhe o Código de Processo Civil como orientador do sistema recursal relativamente a prática do ato infracional [...]”.⁵³³

⁵³¹ WEDY, Miguel Tedesco; VILELA, Augusto Tarradt. A prisão na sentença e a prevalência do art. 387, § 1º, do CPP. **Boletim IBCCRIM**. v. 31. n. 370, setembro/2023. p. 16. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/680>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

⁵³² Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil, com as seguintes adaptações: [...]). BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 19 de novembro de 2023.

⁵³³ OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. **O estatuto da criança e do adolescente e o sistema recursal no processo para apuração de infração penal: um processo garantista?** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca>

As críticas referentes a utilização do Código de Processo Civil como orientador do sistema recursal ganham maior relevo no processo de apuração de ato infracional quando envolvem casos em que restou aplicada a medida socioeducativa de internação e o adolescente, ao receber a sentença condenatória, já estava em cumprimento da medida aplicada de forma provisória.

Isto porque, diversamente do que ocorre com o adulto no processo penal, o qual só será mantido preso após a sentença condenatória se estiverem presentes os requisitos para a custódia cautelar e desde que haja fundamentação idônea a respeito, o adolescente, internado provisoriamente, ao receber a sentença que lhe aplica a medida socioeducativa de internação, mesmo recorrendo, obrigatoriamente privado da liberdade permanecerá, independentemente de fundamentação a este respeito.

Referida situação ocorre uma vez que a sentença que aplicar a medida socioeducativa de internação estará, nos moldes do processo civil, apenas confirmando a antecipação da tutela anteriormente concedida (internação provisória) e o recurso, deste modo, seguindo as disposições processuais civis, não terá efeito suspensivo.

A conjuntura posta da manutenção da internação como um efeito da condenação e não como uma medida cautelar não se coaduna com a propalada proteção integral da qual são titulares crianças e adolescentes, visto que, no ponto, possuem menos garantias do que os adultos em caso semelhante, com o que não se pode concordar. “Ademais, além de todas as garantias previstas para os cidadãos adultos, devem ser reconhecidas garantias ‘extras’ aos adolescentes. Isto é, aquelas destinadas especificamente ao ramo da justiça infantojuvenil, [...]”⁵³⁴

/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_74.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

⁵³⁴ SANTOS, Mariane Mauss dos; COSTA, Ana Paula Motta. O procedimento de responsabilização de adolescentes pela prática de ato infracional: a incoerência da instrumentalização cível na fase recursal e a necessidade do reconhecimento de um direito penal juvenil. In: **Congresso Nacional do CONPEDI (26.: 2017: São Luís, MA). Direito penal, processo penal e constituição II. Florianópolis: CONPEDI, 2016. 2017. p. 45. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/201406/001059717.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.**

Resta verificado, portanto, que a presunção de inocência, ante as regras do sistema recursal previstas no Código de Processo Civil, deixa de ser observada neste ponto na seara da Justiça da Infância e Adolescência, em que pese a natureza jurídica punitiva da medida socioeducativa.

3.8 JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCEDIMENTO DE ATO INFRACIONAL

As garantias constitucionais precisam estar presentes e serem devidamente respeitadas ao longo do trâmite processual. É função do juiz realizar a observância de seus cumprimentos.

A função judicial é exaltada por Francesco Carnelutti, segundo o qual: “No topo de escada está o juiz. Não há um mister mais alto que o seu nem uma mais imponente dignidade. Ele é colocado na Corte, sobre a cátedra; e merece esta superioridade.”⁵³⁵

Dentre as atividades judiciais, tem-se como de extrema relevância aquela consistente em dar efetividade e, especialmente, zelar pelo respeito aos direitos fundamentais. É em decorrência deste mister de zelador da observância das garantias individuais que o Poder Judiciário goza de suas prerrogativas indeclináveis. “Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição.”⁵³⁶

Assim sendo, a segurança de se ter a aplicação dos ditames constitucionais no processo depende da atividade judicial de garantidor de direitos.

Este encargo de salvaguarda dos direitos fundamentais no processo não é obtido através de julgamentos morais ou políticos, mas sim, estritamente jurídicos. “Os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões

⁵³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 31.

⁵³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 140.

segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis mesmo se em contraste com tais convicções.”⁵³⁷

Por isso é que: “Nesse contexto, a função do juiz é atuar como *garantidor* dos direitos do acusado no processo penal.”⁵³⁸

Para o correto desempenho desta incumbência relacionada à proteção dos direitos fundamentais no curso processual é indispensável que o juiz seja imparcial. “A imparcialidade do órgão jurisdicional é um ‘princípio supremo do processo’ e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e final julgamento da pretensão acusatória e do caso penal.”⁵³⁹

O correto desempenho da atividade judicial não está no compromisso com o exercício do poder punitivo estatal, mas na observância do respeito aos direitos constitucionais daquele que é acusado de um ilícito penal para que a eventual punição que possa decorrer como resultado do processo seja legítima, assim como é apresentado por Eduardo Gallardo Frías ao informar, quanto a necessidade da imparcialidade que:

*En esta materia es importante enfatizar que mero ejercicio de la persecución penal envuelve una afectación de derechos fundamentales cuya legitimidad se sustenta en el respeto a los límites constitucionales. Y eso exige la figura institucional de un juez imparcial que no tenga ningún compromiso con el éxito de la investigación. Por lo mismo, es siempre bueno recordar que la función garantista de la jurisdicción no constituye una fuente de “impunidad” como suele repetirse desde el populismo penal. Por el contrario, la función cautelar y garantista mas bien cumple una función legitimadora del ius puniendi estatal.*⁵⁴⁰

⁵³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 741.

⁵³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 141.

⁵³⁹ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, set.-dez. 2016. p. 57. Disponível em: <https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11254/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_Jurisdicao_Penal_Imparcial_Reflexoes_a_Partir_da_Teoria_da.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

⁵⁴⁰ “Nesta matéria, importa sublinhar que o mero exercício da persecução penal implica uma violação de direitos fundamentais cuja legitimidade assenta no respeito pelos limites constitucionais. E isso exige a figura institucional de um juiz imparcial e que não tenha compromisso com o sucesso da investigação. Por esta razão, é sempre bom lembrar que a função de garantia da jurisdição não constitui uma fonte de ‘impunidade’ como muitas vezes se repete no populismo penal. Pelo contrário, a função preventiva e de garantia cumpre antes uma função legitimadora do estado *ius puniendi*.” (Tradução livre do pesquisador). FRÍAS, Eduardo Gallardo. La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía. **Boletim IDCCRIM**. v. 28, n. 330, 2020. p. 9. Disponível em:

Diante desta função, como exigência constitucional para o devido processo legal, a ser desempenhada pelo juiz, surgiu no cenário nacional o que se denominou de juiz das garantias.

A intenção do presente trabalho não é fazer uma análise profunda deste tema, mas apenas pincelar as características do juiz das garantias para verificar se a sua aplicação pode ser pertinente ao processo de apuração de ato infracional.

Tomando por base referida premissa e considerando as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964 de 2019, chamada de “Pacote Anticrime” é possível dizer que a atividade do juiz das garantias se limita aos atos anteriores ao curso processual, consistindo na observância das garantias constitucionais do suspeito na fase de investigação desenvolvida pelos órgãos com poder investigatório, além de: “[...] na deliberação sobre prisões cautelares, bem como, de modo mais elastecido, teria a incumbência de proferir decisão de recebimento da denúncia ou queixa, em caso de seu oferecimento.”⁵⁴¹

O funcionamento do juiz das garantias exige a presença de dois juízes, sendo um deles para atuar na fase de investigação e o outro para a fase processual. “O primeiro intervém – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para o outro juiz que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com a máxima originalidade cognitiva.”⁵⁴²

A existência de dois juízes, um para a fase de investigação e outro para a etapa processual, além de seguir um modelo acusatório e evitar a figura do juiz inquisidor, visa impedir a contaminação do juiz, na fase processual, com os elementos que foram produzidos durante o inquérito, garantindo ao julgador o contato apenas com as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/516>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

⁵⁴¹ OLIVEIRA, Felipe Braga de. Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 6, n. 1, 2020. p. 157-158. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d424/691a1845e923fe6e29d7d196cf5ded19733a.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

⁵⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 141-142.

Ao contrário do modelo denominado por juiz das garantias, ou seja, o desempenho pelo mesmo juiz das suas funções tanto na fase inicial de investigação quanto na etapa processual instrutória, fere o princípio da imparcialidade na medida em que, “[...] ainda que não atue como instrutor, inegavelmente tem comprometida a sua *imparcialidade objetiva*, entendida como aquela *que deriva não da relação do juiz com as partes, mas, sim, de sua relação com o objeto do processo*.”⁵⁴³

No processo penal, portanto, a participação no juiz na fase de investigação pode levar a sua contaminação com os elementos produzidos e influenciar o seu julgamento de mérito quando da instrução probatória ao analisar as provas produzidas ao longo do trâmite processual.

Já no processo de apuração de ato infracional o problema também ocorre, contudo, é acentuado quando se renova o interrogatório do adolescente ao final da instrução, mantendo-o ainda, como primeiro ato após a representação.

Ao ser ouvido após a representação, já na audiência de apresentação judicial, o objetivo do adolescente ao prestar suas declarações ao juiz é obter a remissão, o que, dada a falta de condições objetivas para sua concessão, pode levá-lo a confessar o ato, bem como confirmar a sua maior ou menor participação e as circunstâncias que o fizeram praticá-lo ou em que este ocorreu.

Apesar de eventual confissão, o juiz não é obrigado a conceder a remissão, hipótese em que, após a instrução processual, pode não ser mais do interesse do adolescente a confissão, pois, neste segundo momento, a sua autodefesa buscará pela absolvição. Contudo, o mesmo juiz que ouviu a sua confissão na audiência de apresentação irá ouvir a sua negativa ou presenciá-la o seu silêncio após a instrução.

Inegavelmente o juiz que participou da audiência de apresentação estará influenciado pela confissão e já terá elaborado um pré-julgamento, pouco ou de nada

⁵⁴³ LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, set.-dez. 2016. p. 63-64. Disponível em: <https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11254/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_Jurisdicao_Penal_Imparcial_Reflexoes_a_Partir_da_Teoria_da.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

servindo o interrogatório com a negativa do adolescente em um segundo momento. “Quando se leva em consideração a condição humana do julgador, fica evidente que o discurso da neutralidade não se sustenta, já que o juiz está sujeito ao contexto em que vive. [...] Defender o oposto é ignorar a subjetividade humana.”⁵⁴⁴

A instituição do juiz das garantias poderia ser a solução para o problema da autodefesa que afeta o processo de apuração de ato infracional, com um juiz disponível para a fase de investigação e coleta de elementos de prova, a realização da audiência de apresentação, interrogatório do adolescente e concessão ou não da remissão.

Não sendo o caso de suspensão ou extinção do processo por conta da remissão, outro juiz passaria a conduzir a fase de instrução processual, realizando, nos moldes do processo penal, ao final da instrução, o interrogatório do adolescente, hipótese em que restaria assegurado o seu desconhecimento a respeito das declarações prestadas pelo acusado no primeiro interrogatório e a sua imparcialidade objetiva.

Novamente, entretanto, em prejuízo aos direitos dos adolescentes, houve tão só a reforma do Código de Processo Penal com a introdução do juiz das garantias no artigo 3º-B⁵⁴⁵, visando assegurar ao acusado, no processo penal, as garantias constitucionais, contudo, nada parecido foi previsto para o processo de apuração de ato infracional, em que pese a regência da proteção integral.

3.9 A CONDIÇÃO DE PROCESSADO E A ESTIGMATIZAÇÃO DO ADOLESCENTE

⁵⁴⁴ COSTA, Cristiane Osternack. A contaminação (in)consciente do julgador pela investigação criminal. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. v. 27, n. 11, 2011. p. 49. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/209>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

⁵⁴⁵ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]. BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

No processo de apuração de ato infracional há um adolescente acusado da prática de um ato que por definição legal é considerado um crime ou uma contravenção penal, recebendo um rótulo diferente apenas pela questão da sua idade, o que pouco ou nada altera a percepção social.

Além dos efeitos externos, a condição de acusado da prática de um ato de natureza criminal e toda a sua ritualística alavancam sentimentos interiores de inferioridade naqueles que estão sendo processados relativamente ao seu julgador e seus pares. “Aqueles, dir-se-ia, sobre o nível dos homens; este, em baixo, preso na jaula, como um animal perigoso. Sozinho, pequeno, embora grande de estatura; perdido, ainda que procurasse ser desembaraçado, pobre, carente, necessitado...”⁵⁴⁶

Não se pode negar, frente aos olhos da sociedade, que “[...] o processo penal representa, em termos práticos na vida de um ser humano, uma pena.”⁵⁴⁷

A afirmação acima decorre do peso que o processo possui na vida da pessoa que está sendo processada, uma vez que: “Ele se materializa em verdadeiro sofrimento na vida daquele que está sendo acusado em termos de estigmatização e de penas processuais: [...]”⁵⁴⁸

A exposição do indivíduo ao processo acarreta, por si só, a vivência e o sofrimento de danos que independem da existência da condenação, uma vez que condenado já está, conforme relatado por Francesco Carnelutti, tão somente por fazer parte do mecanismo processual:

Fato é que esse terrível mecanismo, imperfeito e imperfectível, expõe um pobre homem a ser pintado a largos traços frente ao juiz, inquirido, e não raramente detido, arrancado de sua família e seus afazeres, prejudicado, para não dizer arruinado perante a opinião pública, para depois, não se ver nenhuma culpa de quem, seja também sem culpa, tenha turbado e desconcertado a sua vida. São coisas que acontecem, infelizmente; e, ainda uma vez, não há como protestar; mas não deveríamos pelo menos

⁵⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 20.

⁵⁴⁷ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 178. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁵⁴⁸ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 178. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

reconhecer a miséria do mecanismo, que é capaz de produzir estes desastres, e também incapaz de não produzi-los?⁵⁴⁹

Mesmo com uma sentença absolutória, os danos por responder a um processo penal já foram produzidos, seja perante a opinião pública, família e amigos, ou perante a própria forma de se auto enxergar. Frente ao que representa a condição de processado, “a acusação não pode ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição de réu.”⁵⁵⁰

O problema não se limita àquele que responde ao processo preso ou, no caso do adolescente, em internação provisória, mas se estende também ao acusado em liberdade, o qual, em que pese fisicamente livre, não o está do julgamento social. Eis mais uma razão para, além da responsabilidade na acusação, a necessidade de celeridade processual. “Mas a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia.”⁵⁵¹

Desse modo, “[...] a submissão a um processo penal já caracteriza a vivência de uma situação extremamente opressora por si só, pois, envolve, entre outros aspectos, rituais hierárquicos e uma linguagem incompreensível.”⁵⁵²

Perante a sociedade, o fato de alguém responder a um processo penal configura um rótulo, um estigma, “[...] sendo que aqueles negativamente considerados estão intimamente ligados a preconceitos sociais, ou seja, conceitos negativos pré-constituídos armazenados no inconsciente coletivo.”⁵⁵³

⁵⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Antônio Roberto Hildebrandi. 3. ed. Leme/SP: Edijur, 2020. p. 67-68.

⁵⁵⁰ BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 178. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁵⁵¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 82.

⁵⁵² BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. p. 179. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

⁵⁵³ VALADA, Daniela Cristina. A estigmatização e a sua influência na etimologia criminal. **Repositório Institucional UNIVEM**, 2019. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1917>>. Acesso em 15 de setembro de 2023.

Os estigmas “[...] atuam como regras a ditar nas mentes das pessoas: ali está o mal, o suspeito está ali, o mal sujeito que pode corromper minha família, a moça indecorosa, o produto do mal.”⁵⁵⁴

O olhar de desconfiança a respeito de alguém que foi acusado da prática de um ilícito penal está presente no seio social, recaindo o processo como uma mácula sobre o caráter e a confiança que se pode depositar naquele que, um dia, foi acusado, ainda que, absolvido.

No caso de adolescente, a submissão a um processo no qual é acusado de um ato infracional o qual se equipara a uma infração penal é ainda mais grave dada sua condição de sujeito em desenvolvimento, motivo pelo qual não é possível se desviar dos mandamentos a serem levados em conta quando da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente que estão dispostos no próprio artigo 6º⁵⁵⁵ da Lei n. 8.069 de 1990, segundo o qual, dentre outros, destaca-se a condição de pessoa em desenvolvimento.

Seguir os ditames da proteção integral significa observar e fazer cumprir todos os princípios elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais, não se pode esquecer, não existem somente para os casos envolvendo medidas de proteção, mas aplicam-se da mesma forma e com igual intensidade no processo de ato infracional, considerando que este ato é decorrência de uma situação de risco a que o adolescente está envolvido e o processo infracional não deve agravar ainda mais os efeitos já suportados por aquele que é acusado de, em última análise, um ilícito penal. “Em outras palavras: a dureza da regra que se aplica aos adultos deve ser vista com outros olhos diante de crianças e adolescentes.”⁵⁵⁶

A interpretação que se deve conceder às normas estatutárias, no âmbito dos processos infracionais, tem razão de ser em decorrência das negativas

⁵⁵⁴ BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: escrito a partir de duas obras inacabadas sobre preconceito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 13, n. 2, 2009. p. 66. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1440>>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.

⁵⁵⁵ Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. BRASIL, Lei n. 8.069 de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

⁵⁵⁶ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

consequências causadas nos adolescentes acusados em processos que visam apurar fatos de natureza criminal.

Os efeitos colaterais dos processos não são sentidos somente pelo adolescente, mas também por seus familiares, que experimentam algum tipo de exclusão social. “Tal prática se manifesta nos processos judiciais, onde ainda que indiretamente há também um julgamento dos adultos cuidadores, responsabilizados por abandono e negligência, pelo cometimento dos atos infracionais.”⁵⁵⁷

Esta situação relatada vai de encontro ao que se esperaria como resultado da medida socioeducativa, que seria a superação da situação de risco e a melhora da condição familiar enquanto seio de desenvolvimento da pessoa em formação. “O que produz um paradoxo: por um lado, em alguns casos, o esforço em reaproximar *compulsoriamente* os adolescentes dos familiares; por outro lado, a desvalorização e a culpabilização das famílias.”⁵⁵⁸

A sensação de inferioridade, desprezo e descolamento do seio social, além de ser percebida pelos demais atores, é sentida e vivenciada na pele pelo próprio adolescente acusado da infração ao longo do encadeamento de atos processuais. “Os adolescentes revelam não compreender o que lhes é dito durante as audiências, como também afirmam não se sentirem escutados e compreendidos.”⁵⁵⁹

“Quando se perde de vista o fato de que o adolescente está em uma situação peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, a medida descumpre o desiderato sócio-educativo, [...]”.⁵⁶⁰ É, justamente em decorrência dos efeitos deletérios que o processo infracional pode trazer para o adolescente a ele submetido, que outras medidas de cunho protetivas devem ser preferidas às socioeducativas.

⁵⁵⁷ CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. **Psicologia & Sociedade**, v. 20. p. 200-207, 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000200007>>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

⁵⁵⁸ CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. **Psicologia & Sociedade**, v. 20. p. 200-207, 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000200007>>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

⁵⁵⁹ CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. **Psicologia & Sociedade**, v. 20. p. 200-207, 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000200007>>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

⁵⁶⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Evolução histórica do direito da infância e juventude. 2006. p. 41-42. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Justica-adolescente-e-ato-infracional.pdf#page=23>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

“Ademais, o caráter subsidiário da matéria penal se vê reforçado pela existência de três segmentos de políticas públicas destinadas a crianças e adolescentes: políticas sociais básicas, políticas protetivas e políticas socioeducativas.”⁵⁶¹

Não é possível que a prática do ato infracional atraia mais os holofotes do que a própria condição natural de adolescente que possui o seu autor. O adolescente precisa ser enxergado com prevalência sobre o ato infracional. A preservação de seus direitos fundamentais é mais importante do que a ânsia retributiva/punitiva. “A redução da ‘condição adolescente’ ao ato infracional é causa da inserção da lógica retaliadora e retributivista que, por isso mesmo, perde a dimensão e a oportunidade de engajamento social.”⁵⁶²

Outro ponto que merece destaque e causa angústia ao adolescente submetido ao processo infracional é a indeterminação das medidas socioeducativas a que será submetido e, uma vez sentenciado e condenado, a incerteza de por quanto tempo estará envolto no cumprimento da medida, ou seja, qual será o seu prazo de duração, pois, “[...] no modelo brasileiro não é definida pela autoridade judicial, e sim durante a sua execução, a partir das chamadas ciências auxiliares da justiça, ou seja, da psicologia, da assistência social e, em alguns casos, da psiquiatria.”⁵⁶³

Neste ponto, novamente reporta-se à concepção de fase menorista e da objetificação do adolescente, o qual poderia permanecer nas mãos do Estado pelo tempo que este ente entender cabível para a sua “readequação social”. “O fato de que a duração das medidas seja condicionada a uma avaliação por psicólogos ou psiquiatras mantém a ideia de tratamento.”⁵⁶⁴

A condição de responder ao processo de apuração de ato infracional apresenta sérios prejuízos ao adolescente, como o seu sentimento de insegurança face a sua pequenez perante o grandioso aparato de Justiça, no qual pouco ou nada entende dos ritos processuais e dos cerimoniais de que participa, agravado pela

⁵⁶¹ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 161-163.

⁵⁶² ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 18.

⁵⁶³ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 165-166.

⁵⁶⁴ SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book, p. 165-166.

insegurança da medida que receberá e do tempo pelo qual será necessário cumpri-la.

Os danos que podem ser suportados pelo adolescente dito infrator não se resumem a forma como ele próprio se vê ao longo do processo judicial, mas se estendem ao estigma que carrega aos olhos da sociedade de estar sendo acusado da prática de um crime ou uma contravenção penal, a iniciar pelo título de infrator, ainda que os processos tramitem em segredo de justiça. “O peso da denominação ‘infrator’ antecipa o efeito do ato estatal de atribuição de responsabilidade, [...]”⁵⁶⁵

Desse modo, a fim de proteger integralmente o adolescente nos processos judiciais de apuração de ato infracional, as garantias constitucionais não podem ser inferiores àquelas disponíveis para os adultos praticantes dos mesmos atos, justamente porque, existem em âmbito constitucional para evitarem os nefastos efeitos que o processo infracional, com o fito de coibir, acaba por acarretar naquele sujeito ainda em fase de formação.

⁵⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 17.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral investigatório da presente pesquisa foi verificar se o adolescente infrator possui menos chance de defesa no processo judicial de apuração de ato infracional do que possui o adulto no processo penal a partir da forma como positivado o procedimento no Estatuto da Criança e do Adolescente, com violação às garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, em afronta à Doutrina da Proteção Integral.

Foi buscado responder à seguinte problemática: O processo judicial de apuração de ato infracional da forma como positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente viola as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, contrariando a Doutrina da Proteção Integral?

Para o problema em questão foi levantada a hipótese de que as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, asseguradas a todos os acusados em processos judiciais, são violadas pela forma como positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente o procedimento de apuração de ato infracional, mitigando a doutrina da proteção integral por conceder menos chance de defesa ao adolescente em comparação ao réu no processo penal.

A análise do problema e da hipótese foi realizada com a divisão da pesquisa em três capítulos assim sintetizados:

No primeiro capítulo foi tratado do ato infracional e das medidas socioeducativas, iniciando-se pela proteção constitucional das crianças e dos adolescentes, assim como, pela análise dos documentos que a originaram.

Historicamente as crianças e os adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos e, por esta razão, não foram detentores de direitos humanos.

O panorama histórico mundial, entretanto, começou a ser alterado no século XX, por meio de documentos internacionais, com destaque para a Convenção

para a repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças de 1921, Convenção de Genebra de 1924, Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959, Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, Regras de Beijing de 1985 e Convenção Internacional sobre Direitos das Crianças de 1989.

No cenário nacional foi possível perceber que o Brasil, como signatário dos diplomas internacionais, evoluiu da concepção menorista, puramente assistencialista e punitiva, para a efetiva proteção à criança e ao adolescente, sendo o texto constitucional de 1988 o efetivo momento de virada da chave.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de forma expressa, passou a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos em fase especial de desenvolvimento, tendo chamado a sociedade, a família e o Estado para juntos, desempenharem a tarefa de atendimento e proteção dos seus direitos e garantias.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, datada de 1989, convenção esta que consolidou os diplomas internacionais anteriores e inaugurou um novo conceito conhecido como a doutrina da proteção integral.

A Doutrina da Proteção Integral foi introduzida no Brasil pela Lei n. 8.069 de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, e reconheceu que, por serem as crianças e os adolescentes sujeitos em desenvolvimento, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo o mandamento constitucional de que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, conceituou como ato infracional a prática de uma infração penal por aquela pessoa que ainda não tenha completado 18 (dezoito) anos de idade.

A definição do ato infracional como paramétrico ao crime ou contravenção penal trouxe a segurança do princípio da legalidade, tão caro ao Direito Penal, para o âmbito do Direito da Infância e Juventude. Referida situação garante a

segurança à criança e ao adolescente de que só será considerada como infracional a prática de um ato se a mesma for prevista como uma infração penal para o adulto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente promove a diferenciação entre criança e adolescente por questão biológica ao adotar a faixa etária como parâmetro. São consideradas crianças as pessoas menores de 12 (doze) anos de idade incompletos. Já adolescentes, os sujeitos entre os 12 (doze) anos e os 18 (dezoito) anos de idade incompletos. Frente à prática de um ato infracional, à criança será aplicada uma medida protetiva, ao passo que, ao adolescente será imposta uma medida socioeducativa.

A medida socioeducativa consiste em uma medida de responsabilização aplicada ao adolescente como resultado da prática de um ato infracional, razão pela qual, dada a condição de pessoa em peculiar fase de desenvolvimento, deveria ter natureza puramente pedagógica. Todavia, não é o que se verifica, visto que apresenta natureza sancionatória.

Devido ao fato de a aplicação da medida socioeducativa só ser possível quando da prática do ato infracional e este ser um fato equiparado a um crime ou contravenção penal, a medida em voga apresenta caráter sancionatório, pois, representa o exercício do poder coercitivo estatal como forma de limitação ou restrição de direitos ou liberdade, de forma a assumir conteúdo e finalidade idênticos ao da pena imposta ao condenado no processo penal.

As medidas socioeducativas estão dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente em um rol taxativo e podem ser cumpridas em meio aberto ou fechado.

São espécies de medida socioeducativa em meio aberto a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida. Já em meio fechado, tem-se a semiliberdade e a internação como suas espécies.

A primeira das medidas previstas é a advertência. De acordo com o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida em comento independe da comprovação de autoria da prática infracional para ser aplicada e consiste em uma admoestação verbal feita pelo juiz ao adolescente apontado como infrator.

A reparação dos danos, como segunda medida elencada no Estatuto, é a única delas que se reverte em favor da vítima. Possui cabimento nos casos em que o ato infracional tenha gerado prejuízos materiais e se constitui na obrigatoriedade de reparar ou restituir os danos patrimoniais que o ato tenha causado.

Por sua vez, a terceira medida é a prestação de serviços à comunidade. Esta medida, além do nome, possui similaridade com a pena de prestação de serviços comunitários prevista no Código Penal em virtude das atividades que são realizadas. É atribuída conforme as aptidões do adolescente e consubstancia-se na realização de tarefas gratuitas em entidades assistenciais ou estabelecimentos congêneres, bem como, em programas governamentais.

Já a quarta medida é a liberdade assistida. É a última das medidas socioeducativas que pode ser cumprida em meio aberto. Caracteriza-se pela nomeação de uma pessoa habilitada que terá a função de acompanhar as atividades desenvolvidas pelo adolescente infrator e orientá-lo em sua integração familiar e comunitária, visando superar os motivos ensejadores que o levaram à prática infracional, bem como, encaminhando-o na correta trajetória escolar e futuro profissional.

Além das medidas em meio aberto, há a previsão de duas medidas em meio fechado, ou seja, privativas de liberdade.

A primeira dela é a semiliberdade, a qual objetiva a retirada do adolescente do seu seio familiar em decorrência da desestruturação do lar que não se mostra como um ambiente propício para o seu desenvolvimento.

Na semiliberdade, permite-se o estudo e o trabalho externos, porém, durante os momentos de folga e descanso, o adolescente deve se recolher em uma instituição na qual recebe orientação e apoio de técnicos especializados para superação da situação de risco na qual está envolvido.

Diante da dinâmica de cumprimento da medida de semiliberdade, assemelha-se, esta, com o regime prisional semiaberto.

Por fim, como última e mais grave das medidas socioeducativas, está a internação, a qual priva o adolescente da liberdade, que a cumpre integralmente

institucionalizado. Face a privação total da liberdade, a internação deve ser pautada pela brevidade e excepcionalidade.

Em decorrência de sua principal característica, qual seja, a privação da liberdade, a medida socioeducativa em análise se assemelha ao regime prisional fechado.

A internação pode ser imposta em três hipóteses a saber: a) no caso de ato infracional que tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; b) na situação de reiteração no cometimento de outras infrações graves e; c) quando houver reiterado e injustificado descumprimento de outra medida determinada anteriormente.

Além das três hipóteses apresentadas, sendo o caso da medida se mostrar imperiosa, a internação pode ser aplicada pelo juiz de forma provisória, desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade, oportunidade em que não poderá extrapolar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias.

A medida socioeducativa, que se materializa como uma forma de intervenção estatal na vida do adolescente, é imposta por meio de decisão judicial a qual deve ser construída, dentre outros, com observância dos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O primeiro princípio a ser considerado é a condição do adolescente como sujeito de direitos, o que, invariavelmente, implica no respeito aos seus desejos e aspirações.

O citado princípio impede que o adolescente seja considerado como um sujeito menos importante e detentor de menos direitos do que um adulto em idêntica situação.

O princípio da proteção integral e prioritária acarreta a observância da condição do adolescente como sujeito em formação e em desenvolvimento no momento de avaliação da medida socioeducativa a ser escolhida pelo juízo, dentre as possíveis, para ser aplicada.

Já a responsabilidade primária e solidária do Poder Público determina

que a plena efetivação dos direitos dos sujeitos em formação é de responsabilidade e, com isso, deve ser assegurada, pelas três esferas de governo, porém, com descentralização e municipalização, no âmbito infracional, da execução das medidas socioeducativas.

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente indica que a intervenção estatal é uma forma de atender, prioritariamente, os interesses dos sujeitos em formação, considerando, apenas de forma secundária, outros interesses que possam estar presentes no caso sob avaliação judicial.

A privacidade, enquanto princípio, por sua vez visa resguardar a intimidade, a imagem e a vida privada do adolescente. Com a sua observância, impede-se que na investigação, apuração, aplicação e cumprimento de medida socioeducativa sejam divulgados o nome, as imagens ou outros dados que possam levar à identificação do adolescente.

Os princípios da intervenção precoce e da intervenção mínima se destacam ao pautarem que a ação estatal não deve tardar, com obrigatoriedade de ser exercida tão logo se tome conhecimento da situação de perigo a despontar, bem como, limite-se ao mínimo necessário à efetiva e indispensável promoção dos direitos e interesses, com o objetivo de evitar a adoção de interferências desnecessárias.

Tendo em vista que a medida socioeducativa deve ser minimamente invasiva, nunca a exceder o estritamente necessário, há de ser observado o princípio da proporcionalidade, o qual determina a intervenção estatal na medida a ser adequada, necessária e condizente ao ato praticado.

Além de proporcional, a escolha e aplicação da medida socioeducativa deve ser balizada pelo princípio da atualidade, segundo o qual a intervenção estatal deve ocorrer no momento oportuno em que possa apresentar efeitos positivos na vida do adolescente a gerar transformações sociais frente ao ato infracional que foi anteriormente praticado.

A medida socioeducativa também deve atender ao princípio da responsabilidade parental e prevalência da família, pois, como partícipe de um seio familiar, é preciso que seja dada preferência na aplicação de medida que chame os

pais ao exercício de suas responsabilidades e que possa ser cumprida sem a privação da liberdade, resguardando os casos de limitação deste direito fundamental apenas para as hipóteses em que a permanência com os familiares não se mostre profícua.

Há de serem observados, da mesma forma, os princípios da obrigatoriedade da informação, oitiva obrigatória e participação.

O adolescente, a quem se imputa a prática de um ato infracional e possa estar sujeito à aplicação de medida socioeducativa, precisa ser informado de todos os andamentos processuais e de tudo que a ele poderá acontecer.

É direito do adolescente receber todas as informações inerentes aos atos que possam lhe gerar qualquer tipo de consequência, assim como de participar e ser ouvido nos processos que sejam capazes de acarretar medidas que lhe dizem respeito, tudo na medida de sua capacidade, justamente pela sua condição de sujeito de direito e por estar albergado pela proteção integral.

O segundo capítulo abordou as garantias constitucionais do direito de defesa, tendo iniciado com a análise da dignidade humana como baliza ao poder punitivo estatal.

Restou verificado que a dignidade humana, mais do que um princípio, valor ou direito, configura-se como verdadeiro elemento intrínseco e atributo da personalidade por estar relacionada com a honestidade, a honra e o respeito a si mesmo.

Já a partir do século XVIII surgiram vários diplomas jurídicos a reconhecer e fortalecer a dignidade, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Foi no século XX, contudo, que a dignidade ganhou os contornos atuais e, apesar de ter sido mencionada na Carta Constitucional brasileira de 1934, relacionada tão somente ao âmbito da ordem econômica e social, o ponto alto restou alcançado com a atual Constituição de 1988 a qual passou a considerá-la como um dos fundamentos da república brasileira e a destacar a sua intrínseca ligação com os Direitos Humanos e Fundamentais.

Diante da sua fundamentalidade, a dignidade da pessoa humana corresponde a uma baliza a ser observada pelo Estado no exercício de seu poder punitivo, com vedação, dentre outros, de penas cruéis, da tortura e do tratamento desumano ou degradante, o que se aplica também aos casos envolvendo a prática do ato infracional.

Foi visto que, os direitos personalíssimos e invioláveis, que constituem o conteúdo material da dignidade humana, correspondem aos direitos fundamentais, com destaque para o direito de liberdade, o qual se caracteriza como direito fundamental de primeira geração.

Na área infracional, o poder punitivo do Estado é exercido pela imposição de medida socioeducativa, a qual se materializa como uma forma de intervenção estatal na vida do adolescente, razão pela qual, em sua aplicação, não é possível que se deixe de observar o direito fundamental de liberdade do indivíduo.

Os instrumentos para concretização dos direitos fundamentais são as garantias. Considerando que é através do processo que a intervenção estatal fundada no poder punitivo será exercida, as garantias precisam estar asseguradas ao longo de todo o trâmite processual.

Uma das garantias ao direito de liberdade é a presunção de inocência.

A presunção de inocência está positivada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e assegura que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ninguém pode ser considerado culpado.

Trata-se de um consectário lógico da submissão à jurisdição em um Estado Democrático de Direito no qual é inadmissível considerar alguém culpado sem ser submetido a um processo no qual tenham sido produzidas provas, o que alberga o indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal.

Ante a presunção de inocência, não há distribuição de ônus probatório no processo penal, motivo pelo qual cabe à acusação a comprovação da ocorrência do fato e de sua autoria, resolvendo-se o processo, em caso de dúvida, em favor do réu, o que perfaz aquilo que resta conhecido como *in dubio pro reo*.

O *in dubio pro reo* traduz a sobreposição do direito de liberdade sobre o poder punitivo do Estado a exigir certeza para admissão de um decreto condenatório.

O decreto condenatório, fruto da atividade judicial, como forma de restrição ou limitação da liberdade individual, só pode ser proferido no bojo de um processo, o devido processo legal, no qual serão produzidas as provas e exercido o direito de defesa, pois, é através do processo que se efetiva a concretude da finalidade do direito penal de ser uma garantia contra o arbítrio do poder punitivo estatal.

No Estado Democrático de Direito, no qual se insere o estado brasileiro, o poder punitivo só pode ser efetivado ao longo do processo, motivo pelo qual a garantia do devido processo legal se estende ao procedimento de apuração de ato infracional, tendo em vista a natureza de privação ou limitação de direitos característica da medida socioeducativa.

O devido processo legal é qualificado por nele estarem presentes os direitos ao contraditório, à informação e à participação.

O contraditório se estabelece como um direito de igualdade no processo e forma de confrontar as provas produzidas pelo órgão acusatório. Assegura-se ao acusado o direito de informação e os instrumentos de efetiva participação.

O direito à informação se estabelece como primeira condição para o contraditório.

É a partir da obtenção das informações processuais que poderá ser exercido o direito de defesa configurado na participação processual de forma efetiva e apta a influenciar a decisão judicial que será produzida ao final.

Somente oportunizando-se o contraditório é que existe processo justo. Contudo, o contraditório não se encerra com a prática de apenas um ato processual.

O contraditório é a garantia do acusado de ouvir e de ser ouvido. É a obtenção da tutela jurídica mediante a efetivação do direito de ter os seus argumentos apreciados pelo órgão judicial e de produzir provas.

Apresenta-se o contraditório como instrumento de democratização do

processo, uma vez que a decisão será construída pelo órgão julgador através da apreciação dos argumentos produzidos ao longo do seu trâmite em igualdade de condições pelas partes.

O devido processo legal assegura a contraposição mediante o exercício da ampla defesa e garantia de proteção aos direitos fundamentais, especialmente, contra as restrições e limitações ao direito de liberdade.

O direito ao contraditório, como oposição àquilo que foi produzido no processo, pertence a ambas as partes processuais. Todavia, a ampla defesa pertence apenas ao demandado, pois, é o poder que este possui de rebater a acusação.

A ampla defesa é a contestação à acusação. Trata-se de um instituto protetivo do direito de liberdade, pois, é uma forma de contenção ou limitação ao poder punitivo estatal e, portanto, uma garantia individual a ser observada pelo Estado ao longo do devido processo legal.

Decorre da ampla defesa a isonomia entre a acusação e a defesa, pois, o poder/dever de punir estatal se choca com o direito de liberdade do indivíduo.

Para que a defesa seja realmente ampla é preciso conferir isonomia, igualdade de oportunidade entre as partes processuais, não sendo possível permitir menos ao demandado do que se possibilita ao demandante, não apenas no plano teórico, mas também e com muito mais ênfase, no campo prático.

Não basta permitir que o acusado se manifeste no processo. É preciso que a manifestação ocorra na mesma intensidade daquela feita pela acusação, com os mesmos recursos e mecanismos.

É pela isonomia que a defesa tem os mesmos meios que a acusação possui para que seus argumentos sejam apreciados e levados em consideração na construção da decisão judicial.

Como correlato à isonomia, deve-se garantir a defesa técnica.

A acusação é exercitada pelo Ministério Público ou pela própria parte nas ações penais privadas, porém, neste último caso, sempre por intermédio de

advogado. Assim sendo, a acusação é exercida de forma qualificada por profissional habilitado.

Desse modo, a defesa só poderá ser ampla se também for manejada por profissional com conhecimento técnico no assunto.

A defesa técnica consiste na garantia ao demandado da presença e da participação de advogado ou defensor público a seu favor no processo, o que iguala o acusado ao nível de entendimento e compreensão técnica do acusador.

É a necessidade de equilíbrio que exige a defesa técnica a ser exercida por profissional habilitado e somente com o seu reconhecimento que se confirma a igualdade processual.

Ao lado da defesa técnica e complementando-a, está a autodefesa.

A autodefesa consiste na atuação do próprio requerido no processo penal, com a oportunidade de se fazer presente em todos os atos processuais, assim como estar ao lado de seu defensor, municiando-o com informações e provas para serem utilizadas a seu favor e, prestar suas declarações pessoalmente ao órgão julgador, o que ocorre, via de regra, no interrogatório.

Em que pese a autodefesa não se limitar ao interrogatório, é neste momento que o réu tem a oportunidade de apresentar, por si próprio, os detalhes dos fatos e sua versão a respeito da acusação que contra si é imputada.

Por conta da proximidade entre o acusado e o julgador existente no interrogatório e como o primeiro pode contradizer tudo o que contra si foi produzido nos autos é que o interrogatório possui a natureza jurídica de meio de defesa e deve ocorrer após toda a produção probatória, pois, é assim que se alinha com a ampla defesa.

A ampla defesa além de garantir o direito ao acusado de ser ouvido, também garante o direito ao silêncio sem que isso possa gerar qualquer prejuízo.

O direito ao silêncio é fruto do Estado Democrático de Direito no qual não se admite que o acusado coloque a sua frente o poder punitivo em detrimento de

sua liberdade, o que reforça a condição de sujeito de direitos e a presunção de inocência.

A se considerar que a condenação é proferida por um órgão julgador no seio processual, para evitar que a decisão esteja eivada de vícios e expresse uma imposição ditatorial, é preciso, em um Estado de Direito, que possa ser submetida à revisão por outro órgão julgador.

Esta garantia de revisão por um órgão diverso configura o que se denomina de duplo grau de jurisdição.

É a garantia de reapreciação do mérito, a qual desponta como um direito fundamental inafastável de proteção à restrição ou limitação do direito de liberdade individual.

O terceiro capítulo, por sua vez, tratou da violação das garantias constitucionais no processo de apuração de ato infracional.

Foi possível verificar que o processo judicial de apuração de ato infracional, balizado pelas normas constitucionais, apresenta os traços do sistema processual acusatório, o qual possui como sistema oposto o inquisitório.

O sistema inquisitório detém como característica principal a utilização do processo como forma de alcançar a imposição da penalidade, sendo a punição o seu compromisso.

Diante da finalidade do sistema inquisitório, o juiz deixa de ser o destinatário da prova e assume a dupla função de acusar e julgar, o que compromete sobremaneira a sua imparcialidade e acarreta prejuízos para o exercício da ampla defesa.

Referido sistema se amolda a uma forma de estado absolutista em que a sua existência é mais importante do que o bem-estar do indivíduo. Portanto, trata-se de uma estrutura destinada à manutenção estatal ao seu invés de ser voltada ao desenvolvimento do sujeito.

O sistema processual acusatório, entretanto, apresenta características

completamente opostas e se amolda à ordem constitucional vigente no Brasil.

O sistema em análise possui como atributos a completa separação entre as funções de acusar e julgar, sendo das partes a iniciativa probatória, permanecendo o juiz equidistante como o destinatário das provas.

Garante-se pelo sistema acusatório o tratamento igualitário das partes, a publicidade, o contraditório, a ampla defesa e todos os seus consectários, bem como a possibilidade de impugnação da decisão com o exercício do duplo grau de jurisdição, o que concretiza o processo como sendo adversarial.

Os atributos relacionados garantem ao indivíduo, ao longo do processo judicial, a expressão da dignidade humana ao primar pela sua liberdade em contraposição ao poder punitivo, o que se coaduna com os fundamentos constitucionais e faz com que o sistema penal acusatório seja o adotado no Brasil.

No processo judicial de apuração de ato infracional, verifica-se da estrutura disposta no Estatuto da Criança e do Adolescente, que há divisão entre as funções de acusar e de julgar, iniciando-se o processo com a peça inicial acusatória proposta pelo Ministério Público, chamada de representação, a demonstrar a existência de características do modelo acusatório, o que não poderia ser diferente, ante a ordem constitucional vigente.

Ainda, a reforçar o sistema acusatório como referência ao processo de apuração de ato infracional, está a natureza jurídica da medida socioeducativa que é de cunho sancionador e se assemelha à punição prevista ao adulto pelo Direito Penal, o que por si só deveria ser o bastante para garantir ao adolescente os mesmos meios de defesa previstos ao adulto no processo penal.

Verificou-se, entretanto, que existem nuances a demonstrar terem os adolescentes menos chances de defesa no processo de apuração de ato infracional do que possuem os adultos no processo penal.

Uma das particularidades está na previsão legal expressamente consignada no Estatuto da Criança e Adolescente do oferecimento da representação mesmo que desacompanhada de prova pré-constituída de materialidade.

A representação, como visto, é a peça proposta pelo Ministério Público que contém a acusação em face do adolescente ao imputar a ele a autoria da prática de um ato infracional.

A previsão legal do início do processo sem prova pré-constituída da materialidade, ou seja, sem os mínimos indícios da ocorrência do ato, consiste em aceitar um processo sem justa causa.

A justa causa corresponde à existência de um lastro mínimo probatório da ocorrência do ato que conceda suporte e justifique a exposição de alguém à condição de processado.

O processo não é um fim em si mesmo e um ente jurídico isolado, mas uma unidade dentro de um sistema constitucional que apregoa a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Por esta razão é que no processo penal um dos requisitos para que o juiz aceite a denúncia proposta pelo Ministério Público é a existência de justa causa.

A falta de justa causa, no processo penal, está expressamente disposta no Código de Processo Penal como uma das causas de rejeição da denúncia ou da queixa.

Tamanha é a sua importância que, a ausência de justa causa no processo penal é considerada uma coação ilegal que motiva e justifica a impetração de *habeas corpus* para o trancamento da ação ante a violação ao direito de liberdade.

Apesar da importância da justa causa, o Estatuto da Criança e do Adolescente permite o ajuizamento da representação sem justa causa, dispensando-a como um requisito para a ação infracional.

Esta previsão estatutária, em comparação ao que se exige em relação aos adultos, contraria o mandamento constitucional de que todos são iguais perante a lei e viola o princípio da proporcionalidade ao submeter o adolescente à persecução infracional sem que se tenha, ao menos, indícios de sua ocorrência.

Da mesma forma, tem-se por violada a presunção de inocência, o contraditório e a plenitude de defesa, na medida em que o adolescente tem que se

defender de um fato que sequer existe a certeza de realmente ter ocorrido.

A permissão legal da inexistência de justa causa para o início da ação infracional demonstra que a legislação tida por protetiva guarda resquícios do sistema menorista e trata o adolescente como objeto ao invés de sujeito de direitos.

Além da ausência de justa causa, o exercício do direito de defesa do adolescente também resta prejudicado devido ao fato de não haver fundamentação na decisão judicial que recebe a representação.

Conforme visto, a denúncia ou a queixa são analisadas pelo juiz que as rejeita, dentre outras hipóteses, na ausência de justa causa, existindo, desse modo, controle judicial sobre a peça inicial acusatória.

Já em relação à representação, o mesmo não ocorre, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente tão somente dispõe que, ao ser oferecida a inicial pelo Ministério Público, o juiz decida sobre a medida socioeducativa de internação provisória, caso já aplicada, silenciando sobre outros aspectos.

A falta de decisão judicial e de motivação contraria os mandamentos constitucionais integrantes do sistema acusatório, acarreta a inobservância dos direitos fundamentais e fere o processo justo, além do contraditório e da ampla defesa, por gerar imprecisão na acusação ao não perfazer os ditames da Doutrina da Proteção Integral.

Fora verificado, também, que, uma vez oferecida a representação, o juiz poderá conceder ao adolescente a remissão.

A remissão judicial tem por finalidade a suspensão ou a extinção do processo de apuração de ato infracional com a cumulação ou não de medida socioeducativa. Todavia, apesar de possível a concessão da remissão com medida socioeducativa, é vedada a aplicação de medida a ser cumprida em meio fechado.

O instituto da remissão visa o encurtamento do processo com a antecipação de uma medida que seria aplicada apenas ao final. Como isso, concretiza-se os princípios da brevidade e da intervenção precoce, além, evitar a imposição de uma medida mais drástica que pudesse vir a ser cumprida em meio

fechado.

Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente prever a remissão e ter sido criado sob a égide da Constituição de 1988, a estampar em grande parte as garantias da doutrina da proteção integral, não há disposição acerca de critérios objetivos para a sua concessão. A norma estatutária elenca apenas condições subjetivas como a personalidade do adolescente, o contexto social e as circunstâncias e consequências do fato, bem como a sua maior ou menor participação como norteadores para conferir a remissão.

Ao longo do terceiro capítulo foi possível notar que, diversamente da situação a que estão expostos os adolescentes relativamente a falta de critérios concretamente mensuráveis para a remissão, aos adultos são garantidos institutos de suspensão do curso processual ou extinção da punibilidade antes de iniciado o processo com base em critérios objetivos, que são a suspensão condicional do processo e a transação penal.

A remissão judicial não possui natureza jurídica de direito subjetivo e não há obrigatoriedade de decisão judicial motivada a negar a sua concessão. Referida situação impede que, não sendo concedida, exerça-se o contraditório e o duplo grau de jurisdição, o que coloca o adolescente, em comparação ao adulto, na posição de possuir menos chances de não ser processado, situação colidente com a proteção integral da qual é detentor.

Uma vez oferecida a representação pelo Ministério Público e não sendo concedida a remissão, é iniciado o processo e designada a audiência de apresentação judicial.

A audiência de apresentação é o momento em que será realizado o interrogatório do adolescente acusado da prática de um ato infracional.

O interrogatório, como já visto, possui natureza jurídica de meio de defesa. Justamente por se tratar de meio de defesa é que no processo penal, ao adulto, é oportunizado o interrogatório ao final do processo, após a colheita das provas, oportunidade em que poderá, já conhecendo o que contra ele foi produzido, exercer sua autodefesa.

O interrogatório do adolescente também possui natureza jurídica de meio de defesa, ante os valores provenientes da dignidade humana e conteúdo da presunção de inocência. Contudo, diversamente do que ocorre no processo penal, o interrogatório no processo judicial de apuração de ato infracional é o primeiro ato do processo, ou seja, ocorre antes da produção probatória.

Como direito de defesa, a efetividade do interrogatório só é atingida com a sua realização após a produção probatória, pois, só assim a defesa poderá rebater a acusação.

A garantia conferida ao acusado, no processo penal, de ser o último a falar, compatibiliza o processo aos mandamentos constitucionais, com adequação ao sistema acusatório.

A autodefesa para ser substancial precisa ser exercida no momento oportuno a ser apta a influenciar a decisão judicial que será construída com base nos elementos que as partes trouxeram ao processo.

De forma inversa ao que está preconizado para o processo penal, no processo judicial de apuração de ato infracional não é previsto pela legislação de regência a possibilidade de o adolescente exercer sua autodefesa após a coleta da prova, o que se mostra em descompasso à garantia de exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Em razão desta diferença existente entre o processo penal e o procedimento de apuração de ato infracional, quanto ao momento do interrogatório, poder-se-ia imaginar que o melhor seria passar o interrogatório do adolescente para o final do processo. Contudo, a inversão, por si só, não se mostra adequada por contrariar os princípios da intervenção mínima e da intervenção precoce.

Suprimir a oitiva do adolescente no início, como primeiro ato após a representação, acarretaria a impossibilidade da concessão da remissão judicial e a aplicação da medida socioeducativa como forma de suspensão ou extinção do processo.

A manutenção da autodefesa no início do processo infracional viola os mandamentos constitucionais inerentes ao devido processo legal, assim como, a sua

alteração para o exercício somente após a instrução processual desrespeita a intervenção mínima e a intervenção precoce.

Em face deste imbróglio, a jurisprudência tem apontado para a necessidade de manter a audiência de apresentação no início do processo, porém, permitir novamente o direito de autodefesa ao adolescente após a colheita das provas.

Ainda que pareça a melhor solução, a oitiva do adolescente em dois momentos processuais diversos pode lhe ocasionar prejuízos por serem suas declarações prestadas perante o mesmo juiz, visto o que se busca em cada uma das fases processuais.

Na audiência de apresentação judicial, no início do processo, busca-se pela remissão, o que pode levar à confissão da prática do ato infracional.

Não sendo, entretanto, concedida a remissão e sendo oportunizado ao adolescente exercer novamente sua autodefesa após a colheita das provas, o interesse passa a ser outro, consubstanciado na busca pela absolvição ou pela menor medida sancionatória possível, o que pode levar o imputado a negar a prática do ato infracional ou calar-se.

A questão intransponível é que as declarações do adolescente, em dois momentos diversos e com objetivos diferentes, são prestadas ao mesmo juiz, o que fere a sua imparcialidade ante a influência da primeira confissão sobre o livre convencimento, ainda que, no segundo momento, haja a negativa da prática do ato infracional.

O contato prévio do juiz com uma confissão influenciará o seu julgamento, de nada ou muito pouco servindo propiciar um novo interrogatório no qual poderá haver a negativa ou o silêncio.

A garantia da imparcialidade, pela oitiva do adolescente em dois momentos distintos, com objetivos diferentes, pelo mesmo juiz, resta violada, visto que, o contato com a primeira confissão já teria produzido efeitos sobre o julgador.

Seguindo a linha do direito de defesa, assim como ocorre no processo penal, no processo judicial de apuração de ato infracional é previsto o direito de defesa

técnica, inclusive com a nomeação de defensor público aos que necessitarem.

Não obstante os ditames da doutrina da proteção integral e o espírito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente excepciona a necessidade de defensor na audiência de apresentação judicial em casos que não possam ensejar a aplicação das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação.

A exceção em voga vai de encontro aos preceitos do contraditório e da ampla defesa, além de situar o adolescente em posição de menor proteção em comparação ao adulto, mesmo que se trate da prática do mesmo fato.

A disparidade continua ao ser observado que há desrespeito à paridade de armas relativa ao prazo para o oferecimento da representação pelo Ministério Público em comparação ao concedido à defesa para oferecimento da defesa técnica.

O prazo para o oferecimento da defesa prévia é de 3 (três) dias contados da audiência de apresentação. Por outro lado, o Ministério Público não possui prazo para oferecimento da representação.

O legislador não observou a paridade de armas, visto que não tratou de modo equivalente as partes relativamente ao prazo para formulação da acusação e da defesa.

Outra característica da ordem jurídica constitucional vigente é o duplo grau de jurisdição traduzido como uma continuação da contestação ofertada contra a acusação, só que para um órgão superior ao que inicialmente analisou o caso.

Justamente por ser uma continuação da defesa, em consonância com a presunção de inocência, é que no processo penal a apelação possui efeitos devolutivo e suspensivo.

O efeito suspensivo impede que o resultado da condenação seja executado enquanto o recurso não for julgado e não houver o trânsito em julgado da condenação.

Em decorrência do efeito suspensivo é que, no processo penal, caso o réu tenha respondido preso, seja condenado e ofereça recurso, não poderá

permanecer encarcerado tão somente por conta da condenação. A manutenção do cárcere dependerá de decisão fundamentada do juízo sobre a existência de motivos ensejadores da custódia cautelar.

As mesmas regras, entretanto, não se aplicam no processo de ato infracional quando o adolescente estiver internado provisoriamente e for proferida sentença de procedência da representação com a aplicação da medida socioeducativa de internação.

Na hipótese acima, mesmo que seja apresentado recurso contra a sentença de procedência que impôs a medida de internação, o adolescente será mantido internado, vez que, neste caso, o recurso de apelação não terá efeito suspensivo.

A ausência de efeito suspensivo decorre da adoção, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, do modelo recursal do Código de Processo Civil.

Ao contrário do que ocorre com o adulto no processo penal, o qual apenas permanecerá preso após a sentença condenatória do juízo de primeiro grau caso estejam presentes os motivos e fundamentos da prisão cautelar, o adolescente internado provisoriamente, ao ser sentenciado à medida socioeducativa de internação, mesmo que recorra da decisão de primeiro grau, obrigatoriamente será mantido privado de sua liberdade independentemente de fundamentação idônea a respeito, pois, a sentença estará, assim como ocorre no processo civil, a confirmar a antecipação dos efeitos da tutela que anteriormente aplicou a internação.

As garantias constitucionais são asseguradas pelas disposições legislativas, mas também, pelas suas observâncias pelo juiz ao longo do trâmite processual. Pode-se dizer que a segurança da aplicação dos mandamentos constitucionais no processo depende da atividade garantidora de direitos desempenhada pelo juiz.

Para que o desempenho da função judicial de garantia da observância dos mandamentos constitucionais ocorra é preciso que o juiz seja imparcial.

Com o objetivo de preservação da imparcialidade surgiu no cenário nacional aquilo que se denomina de juiz das garantias.

O instituto juiz das garantias consiste na existência de dois juízes. Um atua na fase pré-processual, ao tratar das situações inerentes à investigação, e o outro, durante o processo. A existência de dois juízes objetiva impedir a contaminação do juiz, na fase processual, com aquilo que foi produzido durante o inquérito, garantindo ao julgador o contato apenas com as provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A atuação do juiz durante a investigação pode levar a sua contaminação com os elementos produzidos durante esta fase e influenciá-lo em seu julgamento no momento de analisar as provas processuais.

O problema também ocorre no processo de apuração de ato infracional, contudo, ainda com mais vigor, pois, ao seguir o entendimento jurisprudencial, o mesmo juiz que atuou na audiência de apresentação lá no início do processo será quem ouvirá novamente o adolescente na renovação de seu interrogatório, ao final da instrução.

Na audiência de apresentação o adolescente pode ter confessado ao ato para obter a remissão, mas, como não há requisitos objetivos para a sua concessão, há a possibilidade de não a ter recebido. Desse modo, ao ser renovado o seu interrogatório, ao final da instrução, quem sabe ele venha a negar ou calar a verdade.

Como o juiz que presenciou a negativa ou o silêncio do adolescente no segundo momento é o mesmo que escutou a sua confissão no início do processo, já terá ele elaborado um pré-julgamento e estará influenciado, quebrando a sua imparcialidade, razão pela qual, a instituição do juiz das garantias no processo de apuração de ato infracional poderia solucionar este impasse. Todavia, houve tão somente a reforma do Código de Processo Penal visando a garantia da imparcialidade do juiz ao adulto, nada sendo mencionado em referência ao processo infracional, em que pese a regência da proteção integral.

Ser acusado em um processo judicial da prática infracional é um demérito para o adolescente perante a sociedade e, também, aos seus próprios olhos, pois, gera sentimento de inferioridade frente aos demais ante a mácula sobre o caráter e a confiança que se pode depositar naquele que um dia foi acusado da prática de um ato equiparado a um crime ou contravenção penal, motivo pelo qual a observância

das garantias constitucionais do direito de defesa é impositiva.

A pesquisa, ao longo do que foi trabalhado nos três capítulos, atingiu o objetivo geral e os objetivos específicos, tendo respondido ao problema que foi proposto.

A hipótese de pesquisa de que as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e dignidade humana, asseguradas a todos os acusados em processos judiciais são violadas pela forma como positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente o procedimento de apuração de ato infracional, mitigando a doutrina da proteção integral por conceder menos chance de defesa ao adolescente em comparação ao réu no processo penal, restou confirmada.

Da maneira como o processo judicial de apuração de ato infracional se encontra positivado no Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se afirmar que são concedidas, ao adolescente acusado da prática infracional, menores chances de defesa do que às garantidas aos adultos no processo penal, mesmo que ambos sejam acusados de igual ato, o que confirmou a vinculação da pesquisa com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) da Organização das Nações Unidas, especialmente à meta 16.10 no que se refere à proteção das liberdades fundamentais em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

A correção desta disparidade apontada só ocorrerá, para que se concretize, na prática do trâmite processual, as garantias constitucionais e atinja-se a proteção integral, caso haja alteração da legislação de regência em que previsto o procedimento judicial de apuração de ato infracional, não bastando, para tanto, a alteração de entendimento jurisprudencial.

Finalmente, repisa-se que a pesquisa, de forma alguma, objetivou esgotar o assunto, uma vez que se trata de matéria que precisa estar em constante discussão, necessariamente por envolver sujeitos de direitos em especial fase de vida marcada pelo rápido desenvolvido físico e psicológico a exigir a integral proteção.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIRRE, Christian Norberto Hernández. *El derecho de defensa adecuada em el sistema penal acusatorio*. **Ciencia Jurídica**. Universidad Autónoma de Baja California México. v. 2, n. 4. 2013. p. 23-39.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

ALMEIDA, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lampert, 1901.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARCHANJO, Daniela Resende. O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais. **Espaço jurídico**. Joaçaba. v. 9. n. 2. jul./dez. 2008. p. 151-168. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1914/982>>. Acesso em: 19 de outubro de 2023.

ARRUDA, Carmen Sílvia Lima de. Direito à informação: requisitos do devido processo legal em um estado democrático de direito. **Páginas a&b: arquivos e bibliotecas**. p. 32-51, 2017. Disponível em: <<http://aleph.letras.up.pt/index.php/paginasaeb/article/view/1742>>. Acesso em: 20 de setembro de 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da

Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jan./mar. 2010. p. 27-64.

BACILA, Carlos Roberto. Estigmas: escrito a partir de duas obras inacabadas sobre preconceito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 13, n. 2, 2009. p. 61-76. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1440>>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 10. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2002

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus: Editus, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

BARROS, Betina Warmling; CABISTANI, Luiza Griesang. Justa causa do direito penal juvenil. **Revista Liberdades**. Edição n. 21, janeiro/abril de 2016. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/posts/arquivos/26/Liberdades21_Infancia02.pdf>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Fonte digital www.jahr.org.

BETETA, Christian Salas. *La eficacia del proceso penal acusatorio en el Perú*. **Prolegómenos. Derechos y Valores**, v. 14, n. 28, p. 263-275, 2011. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/876/87622536017.pdf>>. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

2023.

BINDER, Alberto M. ***El incumplimiento de las formas procesales: Elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades en el processo penal***. 1.ed. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

BOTINNO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. **Processo penal e democracia**. v. 20. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/media/k2/attachments/doc-110.pdf>>. Acesso em: 28 de julho de 2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de agosto de 2023.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689 de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 29 de outubro de 2023.

BRASIL, **Lei nº 8.069 de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 769197**. Terceira Seção. Relator: Ministro

Rogério Schietti Cruz. Brasília, 14 de junho de 2023. DJe 21.06.2023. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 4 de setembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 94641**. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de novembro de 2008. Informativo STF n. 528. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo528.htm>>. Acesso em: 4 de setembro de 2023.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Da política social à política penal: partidos políticos e propostas de alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente na Câmara dos Deputados**. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Vol. 21 - n. 1 - jan-abr 2016, p. 89-120. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 de agosto de 2022.

BUSATO, Paulo César; MENDES, Silvia de Freitas. Prescrição e ato infracional: um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 13, n. 1, p. 69–82, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1228>>. Acesso em: 7 de setembro de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina. 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 1. Ed. São Paulo, Edijur, 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

CASTRO, Ana Luiza de Souza; GUARESCHI, Pedrinho. Da privação da dignidade social à privação da liberdade individual. **Psicologia & Sociedade**, v. 20. p. 200-207,

2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-71822008000200007>>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

CATENA, Víctor Moreno. *El recurso de apelación y la doble instancia penal. Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 4, p. 157-188, 2008. Disponível em: <<https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/296>>. Acesso em: 2 de agosto de 2023.

CAVALCANTI, Carla Adriana de Carvalho. Suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/95): benefício ou constrangimento? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 19, n. 1, p. 401-489, 2012.

CHAVES JUNIOR, Aírto. **Além das grades: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CHAVES JUNIOR, Aírto; OLDONI, Fabiano. **Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHAVES JUNIOR, Aírto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. Análise teórico-empírica da prisão cautelar para a garantia da ordem pública. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal**, Brasília, vol. 2, n. 3, 2020. p. 53-77.

CHOUKR. Fauzi Hassan. **Código de processo penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o direito penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

COSTA, Cristiane Osternack. A contaminação (in)consciente do julgador pela investigação criminal. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**. v. 27, n. 11, p. 37-69. 2011. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/209>>. Acesso em 13 de setembro de 2023.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 127-164. Disponível em: <<http://www.metajus.com.br/livros/livro1/Capitulo5.PDF>>. Acesso em 24 de julho de 2023.

DAL POS, Angela Caren. Há critérios para o perdão? Um olhar sobre o subjetivismo na remissão e medida socioeducativa. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, n. 54, 2004. p. 17-40. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044567.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. O contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial. **Revista de Processo**. v. 45, n. 310. 2020. p. 17-34.

DANTAS JUNIOR, Genival Torres. Reflexões sobre o momento adequado para a oitiva da criança e do adolescente infrator sob a ótica da constituição federal e dos tratados de direitos humanos. **EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 51-53. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

DELMANTO JR., Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

DEU, Tereza Armenta. *La reforma del proceso penal: principios irrenunciabiles y opciones de política criminal*. **Revista del Poder Judicial**, n. 58, 2000. p. 261-267.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2. ed. *Edición de Miguel Carbonell*. Madrid: Editora Trotta S.A., 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário eletrônico Aurélio da língua portuguesa**. 5. Ed. 2010: Regis Ltda.

FERRETI, Carlos Del Río. *Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal*. **Estudios constitucionales**, v. 10, n. 1, Santiago, 2012. p. 245-288. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>>. Acesso em: 1º de agosto de 2023.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. *La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía*. Boletim **IBDCCRIM**. v. 28, n. 330, 2020. p. 7-10. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/516>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La predecibilidad de las decisiones judiciales*. **Ius et Praxis**, v. 15, n. 1, p. 55-72, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122009000100003&script=sci_arttext>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

GATTO, Joaquim Henrique. **O duplo grau de jurisdição e a efetividade do processo**. 2008. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn. A garantia da defesa efetiva na apuração de Ato Infracional. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 44, n. 142, junho. p. 265-285, 2017.

GIRALDO, Gabriel Jaime Salazar. *La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano)*. **Ratio Juris**, v. 10, n. 21, p.139-164, 2015. Disponível em:

<<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761326006>>. Acesso em: 2 de agosto de 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Direito fundamental ao recurso no processo penal: uma crítica à concepção bilateral da impugnação. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11, p. 183-204, 2014. Disponível em: <<https://direito.fae.emnuvens.com.br/direito/article/view/36>>. Acesso em 2 de agosto de 2023.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo; BRITO, Gustavo. A inobservância da taxatividade no tipo organização criminosa e a ausência de justa causa nas denúncias: Janela aberta ao arbítrio. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 7, n. 13, 2022. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/207>>. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

GOMES, Olegário Gurgel Ferreira. O princípio do devido processo legal na apuração do ato infracional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 3. N. 2, p. 551-562, 2010. Disponível em: <ww2.esmarn.tjrn.js.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/292/329>. Acesso em: 8 de agosto de 2023.

GOMEZ, Manuel Gomez Del Castillo y. ***El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)***. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v.7, n. 14, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1>>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

GRINOVER. Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (LEI n. 10.792/03). **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v.2, n. 4, p. 9-21, 2004. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2897>>. Acesso em: 27 de julho de 2023.

HAMOY, Ana Celina Bentes (org). Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social. **Belém: CEDECA-EMAUS**, 2007. Disponível em: <<https://www.academia.edu/download/31217530/431259609ANCEDAapuracaodeAtolnfracional.pdf#page=25>>. Acesso em: 6 de setembro de 2023.

HENRIQUES, Nélia Navais. **Responsabilidade pessoal do membro do Ministério Público por denúncia sem justa causa**. 2005. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4264>>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: Doutrina e jurisprudência**. 21. ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPODVIVUM, 2021.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, p. 293-308, 2010. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/742/74221650008.pdf>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

KONRATH, Magda Susel. **Adolescentes em conflito com a lei: remissão: ambiguidades e educação**. Porto Alegre, 2013. p. 127. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/78759/000900102.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

KOUPAK, Everton; KOUPAK, Kelen; WOLOCHN, Regina Fátima. Defesa técnica por advogado e ato infracional: Análise no centro de socioeducação da região de Ponta Grossa. **Publicatio UEPG: Ciências Sociais Aplicadas**, [S. l.], v. 28, 2019. Disponível em: <<https://revistas.uepg.br/index.php/sociais/article/view/13692>>. Acesso em: 6 de setembro de 2023.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e adolescente**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. As Provas Vedadas no Processo Penal Brasileiro – Vedação de produção e Eventual Possibilidade de sua Utilização. *In*: AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória**: perante as realidades alemã e brasileira: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, set.-dez. 2016. p. 55-91. Disponível em: <https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11254/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_uma_Jurisdicao_Penal_Imparcial_Reflexoes_a_Partir_da_Teoria_da.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2023.

MALAN, Diogo Rudge. Defesa penal efetiva. **Ciências Penais**. vol. 4. 2006. jan-jun/2006. p. 253-277.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINS JÚNIOR, Fernando Nogueira. **A “novilíngua” do autoritarismo penal**: O caso do direito infracional brasileiro. Disponível em: <<http://www.academia.edu>>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

MELLADO. José María Asencio. **Principio acusatorio y derecho de defensa em el proceso penal**. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991. p. 95.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais do Processo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos Direitos Fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MENDES, Tiago Bunning. **Direito ao recurso no processo penal**: o duplo grau de jurisdição como garantia exclusiva do imputado. 2018. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MORAIS, Fausto Santos de. Descobrimos os pressupostos hermenêuticos do princípio da proporcionalidade. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**. V. 6, n. 1, 2014. p. 54-62. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5007490>>. Acesso em: 19 de outubro de 2023.

MORENO, Faustino Cordón. **Las garantías constitucionales del proceso penal**. Elcano (Navarra): Editorial Aranzadi, 1999.

MORENO, Rafael Alvarez. **O duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro**. Londrina: Thoth, 2023.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal**: Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 222.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 4/1993. p. 110-125. Out-Dez/1993.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A garantia da motivação das decisões judiciais à luz do direito ao processo justo e da jurisprudência da corte europeia de direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 15, jan-jun/2015. p. 349-376. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/16877/12523>>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

NEWTON, Eduardo Januário. O processo justo e o ato infracional: Um encontro a acontecer. **EDEPE. Edição especial da Revista da Defensoria Pública - Direito da Criança e do Adolescente**. 2010. p. 21-42. Disponível em: <<https://www.apadep.org.br>>. Acesso em: 16 de agosto de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Jeferson Lopes; LIMA, Rafael Catani. Da dissonância do sistema processual, da (im) parcialidade do juízo e da utópica paridade de armas no processo penal brasileiro. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas**, v. 6, n. 1, 2020. p. 104 – 124. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/revistadireito/article/view/17191>>. Acesso em: 8 de setembro de 2023.

OLIVEIRA, Felipe Braga de. Juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 6, n. 1, p. 157-174, 2020. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/d424/691a1845e923fe6e29d7d196cf5ded19733a.pdf>>. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cardoso Moreira de. **O estatuto da criança e do adolescente e o sistema recursal no processo para apuração de infração penal: um processo garantista?** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_06_74.pdf>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Ato infracional e natureza do sistema de responsabilização**. Evolução histórica do direito da infância e juventude. 2006. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Justica-adolescente-e-ato-infracional.pdf#page=23>. Acesso em: 18 de setembro de 2023.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed.

rev., atual., e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PENALVA, Ernesto Pedraz. ***Derecho procesal penal tomo I. Principios de derecho procesal penal***. Madrid: Editorial Colex, 2000.

PÉREZ, Álex Carocca. ***Manual el nuevo sistema procesal penal chileno***. 5. ed. atual. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A constituição e o processo penal**. 1.ed. Lisboa: Diabril Cooperativa Editorial, 1976. p. 25.

PLACHI, Soraia Priscila; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Soraia Da Rosa. Ativismo judicial e a presunção de inocência do adolescente infrator—análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 122.072/2014. **Revista de Direito Brasileira**, v. 14, n. 6. p. 186-199. 2016.

PLATZER JUNIOR, Hugo; CHAVES JUNIOR, Aírto. Aspectos destacados do descumprimento da transação penal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.1, 1º quadrimestre de 2011. p. 147-169. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RAMIDOFF, Mário Luiz; RAMIDOFF, Luísa Munhoz Bürgel. **Lições do direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2017.

RAMIDOFF, Mário Luiz; TEIXEIRA, Alexander Haering Gonçalves. A nulidade decorrente da carência de fundamentação no juízo de admissibilidade da ação penal. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, p. 299-314, 2020. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4123>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Acusação e defesa no processo penal brasileiro**. Disponível: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/54868718/RAMOS_acusacao_e_defesa_no_processo_penal_brasileiro-libre.pdf>. Acesso em: 26 de julho de 2023.

ROBERTO, Welton. **A paridade de armas no processo penal brasileiro**: uma concepção do justo processo. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco.

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 3. ed. Florianópolis: Emais, 2022.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del derecho penal**. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. Ed. ver. amp. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SANTOS, Mariane Mauss dos; COSTA, Ana Paula Motta. O procedimento de responsabilização de adolescentes pela prática de ato infracional: a incoerência da instrumentalização cível na fase recursal e a necessidade do reconhecimento de um direito penal juvenil. In: **Congresso Nacional do CONPEDI (26.: 2017: São Luís, MA). Direito penal, processo penal e constituição II**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. 2017. p. 39-56. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/201406/001059717.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional**: garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e responsabilidade penal**: da indiferença à proteção integral. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos Princípios Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito de constitucional**. 11. ed. rev e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Constituição, direitos fundamentais e processo penal: a discussão em torno da legitimidade jurídico-constitucional da realização do interrogatório do réu no início ou ao final da instrução. **Revista da AJURIS**, v. 41. n. 134, 2014. p. 325-336. Disponível em: <<https://meriva.pucrs.br>>. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e; LEÃO, Nizardo Carneiro. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4439>>. Acesso em: 4 de agosto de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 10, n. 2, p. 145-169. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/14418>>. Acesso em: 9 de agosto de 2023.

SILVA, Marcelo Gomes. **Menoridade penal**: uma visão sistêmica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Recursos constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

SOUZA, Cleiton Henrique da Silva; MADEIRA, Fernando Nunes. Ausência de justa causa no processo infracional: uma análise do parágrafo segundo do artigo 182 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. **Revista JusFARO**. v.2. n.1. dezembro, 2020. Disponível em: <<https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/370>>. Acesso em: 11 de agosto de 2023.

SOUZA, Douglas Lima de. A ausência de interesse de agir do Estado na apuração de atos infracionais pretéritos à conclusão de medida socioeducativa já imposta ao adolescente. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 24, p. 163–179, 2019.

SOUZA, Wilian Lira de. Sistemas processuais penais. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPA**, v. 8. n. 1, jan/jun, 2005. p. 113-129. Disponível em: <<http://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/juridica/article/view/1345>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

STAFFEN, Marcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. A impugnação dos julgados e o dever constitucional de motivar as decisões no microssistema dos juizados especiais federais. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 1, n. 42, 2016. p. 250-276. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1494>>. Acesso em: 15 de agosto de 2023.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Repensando o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: tributo a Elio Fazzalari. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TELES, Alana dos Santos. Da verdade real à verdade negociada: breves apontamentos sobre a justiça negocial no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 05 out 2022. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/59399/da-verdade-real-verdade-negociada-breves-apontamentos-sobre-a-justia-negocial-no-brasil>>. Acesso em: 29 de agosto de 2023.

TIEDMANN, Klaus. *El Derecho Procesal Penal*. In: ROXIN, Claus. ARZT, Gunther. TIEDMANN, Klaus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Versão de Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer. Barcelona: Editora Ariel, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à lei dos juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VALADA, Daniela Cristina. A estigmatização e a sua influência na etimologia criminal. **Repositório institucional UNIVEM**, 2019. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/handle/11077/1917>>. Acesso em 15 de setembro de 2023.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

VERONESE, Josiane Rose Petry, LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro. 2013. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

WEDY, Miguel Tedesco; VILELA, Augusto Tarradt. A prisão na sentença e a prevalência do art. 387, § 1º, do CPP. **Boletim IBDCRIM**. v. 31. n. 370, setembro/2023. p. 15-17. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/680>. Acesso em: 11 de setembro de 2023.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

WIEZZER, Victor Emanuel; BATISTIN, Larissa Haick Vitorassi. A subjetividade do aplicador no caso de remissão pré-processual e processual. **Diálogos e interfaces do direito – FAG. Revista Científica do Curso de Direito**. v. 4, n.1, 2021. p. 30-44. Disponível em: <<https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/download/80/64>>. Acesso em: 18 de agosto de 2023.

WINTER, Lorena Bachmaier. *Sistemas procesales: La hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo*. **Revista del Instituto del Ciencias Jurídicas de Puebla AC**, n. 24. 2009. p. 172-198. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968008.pdf>>. Acesso em: 3 de agosto de 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.