



TESE INSTITUCIONAL 01

Nome: VINICIUS SANTOS DE SANTANA

Área de atuação: Família e Execução Penal

Lotação: Cascavel

SÚMULA

O adolescente representado pela prática de ato infracional equiparado à crime de menor potencial ofensivo possui direito subjetivo à remissão, por força do princípio da legalidade, quando presentes os requisitos do art. 76 ou do art. 89 da Lei. 9.099/95.

ASSUNTO

A remissão como direito subjetivo do adolescente no procedimento de apuração de ato infracional.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

CONTEXTO HISTÓRICO PENAL

Antes de ser apresentado o tema proposto no presente artigo, é de extrema importância o conhecimento sobre a evolução histórica penal sobre o direito da criança e do adolescente.

Fase do indiferente penal

Segundo Shecaira a etapa penal indiferenciada teve como período o século XIX até as primeiras legislações do século XX, este período ficou marcado por tratar os infantes quase que de forma semelhante aos adultos, no que se refere à aplicação de sanções penais (SHECAIRA, 2015).

É o que se depreende da leitura dos artigos 10, 11 e 13 do Código Criminal Brasileiro de 1830:

“Art. 10. Também não se julgarão criminosos:
1º Os menores de quatorze anos.



2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

3º Os que commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistiveis.

4º Os que commetterem crimes casualmente no exercicio, ou pratica de qualquer acto licito, feito com a tenção ordinaria.

Art. 11. Posto que os mencionados no artigo antecedente não possam ser punidos, os seus bens comtudo serão sujeitos á satisfação do mal causado.

(...)

Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.”

Neste caso vislumbra-se que, apesar de inicialmente as pessoas menores de catorze anos serem consideradas inimputáveis, o Código Penal trazia exceção que possibilitava a aplicação de sanção por tempo indeterminado, a critério do Juiz.

Ainda, tem-se que o infante, em qualquer hipótese, poderia ter seu patrimônio constrangido para a indenização da vítima.

Como se vê, o tratamento penal da criança e do adolescente era realizado pelo próprio Código Penal da época, não existindo regramento próprio que considerasse a condição peculiar dos sujeitos vulneráveis.

Em decorrência, os infantes eram presos com os adultos e sujeitos a todo o tipo de promiscuidade.

Fase da situação irregular

No início do século XX, com o crescimento do entendimento doutrinário de necessidade de proteção dos infantes, após inclusive às aprovações das Convenções nº 05 e 06 da OIT, foram editadas leis de caráter assistencialista.

Aqui os infantes deixaram de ser um “nada” para serem considerados “objetos”, já que a tutela do Estado era exercida primordialmente com base na miserabilidade em que se encontravam e sem que pudessem ser escutados.

No ano de 1923 foi criado o primeiro Juizado de Menores do Brasil, do qual foi



magistrado titular José Cândido Albuquerque Mello Mattos, que por sua vez daria o nome ao primeiro Código de Menores, de 12 de outubro de 1927. O referido código tratava das pessoas menores de 18 anos que eram consideradas abandonadas ou delinquentes.

A lei possuía expressões extremamente vagas e dava ao Juiz poderes inquisitoriais¹, o que gerava tratamento discriminatório entre os infantes da classe social baixa e rica, bem como, no caso penal, era aplicado verdadeiro direito penal do autor.

Desconsiderando os avanços no cenário internacional, no ano de 1979 foi editado Novo Código de Menores ratificando a doutrina da situação irregular. Neste, foi garantido ao Juiz a viabilidade de edição de ato geral abstrato de acordo com seu “*prudente arbítrio*”².

Por conta do excesso de poder atribuído ao Juiz de Menores durante o século XX, foi comum ver crianças e adolescentes de famílias pobres separadas de sua prole, sob o mantra do “*melhor interesse da criança*”.

Fase da proteção integral

Enfim, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, foi revisto o entendimento e aplicada a doutrina da proteção integral, fazendo constar expressamente que deve ser garantida, aos infantes, “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” (art. 227, caput).

Já na seara penal a Carta Magna previu a imprescindibilidade de observância dos “princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade” (art. 227, V).

¹ Decreto nº 17.943-A/27: “Art. 147. Ao juiz de menores compete: (...) XIII, praticar todos os actos de jurisdição voluntaria tendentes já protecção e assistencia aos menores de 18 annos, embora não sejam abandonados, ressalvada a competencia, dos juizes de orphãos;”

² Lei nº 6.697/79: “Art. 8º. A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, protecção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.”



Referida normativa foi de encontro às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, aprovada em 1985, que regulamentou desde direitos básicos do infante, passando pelas garantias processuais até a execução da sanção.

No ano de 1990 é editado o ECA, que revoga o Código de Menores, e procura viabilizar o cumprimento da ordem constitucional, inclusive diminuindo os poderes do Juiz para que atue de forma mais equidistante possível.

No mesmo ano foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas as Regras Mínimas para a Elaboração De Medidas Não Privativas De Liberdade (Regras de Tóquio) e as Diretrizes para a prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), as quais visam, dentre outras medidas, a redução da estigmatização e punição exacerbada do adolescente:

Regras de Tóquio

“Os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.”

Diretrizes de Riad

“4. É necessário que se reconheça a importância da aplicação de políticas e medidas progressistas de prevenção da delinquência que evitem criminalizar e penalizar a criança por uma conduta que não cause grandes prejuízos ao seu desenvolvimento e que nem prejudique os demais. Essas políticas e medidas deverão conter o seguinte:
(...)

e) reconhecimento do fato de que o comportamento dos jovens que não se ajustam aos valores e normas gerais da sociedade são, com frequência, parte do processo de amadurecimento e que tendem a desaparecer, espontaneamente, na maioria das pessoas, quando chegam à maturidade; e,

f) consciência de que, segundo a opinião dominante dos especialistas, classificar um jovem de "extraviado", "delinquente" ou "pré-delinquente" geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado”

Por fim, atendendo, ainda que parcialmente, à Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Infância e às reivindicações da doutrina especializada nacional, foi editada a Lei nº 12.594 (SINASE), no ano de 2012.



A REMISSÃO COMO DIREITO SUBJETIVO DO ADOLESCENTE

Segundo leciona Saraiva (ISHIDA, 2015):

A expressão *remissão* surgiu a partir das Regras de Beijing em seu art. 11; foi retirada do termo espanhol *remisión* diverso do termo em inglês que falava em *diversion* (tradução: algo não tão importante). A expressão como se extrai das Regras de Beijing não tratava especificamente de um perdão puro e simples, mas sim de aplicação de uma medida menos rigorosa e sem a estigmatização que o procedimento infracional imporia ao adolescente infrator (ISHIDA, Válter Kenji, *apud* SARAIVA, João Batista Costa, *Reflexões sobre o instituto da remissão e o Estatuto da Criança e do Adolescente*. “In” jusvi.com)

Assim, tem-se que a remissão é um instituto despenalizador, previsto nos artigos 126 a 128 e 148, II do ECA, que pode ser aplicado, nos procedimentos de apuração de ato infracional, pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo (pré-processual), ou pelo Juiz, como forma de suspensão ou extinção do processo (processual).

Os referidos artigos não preveem em quais atos infracionais poderá/deverá ser aplicada a remissão, deixando assim, segundo a doutrina majoritária (ROSSATO, LÉPORE, & CUNHA, 2018; ELIAS, 2010; TAVARES, 2012; ISHIDA, 2015), ao arbítrio do órgão de acusação e do órgão julgador o seu oferecimento.

Como vimos acima a discricionariedade na punição do adolescente está associada à fase da situação irregular, momento em que o infante era considerado como mero objeto perante a ordem legal, já que não detinha direitos.

Contudo, hoje, o adolescente é tratado legalmente como sujeito de direito e detêm a possibilidade de intervir no seu julgamento, mediante as garantias processuais penais, com auxílio de defesa técnica.

Tal fato é verificado quando da “concessão” da remissão cumulada com medida socioeducativa (nomeada como remissão imprópria), a qual precisa do consentimento do adolescente para ser aplicada.

Ocorre que a remissão não deve ser considerada um benefício, mas sim um direito do adolescente, podendo ser exigida por ele quando não apresentada pelo Ministério Público ou



pelo Magistrado.

O direito penal moderno sobre o direito da criança e do adolescente prevê que devem ser adotadas, para crimes menos graves, medidas alternativas, com o fim de diminuir o encarceramento e evitar a estigmatização (Doutrina da Proteção Integral da ONU).

O adolescente por estar em fase de desenvolvimento por vezes não possui consciência da consequência dos seus atos, ainda que tenha ciência do ato que está praticando.

Da mesma forma, é comum que o adolescente seja influenciado pelo meio em que vive, com quem convive e pela sedução ao “poder capitalista”, é o que se depreende das teorias criminológicas da Subcultura Delinquencial e da Tensão (SHECAIRA, 2015).

Diante disto, a aplicação da remissão ao adolescente irá lhe possibilitar uma nova chance, ou seja, uma oportunidade de se redimir e refletir sobre suas atitudes.

Cabe relatar, ainda, que as Regras de Beijing (Item. 3.1³), as Diretrizes de Riad (Item 54⁴) e o SINASE (art. 35, I⁵) preveem a aplicação do princípio da legalidade, o qual traz como conceito o fato de o adolescente não poder sofrer sanção que não seria aplicada a um adulto.

Salienta-se que a Lei nº 9.099/95, aplicada aos adultos, nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, traz medidas despenalizadoras como a transação penal (art. 76⁶) e a

³ 3.1 As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.

⁴ 54. Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem

⁵ Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

⁶ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.



suspensão condicional do processo (art. 89⁷). Assim, considerando a interpretação sistemática sobre as normas penais, é necessário aplicar aos adolescentes os referidos institutos.

Note-se, a grosso modo, que a transação penal pode ser equiparada à remissão imprópria ofertada ao adolescente pelo Ministério Público na fase pré-processual, enquanto que a suspensão condicional do processo pode ser equiparada à remissão imprópria ofertada pelo Juiz ao adolescente na fase processual.

Nesta linha, nos casos de prática, por adolescente, de ato infracional equiparado a crimes de menor potencial ofensivo, deve ser observado se o infante atende aos requisitos da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Estando presentes os requisitos deve ser considerada obrigatória a oferta de remissão ao adolescente, sob pena de estar sendo violado o princípio da legalidade, já que se fosse adulto seria agraciado com os institutos despenalizadores.

BIBLIOGRAFIA

ELIAS, R. J. (2010). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990* (4^a ed.). São Paulo: Saraiva.

ISHIDA, V. K. (2015). *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência* (16^a ed.). São Paulo: Atlas.

MACIEL, K. R., & AMIN, A. R. (2018). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos* (11^a ed.). São Paulo: Saraiva Educação.

ROSSATO, L. A., LÉPORE, P. E., & CUNHA, R. S. (2018). *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo* (10^a ed.). São Paulo: Saraiva Educação.

SHECAIRA, S. S. (2015). *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil* (2^a ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁷ 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).



TAVARES, J. d. (2012). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente* (8ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

É comum que os adolescentes sejam processados pelo Ministério Público pela prática de ato infracional equiparado aos delitos de: desacato (art. 331 do CP), desobediência (art. 330 do CP), resistência (art. 329 do CP), ameaça (art. 147 do Código Penal), uso de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06); furto simples (art. 155, caput, do Código Penal) e receptação (art. 180, caput, do Código Penal).

A prática de tais delitos, por adultos, via de regra, são abarcados pelos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, evitando que o adulto tenha contra si uma sentença penal condenatória.

No caso dos adolescentes, a ausência de aplicação dos institutos pode gerar uma sentença socioeducativa condenatória, que passa a produzir efeitos para fins de aplicação de medida socioeducativa de internação por reiteração, já que recentemente o Superior Tribunal de Justiça entendeu o termo “reiteração” é equivalente a um mais um.

Assim, tem-se que se o adolescente for condenado pela prática de ato infracional equiparado ao delito de furto simples e, posteriormente, no ato infracional equiparado a receptação, poderá ser penalizado com a medida socioeducativa de internação.

O mesmo exemplo pode ser aplicado quando o adolescente pratica ato infracional equiparado a tráfico de drogas e, posteriormente, ato infracional equiparado ao delito de furto simples.

Não se desconhece que o art. 122, II do Estatuto da Criança e do Adolescente indica que é necessário a “reiteração no cometimento de **infrações graves**”, no entanto, é conhecimento público que os Magistrados, por tratar-se de conceito indeterminado, aplicam o entendimento que lhe convém, internando o adolescente sob o falso prisma da legalidade.

Neste sentido, a presente tese tem o fim de prevenir que o adolescente seja responsabilizado de forma mais grave que o adulto.



SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Ofertada a representação pelo Ministério Público, sem o oferecimento de remissão, e designada a audiência de apresentação do adolescente, antes do início desta, o Defensor Público deve requerer a aplicação da remissão, quando possível, com base na tese acima.

Negada a remissão o Defensor Público deve interpor recurso de agravo de instrumento e impetrar habeas corpus simultaneamente, com o fim de pedir a nulidade do processo e reconhecimento do direito subjetivo à remissão.

Caso o processo seja julgado, o Defensor Público deve interpor recurso de apelação com pedido de nulidade do processo até a audiência de apresentação e oferecimento pelo Juízo de remissão.