

O interrogatório do adolescente no processo infracional e o HC 212.693/PR

Autor: Márcio da Silva Alexandre. Juiz de Direito, titular da Vara de Atos Infracionais no TJDF e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais.

Sumário: 1. Introdução; 2. O significado da nova norma e as primeiras impressões; 3. Breves anotações sobre o interrogatório no Código de Processo Penal; 4. O procedimento previsto no ECA; 5. A razão principiológica da oitiva do adolescente no início da instrução não examinada pelo STF; 6. Consequências de interrogar o adolescente no fim da instrução; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

1 - Introdução

Em 05 de abril de 2022, o Min. Ricardo Lewandowski julgou, monocraticamente, o HC 212.693/PR e concedeu ordem para que adolescente acusado de prática de ato infracional fosse interrogado ao final da instrução. Embora o impetrante tivesse pedido a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 184 do ECA, dispositivo que prevê o interrogatório no início do processo, a decisão não acolheu a pretensão. Diante disso, no caso específico, houve dois interrogatórios. Um, com base na lei específica; e o segundo, com fundamento na lei processual geral.

O referido julgado utilizou, como fundamento para sua decisão, o que fora decidido no HC 127.900/AM. Por meio dessa ação, relatado pelo Min. Dias Tóffoli, o STF estabeleceu a seguinte orientação sobre interrogatórios previstos em legislação especial: “A norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado”.

Sem a pretensão de esgotar os assuntos relacionados ao momento melhor para a realização do interrogatório, as presentes linhas objetivam iniciar uma discussão sobre a repercussão da extensão do que fora decidido no julgado mencionado no parágrafo anterior, no âmbito do procedimento regulado pelo ECA. A natureza de norma especial levaria, em princípio, numa conclusão apressada, à subsunção do procedimento de apuração do ato infracional ao que fora decidido pelo plenário da Suprema Corte. O

objetivo, contudo, é reclamar um olhar constitucionalmente diferenciado e específico que não fora, pelo menos, expressamente, observado nas decisões aqui citadas.

A discussão é importante também porque os Direitos Penal e Processual Penal juvenis não são muito discutidos e estudados no âmbito acadêmico. A temática não costuma chamar atenção dos dogmáticos. Não por outra razão, Sérgio Salomão Shecaira introduz sua obra sobre o assunto, afirmando que o Direito Penal juvenil é “uma das áreas em que menos se estuda no direito penal”¹. A jurisprudência reflete o referido abandono², como é possível observar da leitura dos votos proferidos no julgamento do HC 127.900/AM. Não se falou do ECA. Até mesmo em decisões que tratam especificamente do tema da delinquência infanto-juvenil, é perceptível a falta de olhar diferenciado. É extremamente comum tratar de crimes, de Processo Penal ou de Direito Penal sem se atentar para o fato de que adolescentes também praticam crimes e são responsabilizados por isso.

É bem verdade que o costume, questionável, de falar que adolescente não os pratica, mas comete atos infracionais, contribui para esse distanciamento. Além disso, quando há debates sobre a questão infracional, percebem-se discussões enviesadas, carregadas de emoções exacerbadas, por parte de defensores e opositores à causa da infância, o que se dá sem muita preocupação acadêmica. De um lado, os paternalistas sonhadores; de outro, os punitivistas. Para aqueles, a delinquência juvenil é tudo, menos crime; para estes, os menores devem ter o mesmo tratamento dispensado ao maior de 18 anos: cadeia! Isso é ruim, na medida em que as soluções encontradas prendem-se à ideologia e fogem da técnica. Perdem a ciência, o Direito, a sociedade e, principalmente, o adolescente.

O presente trabalho pretende trazer alguns questionamentos sobre a perigosa e irrestrita comparação entre o adolescente e o indivíduo adulto, como parece ter feito o

¹ *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 13.

² Outro exemplo: sem examinar o singular instituto da oitiva informal sob a perspectiva de direito fundamental de o adolescente ser ouvido por qualquer autoridade (art. 111, V, ECA) e, com isso, poder exercer influência sobre o Promotor de Justiça na apuração do ato infracional, antes do oferecimento da acusação formal, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o referido instituto específico do Direito infracional presta-se exclusivamente ao interesse do Ministério Público. A consequência dessa terrível jurisprudência é o fato de que adolescentes podem e são acusados de praticarem crimes sem sequer serem ouvidos por alguma autoridade antes do Juiz, em um processo formal e sabidamente estigmatizante. Vide REsp n. 662.499/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 7/12/2004, DJ de 14/2/2005, p. 234.

recente julgado. O propósito é apresentar alguns tópicos que se imaginam importantes, com base no ordenamento jurídico validamente estabelecido no país, e que foram solenemente ignorados pela Suprema Corte, de maneira a evitar repetição de julgados que não analisam o tema sob uma perspectiva aparentemente esquecida por essa Corte, embora já cristalinamente conhecida, principalmente porque tem assento constitucional.

De partida, convém pontuar a inovação normativa trazida pelo HC 212.693/PR. Na sequência, procurar-se-á realizar algumas ponderações sobre a relevância do interrogatório para o apuramento da verdade, bem como a razão fundante da necessidade de as autoridades públicas ouvirem o adolescente o mais rápido possível. Por fim, algumas repercussões devem ser colocadas, de maneira a gerar uma reflexão mais profunda acerca do costume irrefletido e ruim de ver o adolescente como se fora um adulto. A ideia, com isso, é reforçar a necessidade de respeitar a condição especial de pessoa em desenvolvimento e, nesse sentido, fortalecer o princípio do interesse superior da criança e do adolescente.

2. O significado da nova norma e as primeiras impressões

Pelo que é possível compreender da conclusão dos referidos julgados, no processo infracional, não se aplica, exclusivamente, nem o ECA, nem o procedimento previsto no CPP. Este porque o acusado somente é interrogado por último; aquele, porque o adolescente é interrogado apenas no início. E também não serve de parâmetro o HC 127.900/AM, pois, através desse julgado, todos os procedimentos fixados em legislação especial que previam o interrogatório no início passaram a seguir o modelo previsto no Código. Nenhuma das fontes normativas citadas prevê o interrogatório no início e no final da instrução. Assim, tudo indica que, por meio de uma decisão, monocrática, o ministro da Suprema Corte brasileira criou um procedimento que não está previsto na legislação ou em entendimento consolidado pela jurisprudência pátrias. Sua excelência juntou as três fontes citadas para criar uma regra específica para o processo infracional. O que parece ser bem grave é o fato de isso ter acontecido ao arpejo da Constituição Federal, como será visto logo abaixo.

A se mantiver essa orientação, principalmente pelo fato de que a decisão monocrática orientou-se pelo que foi assentado no HC 127.900/AM, não parece exagero afirmar que a Suprema Corte terá ensejado alteração substancial no ECA, sem, contudo,

deixar isso expresso, tamanha a repercussão. Além disso, ao que parece, o ECA, lei especial, estará a ser modificado a partir de uma alteração no CPP, lei geral, ocorrida há cerca de 14 anos! Nessa ocasião, o referido estatuto já estava em vigor há quase duas décadas. E, depois da mudança na lei adjetiva geral, o procedimento previsto na lei estatutária continuou a vigor por vários anos. Em se admitindo essa situação, teremos uma nova engenharia jurídica que permite sustentar um novo padrão de validade do estatuto infanto-juvenil, que, a partir de agora, passaria a ser, além da CF/88, também o CPP. Se não estiver de acordo com esse Código, precisa sofrer uma releitura, de modo a contemplar a norma nele prevista. E isso deve ser feito independentemente do fato de o modelo de responsabilização dos adolescentes ser completamente diferente do previsto para os adultos.

Outra situação que chama atenção no HC 212.693/PR (assim como também no HC 127.900/AM), que se reputa de fundamental relevância: não se observa qualquer menção a importantes artigos da própria Constituição Federal que dispõem especificamente sobre crianças e adolescentes, como, por exemplo, o artigo 227, que estabelece a “primazia em favor das crianças e adolescentes em todas as esferas de interesse”³, independentemente da situação jurídica específica a que estejam submetidos.

Essa omissão sugere que a Corte Suprema examinou sujeito com uma condição especialíssima, diferente de qualquer outro que se envolva com crime, como se fora um adulto. A discussão travada em quase todo o julgamento do HC relatado pelo Ministro Dias Tóffoli, parâmetro para a decisão monocrática criticada, era sobre a aplicabilidade da nova redação do art. 400 do CPP ao Processo Penal Militar. Somente ao final, deliberou-se por incluir todos os procedimentos penais regidos por leis especiais. Todavia, nenhuma de suas excelências mencionou o procedimento previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Foram citados os procedimentos da Lei de Drogas, de competência originária, em matéria penal, do STF e da Justiça eleitoral. Nada foi falado sobre ato infracional, Processo Penal infracional ou adolescente. A constatação do lapso chama atenção mais ainda no HC 212.693/PR, porque ele tratou do tema relacionado ao adolescente que se envolve com ato infracional. Tudo que a CF, o ECA, a Convenção

³ AMIN, Andréa Rodrigues. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (CDC), os defensores da causa infanto-juvenil e toda a sociedade repudiam.

Embora o silogismo possa levar à conclusão de que o Direito infanto-juvenil estaria abrangido pelo jugado paradigma, acredita-se que peculiaridades inexistentes nas situações reguladas por outras legislações extravagantes recomendam uma atenção especial ou, no mínimo, uma consideração individualizada, o que não se viu no âmbito da Suprema Corte. Por tudo isso e por outras razões mencionadas no texto, principalmente com relação às implicações da referida extensão da decisão, acredita-se haver necessidade urgente de um debate maior sobre o assunto.

3. Breves anotações sobre o interrogatório no Código de Processo Penal

Como se sabe, o interrogatório judicial é o ato processual no qual ao suspeito ou acusado é oportunizado apresentar sua versão sobre a imputação fática deduzida na inicial acusatória ao magistrado. Em 2008, quase 20 anos de vigência da Constituição Federal, houve o deslocamento do ato para o fim da instrução, mediante alteração do art. 400 do CPP. Além desse dispositivo, é importante observar que o artigo 187 do CPP delimita como o interrogatório deve ser realizado, separando-o em duas partes: na primeira, são feitas perguntas sobre a pessoa do acusado; na segunda, sobre os fatos. Em relação a essa segunda parte, o § 2º do mesmo artigo traz um rol de questionamentos a ser feitos.

Independentemente da natureza jurídica do ato (meio de defesa, de prova ou fonte de prova), e tenho que sempre é meio de defesa, analisando todo o roteiro a ser seguido durante o ato, de acordo com o dispositivo acima citado, parece-nos que a escolha de quando se fazer o interrogatório é uma opção de política legislativa. Tanto é assim que a questão discutida no HC 127.900/AM só eclodiu a partir da edição da Lei 11.719/2008. Não houvesse alteração do artigo 400 do CPP, muito provavelmente todos os réus estariam a ser ouvidos no início da instrução. E isso não alteraria a natureza jurídica do ato. Além disso, é relevante destacar que não pode haver nada que possa ser perguntado ao acusado cujo conteúdo ele não tenha tido conhecimento. Aliás, quando o inciso V do § 2º do art. 187 citado faz menção a perguntas sobre vítimas e testemunhas, não autoriza que se faça indagações sobre o que elas têm ou teriam dito. Assim, o que se vê é que o CPP restringe, no mérito, as perguntas aos fatos.

Em reforço à ideia de ser uma opção legislativa o momento em que o acusado deve ser convocado a falar sobre a imputação, é quase um dogma, na jurisprudência e na doutrina, quando tratam da “emendatio libelli”, a afirmação de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica descrita na denúncia, nem tampouco, acrescento, do que uma ou outra pessoa fala. A rigor, uma vez apresentada formalmente a imputação fática, o que se faz através da acusação formal, e a legislação exige que a denúncia contenha a exposição do fato “com todas as suas circunstâncias” (art. 44 do CPP), o acusado deve ser indagado sobre o que consta nela. Ainda no sentido de ser uma escolha, não se pode olvidar o fato de o ministro Ricardo Lewandowski ter mantido a integridade do art. 184 do ECA, respeitando, neste ponto, a opção do legislador estatutário.

É possível, contudo, que, durante a instrução, surja algum fato novo ou circunstância relevante, a ponto de alterar substancialmente o contexto fático-jurídico sobre o qual recai a acusação contra o imputado. Nesse caso, acredita-se deva essa situação ser incluída na acusação formal, mediante competente aditamento. Se não for, não deve ser considerada no momento do julgamento, sob pena de, aí, sim, violar o princípio da ampla defesa.

Por fim, releva pontuar que sempre é resguardado o direito de a defesa técnica falar por último. E a defesa técnica representa o acusado. Mesmo assim, o legislador entendeu relevante deixar o interrogatório para o final, quando, então, o acusado poderá, diante do conhecimento do que foi produzido nos autos, decidir qual a conduta deve tomar para exercer sua defesa pessoal.

Assim, é possível concluir que o interrogatório se presta, preponderantemente, à estratégia de defesa do acusado. Por isso, ao fim e ao cabo, a realização do interrogatório, no Brasil, pouco tem a ver com o apuramento da verdade possível, finalidade para o qual, em apertada síntese, existe o processo judicial. Uma vez observada a carência de elementos probatórios para fundamentar uma condenação, basta que a defesa técnica instrua seu cliente a nada falar. Pronto: o imputado será absolvido. Ganha a defesa; ganha a pessoa do réu; perdem a vítima, a sociedade, o Estado. É a regra do jogo no processo onde vige o princípio acusatório.

E quando o acusado é um adolescente? À luz do que consta no artigo 227 da Constituição Federal, a regra do jogo deve ser a mesma? O processo infracional tem a

mesma finalidade do processo penal comum? Afigura-se ético instruir um adolescente a não falar para não ser condenado no Processo Penal juvenil? Essas questões também não foram analisadas nos julgados aqui referidos. A afirmação, sempre lembrada, quando se fala de crianças, de que elas constituem o futuro de uma nação, mereceu uma consideração diferenciada pelo legislador.

4. O procedimento previsto no ECA

A lei 8.069/90, amplamente conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em vigor há 32 anos, possui procedimento específico destinado a apurar a prática do ato infracional, conforme se observa do art. 171 ao 190. Examinando esse conjunto de regras, quando conjugamos o artigo 184 com o 186, extrai-se, em resumo, a seguinte ordem dos trabalhos: oferecida a representação (equivalente à denúncia do processo penal comum), o magistrado, após recebê-la, designa audiência para ouvir (interrogar) o adolescente sobre os fatos. Na sequência, não sendo possível encerrar o procedimento⁴, colhidas as alegações preliminares, designa-se audiência em continuação (audiência de instrução), oportunidade em que serão ouvidas as vítimas e testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. Por fim, depois de colher a derradeira manifestação das partes, o Juiz sentencia.

Todo esse procedimento, como já observado, é utilizado apenas e tão somente quando se verifica a necessidade de julgar o mérito da causa. Como se verá logo abaixo, na maioria das vezes, o procedimento formal não é sequer iniciado; em outras tantas, o procedimento termina no primeiro contato do adolescente com o Juiz. E isso ocorre porque o legislador estatutário voltou sua atenção para o adolescente e não para o crime por ele praticado. Não por outra razão o próprio órgão que acusa (Ministério Público) também tem o dever de zelar pelos interesses do acusado, o adolescente, *ex vi* art. 201, ECA, fato impensável em processo de cunho essencialmente acusatório.

Não resta dúvida, assim, que o adolescente apontado como autor de ato infracional, diversamente do que ocorre no CPP, é o primeiro a ser ouvido. O referido Código, aliás, de acordo com o art. 152 do ECA, só é aplicável de forma subsidiária, ou seja, apenas e tão somente quando não houver regra estatutária disciplinando a situação.

⁴ O processo infracional pode ser resolvido, nos termos do que dispõe os arts. 126 a 128, 186, § 2º, todos previstos no ECA, mediante aplicação do instituto da remissão.

A intenção do legislador, ao pontuar a subsidiariedade expressa, parece clara: não deve ser aplicado o CPP, quando houver regra específica no ECA. E isso decorre de texto da Constituição Federal, conforme se observa no art. 228.

Talvez, por isso, apesar de a nova redação do art. 400 do CPP está em vigor há mais de dez anos, a controvérsia específica não foi objeto de manifestação de muitos autores que se dedicam ao tema da delinquência juvenil⁵. Válter Kenji Ishida, no entanto, observou a situação, muito embora não se aprofundara sobre o tema. Após ressaltar a especialidade do procedimento, segundo ele, a imprescindibilidade da oitiva do adolescente no início decorre da possibilidade de ser beneficiado pelo instituto da remissão⁶.

A justificativa, contudo, não parece ser suficiente para afastar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a previsão da remissão afigura-se muito mais como efeito do que propriamente causa do procedimento especial. Nesse cenário, como se sabe, a remissão, instituto derivado da *diversion* do direito americano e previsto no art. 11 do texto das Regras de Beijing, consiste, basicamente, em resolver a situação jurídica dos adolescentes que se envolvem com a prática de crimes, de uma forma abreviada, sem que seja necessário recorrer ao procedimento formal, tradicional e sabidamente estigmatizante de solução da lide penal. Por isso, o termo remissão pouco tem a ver com seu significado semântico.

A rigor, não se perdoa o adolescente que comete crime, quando se concede remissão, ainda que desacompanhada da consequência jurídica prevista no ECA (medida socioeducativa). Em tais situações, verifica-se não ser necessária a instauração ou prosseguimento de procedimento formal e utilizado para finalizar o caso, porque já é possível concluir que o fato praticado pelo menor não passou de comportamento normalmente atribuível à imaturidade natural da idade ou, quando necessário, já se

⁵ Nada falam sobre o assunto: PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais. Coordenadores Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira e Munir Cury*. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 1143-1150. SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional. 4ª ed. rev. atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 242-243; MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helene Vieira Ramos. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 1115-1120; e 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 Editora, 2005, pp. 113-115.

⁶ *Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 446.

constata que a aplicação imediata de medidas responsabilizadoras previstas na lei – o que só é possível com a concordância sua e da defesa técnica - é suficiente para fazer com que o adolescente seja responsabilizado e não se envolva mais com delitos. Tudo isso sem que seja necessário declarar a culpa em sentença condenatória. Sequer exige-se a confissão, como ocorre no novel instituto introduzido no Direito processual comum, denominado de acordo de não persecução penal (ANPP).

Diante do contexto específico (art. 126 do ECA), resolve-se a questão jurídica, sem que seja necessária a adoção de caminho tradicionalmente conhecido de resolução da lide penal. Para isso, contudo, a lei exige, dentre outros elementos, que se avalie a participação do adolescente nos fatos. Logo, há a necessidade de se indagar ao maior interessado a dinâmica de como o suposto delito ocorreu. A oportunidade de dar sua versão dos fatos é corolário do direito à liberdade de opinião e expressão (art. 16, II, ECA). A supressão dessa parte do procedimento, como um caminho para compatibilizar a manutenção da vigência do art. 184, ECA, como já se defende⁷, a partir do novo entendimento do STF, permite que o menor seja responsabilizado, quando aceita cumprir alguma medida socioeducativa, suprimindo a possibilidade de ele dar sua própria versão dos fatos. E, com isso, influenciar aquele que tem o poder de decidir sobre a instauração ou o prosseguimento da ação penal socioeducativa (Promotor de Justiça e Juiz).

Através do direito fundamental de ser ouvido, por qualquer autoridade, quem tem alguma vivência em Vara de Infância sabe que, por meio da remissão extrajudicial ou judicial, é possível resolver muito mais da metade dos casos envolvendo adolescentes infratores, sem que seja necessário julgamento de mérito da causa. No âmbito do Distrito Federal, a título de exemplo, cerca de 70% das demandas infracionais são resolvidas mediante a utilização do referido instituto. Convém, por isso, investigar um pouco mais sobre o motivo pelo qual é relevante ouvir o adolescente logo no início do procedimento infracional.

5. A razão principiológica da oitiva do adolescente no início da instrução não examinada pelo STF

⁷ Nota Técnica do CONDEGE e ANADEP, disponível em <http://condege.org.br/arquivos/3116> (acessado em 28 de setembro de 2022).

Embora a maneira abreviada de resolver a imensa maioria dos casos de adolescentes que se envolvem com a prática de atos infracionais seja importante fator para a observância da ordem de oitiva estabelecida no processo infracional, há que se analisar as verdadeiras razões que justificam a existência do procedimento autônomo e que, por consequência, levaram à necessidade de se criarem institutos específicos ou próprios do ramo do Direito infanto-juvenil do que propriamente causa da oitiva primeva do menor.

Um caminho a ser seguido, nesse sentido, parece ser o conteúdo material do princípio da igualdade, estampado no art. 5º, I, da CF/88, cujo significado restou assentado na célebre Oração aos Moços de Rui Barbosa⁸, consoante se observa nesta passagem que evidencia a importância de se compreender o sentido da expressão muitas vezes esquecida no cenário jurídico atual: “A regra de igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nessa desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real”.

Prosseguindo no fio da igualdade substantiva, em busca da origem do procedimento, chega-se ao artigo 228 da CF/88: “*São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial*”. Não obstante a primeira parte desse artigo trazer norma ainda pouco perscrutada pela doutrina e jurisprudência, que, normalmente, repetem, de maneira quase automática, a afirmação de que menores não praticam crimes, para essas linhas, interessa a segunda parte do dispositivo.

A Constituição Federal determina que os menores de 18 anos devem sujeitar-se à legislação específica, própria, individualizada. A mensagem do constituinte originário parece clara, além de óbvia: adolescente não é adulto! Legislação especial não é legislação comum. Se o legislador constituinte quisesse que fosse aplicada a legislação geral em detrimento da especial, quando incompatíveis, obviamente, não teria previsto essa última.

⁸ Oração aos Moços. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944. p. 38-39.

Ainda com relação à possível antinomia, não custa lembrar as lições de Carlos Maximiliano: “Sempre que descobre uma contradição, deve o hermenauta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos”⁹. Em seguida, o mesmo autor traz algumas fórmulas consagradas na doutrina para compatibilizar eventuais antinomias, dentre as quais o fato de “não ser lícito aplicar uma norma jurídica senão à ordem de coisas para a qual foi feita. Se existe antinomia entre a regra geral e a peculiar, específica, esta, no caso particular, tem a supremacia”¹⁰.

Com todas as vênias possíveis, o STF está a maltratar essa doutrina básica. Além de estabelecer uma nova legislação, combinando o ECA com o CPP, por força do que decidido em outra ação que não tratou especificamente do tema infanto-juvenil, claramente está a legislar positivamente, criando uma nova disciplina normativa processual, sem, todavia, atentar-se para as determinações estabelecidas na Constituição Federal (artigos 22, I, e 128).

Nesse quadro, é importante pontuar que, no texto constitucional, não se observa nenhum outro indivíduo que o legislador constituinte originário tenha referenciado explícita ou implicitamente, de forma a impor a observância de lei específica, especial, na dicção constitucional. Nenhuma menção é feita ao autor de crime eleitoral, crime militar, crime político ou qualquer outro. Nenhum desses procedimentos é especial em razão da condição diferenciada da pessoa.

Quando se olha para o crime militar, a diferença do procedimento está relacionada à natureza da infração ou ao bem jurídico penalmente tutelado. No mesmo sentido, ocorre com os crimes eleitorais ou políticos. A característica do autor é desimportante para a fixação do procedimento especial. Aliás, a especialidade do procedimento é por pura opção política do legislador ordinário; não do legislador constituinte originário. É especial, por assim dizer, circunstancialmente. Pouco importa a pessoa acusada. O mesmo indivíduo pode ser julgado na Justiça Militar, na Eleitoral ou no foro político. A distinção do procedimento decorre, em resumo, de estar o autor vinculado, de alguma forma, a essas áreas específicas de maneira que sua conduta atinja

⁹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17ª edição. Editora Forense, 1998, p. 136.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 136-137.

bem jurídico relacionado a valores da caserna, à lisura do processo eleitoral ou a aspectos ligados ao campo político. Nada tem a ver com o autor, enquanto pessoa.

Em caso de adolescente, contudo, a situação é completamente diferente, porquanto o procedimento diferenciado tem origem na condição natural de toda e qualquer pessoa que tenha menos de dezoito anos de idade. Pouco importa o bem jurídico atingido ou o crime praticado. Não por outra razão a Justiça da Infância é competente para julgar todo injusto-típico, desde que o suspeito seja adolescente. E o procedimento é aquele previsto na legislação própria, qual seja, o ECA. Até mesmo em casos de crimes dolosos contra a vida, não obstante sua competência ter matriz na CF/88, não se aplica o procedimento especialíssimo do Tribunal do Júri. A CF/88 e ECA estão em sintonia com o Direito Internacional. No mesmo sentido, o número 3 do art. 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas exige que os Estados-partes criem procedimento específico para apurar a conduta de adolescentes que se envolvem com crimes. O sistema de Justiça não tem competência para combinar leis e criar um procedimento diferenciado.

A reforçar a diferenciação entre os sujeitos, adolescente infrator não se submete a penas; submete-se a medida socioeducativa, que, embora tenha carga retributiva, ostenta natureza precipuamente ressocializadora. E o que é mais relevante: as medidas socioeducativas serão aplicadas apenas e tão somente se isso se for necessário. Adolescentes, quando têm a liberdade restrita, ficam em condições específicas, em unidade de estabelecimento educacional. Não ficam em presídios, penitenciárias ou delegacias. A restrição da liberdade antes da sentença é demasiadamente restrita e limitada a prazo exíguo e improrrogável (arts. 108 e 183, ECA).

Outro ponto a ser mencionado é o fato de o adolescente, como todos sabem, ser uma pessoa em desenvolvimento¹¹. O adolescente é alguém que o legislador constituinte originário entendeu que não tem condições psíquicas de compreender determinada situação tal como a pessoa adulta. Ele tem condições de entender os fatos; mas não da mesma forma e em toda sua plenitude, inteireza e extensão, pois não tem maturidade suficiente. Por isso, não se sujeitam a penas ou ao processo penal comum. É

¹¹ Art. 6.º 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.

em razão dessas peculiaridades que existe a necessidade de se tratar de forma distinta. Nem melhor, nem pior, mas diferente.

Não sem motivo, as ações que devem incidir sobre crianças e adolescentes em situação de risco são naturalmente urgentes, nos termos do princípio da prioridade absoluta, de envergadura constitucional, consoante previsão expressa no art. 227. Não há qualquer outro indivíduo que tenha tido essa preocupação do poder constituinte originário, que, por isso, reclama uma valorização incondicional do interesse superior da criança e do adolescente. E mais do que isso: o referido artigo exige que não só a família mas também a sociedade e o Estado coloquem-no a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Com relação ao ato infracional, além de garantir que o adolescente tenha conhecimento formal dos fatos, igualdade na relação processual e direito à defesa técnica, o inciso V do art. 227 da CF/88 afirma que o direito à proteção especial impõe sejam observados princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

Esses dispositivos, os artigos 227 e 228 da Constituição Federal, quase nunca são mencionados em decisões que, numa visão deturpada e curta da igualdade, procuram dar o mesmo tratamento dispensado ao adulto, quando, na verdade, a CF/88 e toda a normatização sobre o tema impõem seja dado tratamento diferenciado, por meio de legislação distinta, própria, adequada aos objetivos e valores inerentes à condição de pessoal especial em desenvolvimento.

Não por outra razão, o ECA traz também princípios próprios (também não lembrados na decisão monocrática), derivados do princípio constitucional da prioridade absoluta, aplicados ao processo infracional, dentre eles, destacam-se o da intervenção precoce e o da atualidade (art. 100, incisos VI e VIII, ECA). O primeiro indica a necessidade de o poder público, a sociedade e a família agirem tão logo a situação de perigo ocorra. O segundo exige que as circunstâncias que devem nortear a intervenção sejam aquelas verificáveis no momento da decisão, e não aquelas observadas por ocasião do fato, no caso, do crime.

Aquele que labora em varas criminais sabe da real possibilidade de a instrução do processo criminal não se encerrar em uma única audiência, em razão da necessidade de ouvir todas as testemunhas de acusação e de defesa, antes do interrogatório. Não é incomum a remarcação de audiências, em razão da indispensabilidade da oitiva de vítimas e testemunhas faltantes. Em acontecendo isso, no processo infracional, não parece difícil admitir que a intervenção das autoridades competentes poderia ser postergada, o que redundaria em violação aos interesses dos menores.

Dessas situações resulta uma constatação inexorável: o modelo de responsabilização penal do adolescente é diferente do previsto para o adulto. E isso nada tem a ver com a afirmação estéril de que adolescente não comete crime, mas ato infracional. Pouca ou relevância alguma isso tem. O que importa é analisar o fato sob a perspectiva e os interesses de quem o pratica, porquanto a característica de o agente ser menor de 18 anos foi considerada fundamental para o poder constituinte originário, ao traçar as diretrizes que foram seguidas, sabiamente, pelo legislador ordinário. Esse cenário permite a constatação de que o modelo penal e processual penal comum é necessário e essencialmente retributivo; por outro lado, o modelo de responsabilização juvenil é essencialmente ressocializador e eventualmente necessário.

Por isso, em regra, todo adulto que se envolve com a prática de crimes, uma vez descoberta sua autoria, inexoravelmente (ressalvadas as situações de ações penais condicionadas ou aquelas reservadas à iniciativa do particular), será submetido a um processo por meio do qual o Estado acusador buscará a aplicação da pena prevista na lei. Isso somente não acontecerá se o Estado deixar o fato ser alcançado pela prescrição. Não sendo assim, o autor de um homicídio simples estará sujeito a pena de 6 a 20 anos, mesmo que a acusação seja proposta e aceita a poucos dias de o fato não interessar mais para o Direito Penal. Pouco importa se o sujeito largou a vida do crime; quase nenhuma relevância tem a circunstância de ela ter constituído família, estar trabalhando, ter-se graduado, não ter tido envolvimento com a polícia após aquele fato antigo. Uma vez praticado o crime, não atingido pela prescrição, provada a culpa, o réu irá se submeter à pena prevista em lei.

Entrementes, quando estamos a tratar de adolescente, a situação muda completamente. É possível que o adolescente cumpra uma medida socioeducativa sem

que haja até mesmo ação penal socioeducativa, como já dito acima. E, ainda que fique provada sua conduta, pode o menor não sofrer consequência alguma. Há alguns dispositivos no sistema normativo juvenil (ainda em vigor) que comprovam isso: arts. 126-128, 201, todos do ECA, além do art. 46 da Lei do SINASE.

Por isso, tudo em homenagem também à prioridade absoluta e à intervenção precoce, cabível a execução imediata da medida socioeducativa. A execução da pena do adulto nunca tem início com a condenação pelo juiz do conhecimento. No caso do adolescente, a exceção é não executar a “pena” de forma imediata. Afinal, qual seria o sentido de se exigir prioridade absoluta, se houvesse a obrigação de a execução da medida ressocializadora aguardar o julgamento dos tribunais? A jurisprudência, até agora, após muito claudicar com a entrada em vigor da Lei 12.010/2009, já se consolidou sobre esse ponto¹².

Como já destacado, há diversas situações que diferenciam o sistema penal socioeducativo do sistema penal comum. E todas elas, ao fim e ao cabo, não decorrem da natureza do crime, mas, sim, da condição relacionada à pessoa, ao indivíduo adolescente, enquanto ser em processo de desenvolvimento. Essas razões - sequer resvaladas na fundamentação do HC 212.693/PR e muito menos do HC 127.900/AM -, a nosso sentir, justificam o processo diferenciado.

Desde 1990, o adolescente é ouvido no início do processo infracional. É ouvido depois de conhecer os fatos que são imputados. Vítimas e testemunhas são ouvidas depois, se necessário, mas devem ser indagadas, tendo por parâmetro, o plano acusatório disposto na representação. Além de tudo isso, há ainda um ponto ético a ser levantado, que é desconsiderado, ou aceito, sem maiores questionamentos, em relação aos adultos.

Conquanto não se desconsidere o caráter retributivo, os fins essencialmente buscados em um processo infracional, onde a apuração da verdade possível dos fatos é de somenos importância, é estabelecer a melhor maneira e o momento ideal de o Estado agir sobre o adolescente de forma a que não mais se envolva com a delinquência. Por essa razão, a responsabilização penal do adolescente nem sempre é necessariamente buscada, por meio de uma sentença penal socioeducativa de mérito. Sob esse aspecto, parece que

¹² HC 346.380/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 13/05/2016).

permitir que o adolescente seja fomentado, estimulado, a tratar seu relato como um mecanismo puro e simples de buscar evitar sua responsabilização, tal como ocorre no Processo Penal comum, é normalizar ou até mesmo estimular comportamento no mínimo inadequado em indivíduo que está em importante fase de desenvolvimento.

Não se quer dizer, com isso, que o Estado deva estimular ou obrigar o adolescente a falar a verdade, a se auto incriminar. O que se pondera é que a sua autodefesa seja feita com as garantias constitucionais e legais de um processo ético, principalmente para ele próprio, estabelecido segundo os objetivos encampados em campo próprio da Constituição Federal e da legislação específica. Ao revés, tratar o processo infracional como se fora apenso do processo penal comum poderá trazer efeitos indesejados, como se passa a expor.

6. Consequências de interrogar o adolescente no fim da instrução

A utilização de lei geral, quando há disposição específica, além de afrontar a Carta Política, irá dar um nó difícil de ser desatado cujas consequências poderão ser sentidas por toda a sociedade e, principalmente, pelo adolescente. Vejamos algumas que necessitam de regulamentação.

A primeira delas é o fato de que o adolescente deve estar presente para acompanhar o término da instrução e ser interrogado ao final. O que fazer em caso de ele não comparecer? Encerra-se a instrução e julga-se o feito? Intima-o para esclarecer por qual razão não compareceu? Intima-se; ele não comparece. E aí? Criamos uma espécie de “revelia” e, mais uma vez, damos o mesmo tratamento dispensado ao adulto, e julgamos sem o segundo interrogatório?

A ser aplicada a nova legislação “ECA/CPP/HC127.900/AM/HC212.693/PR”, o adolescente é ouvido inicialmente, pois, em vigor, ainda, o art. 184 do ECA. Ele confessa. No final da instrução, o adolescente recebe orientação da defesa técnica, de ética duvidosa, para se retratar da confissão, porquanto, sem sua colaboração espontânea, não se consegue provar sua culpa. Qual interrogatório valerá? O Juiz deve esquecer que o adolescente espontaneamente lhe contou, por exemplo, sobre a forma como ele abordara a vítima e, após encostar a faca contra o pescoço dela, subtraíra-lhe o aparelho de telefonia móvel?

Seguindo ainda o início do parágrafo anterior. Com a nova regra, independentemente de confissão, qual o sentido realizar novo ato de interrogatório, se imputados, vítima e testemunhas devem prestar suas declarações tendo por base a imputação fática descrita na representação? O adolescente, assim como o imputável, deve poder conhecer toda a prova produzida em juízo contra ele, certamente dirão os defensores da tese de que o menor deve também ser ouvido por último. Como já dito, o artigo 187 do CPP fala sobre como deve ser o interrogatório. Todas as pessoas que prestam depoimento, no processo criminal/infracional, falam sobre os fatos descritos na imputação. Além disso, será que o advogado não tem o dever de dar conhecimento a seu cliente do que tem no processo (art. 8.º do Código de Ética da OAB)? Ele não o representa?

Aquele que tem alguma experiência em Vara de Infância sabe que a delinquência juvenil raramente tem a complexidade observável na criminalidade adulta. A comparação entre o número de varas com competência criminal e o número de varas infracionais é um bom indicativo disso. A título de exemplo, só no Distrito Federal, há 3 destas, incluindo uma exclusiva de execução de medidas socioeducativas, e mais de 100 daquelas, entre criminais comuns, juizados e especializadas. Em mais de 15 anos presidindo instruções em processos infracionais, jamais presenciamos eventos que demandassem interesse em ouvir novamente o adolescente, em razão do que testemunha ou vítima tivesse dito em durante a instrução. Ainda que houvesse essa necessidade, não haveria óbice algum a que fosse feito requerimento fundamentado, demonstrando a necessidade de escuta do menor sobre aquele ponto específico. Tal providência pode e até deve ser tomada de ofício, pelo magistrado, com base no poder geral de cautela. Contudo, essa situação, especialíssima, jamais poderia ensejar a modificação do rito previsto no ECA em vigor há tanto tempo, sem que houvesse um debate aprofundado, amplo e, de preferência, no foro adequado, que certamente não é no âmbito dos tribunais, ainda que estejamos a falar da mais alta Corte do país.

Outra questão que necessariamente surgirá, a seguirmos a nova orientação: o que devemos fazer com relação ao momento de execução da medida socioeducativa? Já dissemos que o assunto está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, “ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio”. Se o fundamento para reinquirir o adolescente é a mera extensão do que está previsto no CPP, não existirá razão para não se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal socioeducativa condenatória. O adulto

só perde a condição de inocente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A execução da medida socioeducativa imediata, na medida em que é consequência jurídica do reconhecimento da prática de um crime (ato infracional), violaria a presunção de inocência. Logo, o adolescente também deveria ter o mesmo tratamento jurídico. Se o raciocínio não estiver errado, o que fazer com a prioridade absoluta? E a intervenção precoce? E a necessidade de atender ao princípio da atualidade? E não pode ser uma objeção séria e digna à aplicação da mesma lógica do trânsito em julgado a alegação de que adolescente não pratica crime. Ato infracional é crime (art. 103, ECA).

Caso passemos a observar a necessidade de aguardar o trânsito em julgado para executar a medida socioeducativa, o que fazer com a impossibilidade de se prorrogar a internação provisória, após o julgamento do caso em primeira instância? Condenou o adolescente ao cumprimento de medida restritiva de liberdade, solta-se, em seguida, considerando que a execução só pode ocorrer após o trânsito em julgado? Mantém-no “preso preventivamente” e esquece a limitação de 45 dias de duração da internação provisória? Se é relativamente comum adulto cumprir sua “pena” preso cautelarmente, a quantidade de adolescentes a cumprir medida socioeducativa através de internação provisória parece que será bem maior, considerando o tempo relativamente curto de execução das medidas socioeducativas, quando comparado com o necessário para que ocorra o trânsito em julgado.

Além das situações acima, o art. 43 da Lei do Sinase (12.594/2012) tem previsão de o Juiz que acompanha a execução da medida socioeducativa substituí-la, inclusive por outra mais gravosa, caso isso seja necessário para se atingir os fins buscados com a aplicação dela. O Juiz da execução penal não tem autorização para alterar a natureza da pena fixada pelo juiz do conhecimento, em regra. Como poderá a Lei do Sinase prevalecer, diante do entendimento da Suprema Corte de que o adolescente não pode ter tratamento diferente do que previsto para a pessoa adulta?

Enfim, há diversas situações substantivas e adjetivas que são diferentes no Direito Penal e Processual Penal juvenil e comum. A unificação delas não pode ocorrer sem que haja uma reflexão cuidadosa sobre os escopos que a sociedade, através do Parlamento, imaginou ser adequado individualmente para cada grupo de pessoas. A Suprema Corte, por mais relevante que seja seu papel, deve agir com muita cautela e

parcimônia, principalmente, quando o conjunto normativo encontra regramento próprio, específico, na Constituição Federal. Acredita-se que nem sempre a Corte deva dar respostas a demandas que lhe são submetidas, notadamente, quando o poder maior de todos, o poder constituinte originário, reservou, expressamente, esse papel a outrem, Parlamento.

7. Conclusão

Acreditamos que ainda há tempo para uma reflexão mais cuidadosa, de maneira a salvar as normas que dispõe adequadamente sobre o processo infracional, principalmente, pelo fato de as decisões aqui citadas não terem examinada a questão em toda sua plenitude.

Acredita-se que, por tudo aqui exposto, é preciso ter muito cuidado com o excesso de comparação entre os Processos Penais comum e especiais. Não se pode negar aplicação da previsão estatutária pela isolada comparação de dispositivos legais, sem levar em consideração toda a Constituição Federal. Mais do que isso: é imprescindível que se busque a razão de ser de cada disposição normativa. Com isso, acredita-se que se chegará à conclusão de que a oitiva do adolescente antes da vítima, testemunhas etc tem razão principiológica, finalística e guarda compatibilidade com a Carta Política, com a CDC e não ofende as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Ao revés, o procedimento previsto no ECA encontra-se, há mais de 30 anos, em sintonia com a garantia do devido processo legal específico, criado em decorrência de imposição constitucional específica voltada a atender as necessidades peculiares de adolescentes que praticam atos infracionais.

Pensamos que o procedimento de apuração do ato infracional estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser preservado *in totum* porque emana diretamente da Constituição Federal de 1988 e busca alcançar os valores e objetivos nela previstos. Os princípios e as normas específicos, autônomos, independentes, de moldura constitucional própria, impõem respeito e aplicação, sob pena de tornar o Estatuto da Criança e do Adolescente mero apenso ao Código de Processo Penal, embora ambos tenham a mesma estatura normativa. Mais do que isso: em razão da utilização da hermenêutica constitucional e de técnicas doutrinárias para solução de antinomias aparentes, é possível afirmar que aquele tem supremacia sobre este. Não desejamos, com

isso, afirmar que o ECA seja imutável. Suas alterações, contudo, até para preservar a segurança jurídica conquistada ao longo dessas mais de três décadas de vigência, devem ter discussão adequada e ser implementada, se o caso, por aqueles que têm o poder legítimo para tanto: o povo, através do Congresso Nacional.

Se as cortes de justiça não se autocontiverem no intuito de refrearem seus ímpetos de buscar o mesmo tratamento dispensado ao adulto, é provável que não tarde a aplicação também de penas de reclusão para o adolescente. Afinal, diante da comparação ilimitada, embora não seja possível tratar de maneira mais prejudicial, nada impede que se observe tratamento semelhante. Se parte do ECA pode ser alterada em razão de norma voltada para adulto, não seria possível esquecê-lo, completamente, e ficarmos apenas com o CPP e CP? O adolescente não seria tratado de forma mais gravosa, mas receberia o mesmo tratamento. Então, para que Varas de Infância e da Juventude? Para que internação em estabelecimento educacional? Qual utilidade do ECA? Daí, voltaremos à fase da indiferença¹³, época que se conferia à criança e ao adolescente o mesmo tratamento dado ao delinquente adulto: as penas eram as mesmas; os espaços de cumprimento eram idênticos; eram julgados pelos mesmos Juízes; e não havia distinção de regras processuais.

8. Bibliografia

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Edição da Revista Arcadia, 1944.

COSTA, Ana Paula Motta Costa. **As garantias processuais e o Direito Penal juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

DE PAULA, Paulo Afonso Garrido. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**. Coordenadores Josiane Rose Petry Veronese, Mayra Silveira e Munir Cury. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹³ SARAIVA, João Batista da Costa. *Op. cit.*, p. 18.

MORAES, Bianca Mota e RAMOS, Helane Vieira. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos.** MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional.** 4ª ed. rev. atual. Incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/2009. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de garantias e o Direito Penal Juvenil.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Regista dos Tribunais, 2015.