



PROPOSTA DE TESE

Nome: VINICIUS SANTOS DE SANTANA

Defensor Público do Estado do Paraná

Lotação: Colombo

SÚMULA

É inconstitucional e inconveniente a expedição de condução coercitiva e mandado de busca e apreensão para obrigar o adolescente a comparecer em audiência de apresentação.

ASSUNTO

Ato infracional. Inconstitucionalidade e inconveniência do mandado de busca e apreensão. Violação do direito de defesa. Direito do adolescente de não produzir prova contra si mesmo. Direito do silêncio que viabiliza o direito de não comparecer à audiência. ADPF 444.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A tese surgiu em decorrência de atuação prática, onde se verificou que os adolescentes sofrem tratamento mais gravoso que um adulto ao serem obrigados a comparecer em audiência de apresentação, por meio de mandado de condução coercitiva ou busca e apreensão.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Da vedação da condução forçada do adolescente ao Juízo para oitiva em audiência de apresentação.

O adolescente pode ser conduzido forçadamente ao Juízo para sua oitiva em duas hipóteses: a) quando citado e não comparecer à audiência de apresentação, por meio de mandado de condução coercitiva (art. 187, do ECA) e; b) quando não citado e não comparecer à audiência de apresentação, por meio de mandado de busca e apreensão.



Sobre o tema, a doutrina majoritária tem se limitado a descrever os conceitos e as hipóteses de aplicação da regra contida no ECA, nada lecionando sobre a sua inconstitucionalidade e inconveniência (NUCCI, 2018; ROSSATO, LÉPORE, & CUNHA, 2019; AMIN...[et al], 2018; ISHIDA, 2015)

Ocorre que o direito à autodefesa é uma faculdade do adolescente, podendo ser ou não exercida por ele.

Na primeira hipótese, quando o adolescente não comparece à audiência de apresentação e tenha sido devidamente citado, deve-se entender a sua ausência como exercício do direito ao silêncio.

Neste caso, o uso arbitrário do poder do Estado de conduzir o adolescente para audiência de apresentação fere o princípio da proteção integral, já que estará tratando o infante como mero objeto, uma vez que elimina o seu direito de autodeterminação.

Judicioso é que o adolescente é pessoa em desenvolvimento e, portanto, em estado de amadurecimento mental, assim, qualquer conduta agressiva do Estado contra o infante importa em abalo psicológico irremediável.

Outrossim, quando o adolescente é conduzido coercitivamente pode se entender que o Estado está determinando que o adolescente preste esclarecimentos, violando a Constituição Federal¹ e as normais internacionais de Direitos Humanos².

Nota-se que atualmente o adolescente sofre tratamento mais gravoso do que um adulto, já que caso fosse imputável e sofresse um processo crime não teria contra si qualquer mandado expedido (art. 367, do Código de Processo Penal³).

Ora, ao adulto é garantido o direito ao silêncio, mas ao adolescente sua presença é forçada, mediante intimidação do Estado que deveria zelar por sua proteção de forma prioritária.

O direito ao silêncio garante não só a possibilidade de nada dizer em qualquer procedimento/processo de investigação penal, mas também a faculdade de o acusado não comparecer ao ato sem que lhe seja imposta qualquer sanção.

¹ art. 5º, LXIII.

² art. 8. 2. G, da Convenção Americana de Direitos Humanos e art. 40, 2. B), iv), da Convenção sobre os Direitos da Criança

³ Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.



Mostra-se flagrante a desproporcionalidade entre as medidas adotadas para um adulto e para um adolescente que está sendo responsabilizado penalmente pelo Estado.

A dignidade do adolescente é reduzida à vontade soberana do Juízo que, em último caso, determina se o infante poderá ou não fazer uso do seu direito ao silêncio.

Conforme elucidado pelo Ministro Gilmar Mendes no voto da ADPF 444 (que declarou inconstitucional a condução coercitiva para interrogatório) o *“direito constitucional ao direito ao silêncio só faz sentido porque o investigado pode optar por falar, e porque suas declarações têm valor. Não fosse assim, o interrogatório seria simplesmente proibido.”*

Fato é que o direito ao silêncio é um DIREITO e não um DEVER, portanto, qualquer interpretação que imponha ao adolescente a prática de uma conduta de forma involuntária deve ser considerada ilegal.

Assim, propõe-se, que, caso o adolescente não compareça voluntariamente na audiência de apresentação, o processo siga sem sua oitiva, já que a sua ausência deve ser considerada como exercício do direito ao silêncio.

Desta forma cabe ao Poder Judiciário, enquanto não houver modificação legislativa, reconhecer a ilegalidade e inconvencionalidade⁴ da condução coercitiva do adolescente para a audiência de apresentação.

Da releitura sobre a forma de cumprimento do mandado de busca e apreensão do adolescente para comparecimento em audiência de apresentação

O art. 184, §3º, do ECA, prevê que se o adolescente não for citado e não comparecer à audiência de apresentação deve ser expedido mandado de busca e apreensão, para sua condução forçada até o ato processual.

Como visto acima, qualquer condução involuntária do adolescente para a audiência de apresentação deve ser considerada inconstitucional e inconvencional. No entanto, no caso da expedição do mandado de busca e apreensão a violação é ainda pior.

⁴ O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as Convenções de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil e não internalizadas sob o rito da emenda constitucional possuem força de norma supralegal e portanto devem ser observadas pelo Poder Judiciário (RE nº 466.343). Assim, deve ser realizado o controle de convencionalidade da norma, ou seja, trata-se da verificação se a Lei está de acordo com a Convenção de Direitos Humanos aplicada ao caso. Para maior aprofundamento sobre o assunto recomenda-se a leitura da obra Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis, de Valério de Oliveira Mazzuoli.



Antes de adentrar sobre o grave atentado ao direito do adolescente por conta desta regra, se faz necessário realizar um paralelo com o Código de Processo Civil - CPC e com o Código de Processo Penal - CPP.

No CPC, em breve resumo, quando a parte requerida não é localizado para citação, há obrigatoriedade de a parte requerente diligenciar para tentar encontrar novo endereço que possibilite a prática do ato processual. Esgotados as diligências sem localização da parte requerida, deverá ser realizada a citação por edital e o processo terá seguimento com a nomeação de curador especial (art. 256, §3º c.c. art. 72, II).

No CPP, por sua vez, se o acusado não for localizado para a citação, após o esgotamento das diligências⁵, será realizada a citação por edital, porém, o processo ficará suspenso (art. 366).

Em ambos os casos é imprescindível sejam realizadas diligências para tentativa de encontrar a parte ré para citação, no entanto, o ECA, em contramão, determina a expedição do mandado de busca e apreensão sem qualquer comprovação de esgotamento do recurso menos grave.

Ressalta-se que o CPC visa a tutelar conflitos na esfera patrimonial, enquanto o CPP visa a restringir o Poder do Estado na esfera penal de responsabilização de imputáveis. Ou seja, os procedimentos processuais tutelam direitos inferiores ao do adolescente, uma vez que o procedimento de apuração de ato infracional deve restringir o Poder do Estado na responsabilização penal de pessoa que deve ser tratada com prioridade absoluta.

Novamente o ECA, em contradição à doutrina da proteção integral, torna o adolescente mero objeto durante o procedimento de apuração de ato infracional. Aqui já é possível falar, ao menos, em violações da dignidade do infante e no princípio da

⁵ 3. "A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado" (art. 351 do CPP). 4. A citação por edital, por sua vez, só ocorre caso o réu não seja encontrado, isto é, o fechamento da tríade processual, com a citação do réu, só pode ocorrer via editalícia, na hipótese de não se localizar o réu previamente. É a medida lançada pelo processo penal a fim de evitar a prescrição da pretensão punitiva, tanto que, após sua realização, é possível a aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, caso não haja o comparecimento do réu. 5. Por sua vez, o art. 362, na sua redação original, ou seja, antes da Reforma do Código de Processo Penal operada pela Lei nº 11.719/2008, dispunha que "Verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de 5 (cinco) dias.". O art. 366 do CPP, antes de ter sua redação modificada pela Lei nº 9.271/96, prelecionava: "O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado." (HC 426.646/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)



legalidade. Entretanto, a negativa sobre os direitos do adolescente ainda é mais profunda, já que há transgressão ao contraditório e à ampla defesa (defesa técnica e autodefesa).

A Convenção Americana de Direitos Humanos descreve que deve ser garantida a “*comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada*” e a “*concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa*” (art. 8. 2. b e c.). No mesmo sentido, mas com redação diferente, é o que dispõe o art. 40, 2., b), ii), da Convenção sobre o Direitos da Criança⁶.

Piovesan F e Fachin MG (2019) lecionam que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Barreto Leiva versus Venezuela, determinou que o acusado deve possuir conhecimento prévio da acusação antes da sua primeira declaração perante qualquer autoridade pública. E complementam que a Convenção Americana resguardou ao acusado o direito de ter acesso aos documentos e à acusação em tempo adequado para realizar sua defesa, sob pena de restar prejudicado o seu direito.

Ocorre que, nos termos do ECA, o adolescente apenas obtém ciência da representação ofertada pelo Ministério Público no momento do cumprimento do mandado de busca e apreensão, mais precisamente através das palavras do Juízo em audiência, assim, não lhe é garantido comunicação prévia e tempo razoável para elaboração de estratégia de defesa.

Neste sentido o direito ao contraditório é violado por impedir que o infante possa influenciar na decisão do Juízo, já que seu depoimento estará prejudicado por ter sido inviabilizado o estudo sobre o caso.

Igualmente, é o que ocorre com ampla defesa, tendo em vista que a defesa técnica somente terá tido contato com o adolescente na audiência, o que impede o esclarecimento ao infante sobre todas as nuances processuais, justamente por ausência de aprofundamento no contexto fático exposto por ele. Também, no que se refere à autodefesa haverá prejudicialidade, uma vez que o adolescente esteve impossibilitado de receber orientação adequada da defesa técnica.

⁶ Artigo 40, 2. ii) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou seus de representantes legais, das acusações que pesam contra ele, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e a apresentação de sua defesa;



Assim, chega-se à conclusão de que deve ser vedada qualquer condução forçada do infante à audiência de apresentação.

Nesta linha, para evitar as referidas violações, se faz necessária a realização do controle de constitucionalidade da norma, através do princípio da interpretação conforme a Constituição, para que o §3º do artigo 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente seja lido da seguinte forma:

“Não sendo localizado o adolescente (após esgotadas as diligências para sua localização), a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão (para citação em Juízo), determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva (audiência de) apresentação.”

Esta interpretação visa a resguardar todos os direitos do adolescente, já que serão esgotados os meios menos lesivos, a sua condução forçada se dará apenas para possibilitar a citação e lhe será garantido prazo razoável para elaboração de estratégia de defesa.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Caso o Defensor ou Defensora Pública opte pela utilização da tese, tão logo obtenha ciência da determinação de condução coercitiva para audiência de apresentação, deverá solicitar a revogação imediata do mandado e continuidade do processo.

Já quanto ao mandado de busca e apreensão, o Membro ou Membro deverá solicitar a aplicação da interpretação conforme à Constituição para que o adolescente seja conduzido ao cartório do Juízo apenas para citação pessoal e intimação da data de audiência de apresentação.