



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FCJS

CAMILA SILVA MATOS

**AS DISCRICIONARIEDADES NO INSTITUTO DA
REMISSÃO: uma análise à luz do paradigma garantista.**

Brasília

2017

CAMILA SILVA MATOS

**AS DISCRICIONARIEDADES NO INSTITUTO DA
REMISSÃO: uma análise à luz do paradigma garantista.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Profª Selma Sauerbronn.

Brasília

2017

CAMILA SILVA MATOS

**AS DISCRICIONARIEDADES NO INSTITUTO DA
REMISSÃO: uma análise à luz do paradigma garantista.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof^ª Selma Sauerbronn.

Brasília, 15 de setembro de 2017

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

DEDICATÓRIA

Ao Promotor de Justiça Nino Franco, um verdadeiro professor extraclasse, o qual sempre esteve disposto a transmitir, com paciência e esforço, todo conhecimento que detinha durante meu período de estágio na Promotoria da Infância e da Juventude, despertando um pensamento crítico a respeito do trabalho desempenhado por um operador do direito.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a minha família que sempre me incentivou a seguir meus sonhos.

A professora Selma pela disposição e incentivo durante a elaboração desta pesquisa, e principalmente pelas excelentes aulas que foram ministradas a respeito do Direito da Criança e do Adolescente, sem as quais eu não poderia ter desenvolvido esta pesquisa. Muito obrigada por sua dedicação e desempenho!

RESUMO

O presente trabalho tratou das discricionariedades normativas no instituto da remissão ministerial e teve como objetivo analisar se essas discricionariedades se aproximavam do paradigma da situação irregular, presente no Código de Menores de 1979, ou do paradigma das Nações Unidas da proteção integral, aqui denominado como paradigma garantista. Inicialmente, abordou-se o recorte histórico desde as Ordenações Filipinas até à Lei 12.594/12, que regulou sobre a execução de medidas socioeducativas. Além disso, destacou-se as características do paradigma da situação irregular e do paradigma garantista, para que, ao final desta pesquisa, fosse possível verificar com qual paradigma as discricionariedades na remissão ministerial se aproximavam. Tratou-se também dos princípios e aspectos procedimentais a respeito da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, abordando os direitos individuais, as garantias processuais, o ato infracional e as medidas socioeducativas. Por fim, apontou-se aspectos sobre a remissão ministerial e as discricionariedades observadas na disciplina do instituto.

Palavras-chave: Paradigma Garantista. Situação Irregular. Remissão Ministerial. Discricionariedades.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 RECORTE HISTÓRICO	11
<i>1.1 Evolução do direito da criança e do adolescente</i>	11
<i>1.2 Aspectos do Paradigma da Situação Irregular</i>	14
<i>1.3 Aspectos do Paradigma Garantista</i>	19
<i>1.4 Diferença entre o Paradigma da Situação irregular e o Paradigma Garantista</i>	22
1.4.1 Características do Paradigma da Situação Irregular.....	22
1.4.2 Características do Paradigma Garantista	25
2 RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL À LUZ DO PARADIGMA GARANTISTA	29
<i>2.1 Os direitos e garantias individuais</i>	29
<i>2.2 O ato infracional e as medidas socioeducativas</i>	34
3 AS DISCRICIONARIEDADES NO INSTITUTO DA REMISSÃO MINISTERIAL .	44
<i>3.1 Instituto da Remissão</i>	46
<i>3.2 Discricionariedades normativas na remissão ministerial</i>	47
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das discricionariedades no instituto da remissão ministerial, com cumulação de alguma medida socioeducativa, sob a perspectiva do paradigma garantista, também chamado de paradigma das Nações Unidas da proteção integral.

O instituto da remissão é disciplinado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e tem a sua origem em instrumento internacional das Nações Unidas, conhecido como “Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude” (Regras de Beijing), instrumento que sedimenta o paradigma garantista, abraçado pela Constituição Federal de 1988.

A remissão é considerada um instrumento processual, o qual tem como intuito atenuar ou até mesmo evitar o oferecimento da representação em face tão somente do adolescente infrator, posto que uma criança autora de ato infracional está somente sujeita a aplicação de medidas protetivas. Nessa perspectiva, a pesquisa será norteadada exclusivamente em relação ao adolescente autor de ato infracional, e não à criança.

À vista disso, a remissão poderá ser concedida ao adolescente, tanto pelo Juiz da Vara da Infância, quanto pelo Ministério Público, cabendo cumular ou não medidas protetivas e/ou medidas socioeducativas, exceto as medidas de semiliberdade e de internação.

Uma das espécies da remissão é a *pré-processual* ou *ministerial*, a qual é concedida pelo Ministério Público e homologada pelo Juiz da Vara da Infância e da Juventude, tendo como objetivo a exclusão do processo. Nesse contexto, para concessão da remissão, o membro do Ministério Público levará em consideração “às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”, consoante o *caput* do artigo 126 do ECA.

Todavia, a concessão da remissão ministerial prescinde de instrução probatória, logo, não há obrigatoriedade na formação do juízo de certeza com ônus comprobatório da autoria e materialidade do ato infracional praticado pelo adolescente. Dessa forma, há possibilidade de sobrevir uma discricionariedade arbitrária por parte do Ministério Público e do Juiz da Vara da Infância, contrapondo-se às diretrizes do paradigma garantista.

Salienta-se que o paradigma garantista, presente na atual ordem jurídica brasileira, refutou a “situação irregular” para inaugurar no campo jurídico, social e político a “proteção integral” de adolescentes, reconhecendo a condição de sujeito de direitos dessa categoria, inclusive aos adolescentes em conflito com a lei.

Portanto, a pesquisa se pautará nas seguintes indagações: Há discricionariedades no campo normativo à concessão da remissão ministerial? Essas discricionariedades se aproximam do paradigma garantista ou do paradigma da situação irregular?

A hipótese orientadora da pesquisa é no sentido de que houve um bloco de discricionariedades normativas na disciplina da remissão ministerial que se aproximam das características de um paradigma ultrapassado, o da situação irregular.

O marco teórico da pesquisa baseia-se no que se convencionou chamar de paradigma das Nações Unidas da proteção integral ou garantista, que elevou o adolescente à condição de sujeito de direitos em fase peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para tanto, recorrer-se-á de reflexões de Beloff, Mendez, Veronese, Saraiva, Shecaira, dentre outros. Nesta pesquisa será utilizado o termo paradigma garantista.

Quanto à metodologia, a presente pesquisa empregará a revisão da literatura e a análise de instrumentos normativos, a fim de que esses últimos possam ser confrontados com os elementos que caracterizam ambos os paradigmas.

Assim, o primeiro capítulo abordará recortes históricos, incluindo a responsabilização penal de crianças e adolescentes desde as Ordenações Filipinas, no período colonial, até a mais recente alteração legislativa que regulou a execução de medidas socioeducativas, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. O intuito é evidenciar a indiferença pela qual crianças e adolescentes antes viviam, como meros objetos de direitos, até o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos, em peculiar fase de desenvolvimento, com prioridade absoluta a ser garantida pela família, sociedade e Estado.

Ainda no primeiro capítulo, serão destacadas as características do paradigma da situação irregular e do paradigma garantista, com registro das principais diferenças entre eles, de forma que seja possível verificar, ao final deste trabalho se as discricionariedades no instituto da remissão se aproximam do paradigma garantista ou do paradigma da situação irregular.

O segundo capítulo tratará dos princípios e aspectos procedimentais acerca da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, como os direitos e as garantias processuais, bem como sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas.

Já no terceiro capítulo, serão apontados aspectos sobre o instituto da remissão, a partir da disciplina fixada no Estatuto da Criança e do Adolescente, no intuito de identificar as discricionariedades legislativas na concessão da remissão ministerial, confrontando ao final, se essas discricionariedades se aproximam de qual paradigma, garantista ou da situação irregular.

A pesquisa registra importância para o ambiente acadêmico, pois reflete sobre aparente contradição entre o paradigma garantista e o instituto da remissão prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que pode colaborar para um debate sobre o tema na área jurídica, bem como fomentar uma reforma legislativa.

1 RECORTE HISTÓRICO

O Direito da Criança e do Adolescente surgiu no Brasil a partir de movimentos internacionais e nacionais que expressaram um inconformismo com o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes. À medida que se investigava a normativa brasileira antecedente sobre o tema, cada vez mais a população se exasperava, pois, historicamente, os infantes eram alvo de tutela legal e jurídica, mas apenas como meros objetos de intervenção estatal, sem que possuíssem qualquer cidadania ou direitos.¹

Assim, para que possamos compreender de forma adequada o Direito da Criança e do Adolescente, é indispensável conhecer o percurso conquistado por este ramo até o surgimento do paradigma garantista, o qual prevalece atualmente no campo jurídico brasileiro.

1.1 Evolução do direito da criança e do adolescente

Primeiramente, iniciaremos a abordagem pelas Ordenações Filipinas, as quais estavam em vigência no período colonial (1500-1815), no momento em que a coroa portuguesa desembarcou no Brasil ante a inevitável invasão a Portugal pelas tropas napoleônicas.

Neste período, quem agia na seara infracional era a Igreja, a qual tinha o objetivo de formar uma “nova cristandade”, buscando ações que influenciassem as crianças indígenas e mestiças sobre a “civilização”, retirando qualquer costume originário de seus pais. Para isso, desenvolveram casas de recolhimento que eram gerenciadas pela Companhia de Jesus.²

As Ordenações Filipinas prescreviam que a partir dos 7 anos de idade alcançava-se a imputabilidade penal. Desse modo, aqueles que estivessem entre a faixa etária dos 7 aos 17 anos eram tratados igualmente aos adultos, havendo apenas uma atenuação na aplicação da pena. Já para os jovens adultos (17 aos 21 anos) havia previsão da pena de morte por enforcamento. Diante disso, durante o período imperial brasileiro (1822-1889), houve uma

¹ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 7.

² TAVARES, Patrícia Silveira. *A Política de atendimento*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 377.

maior atenção para os indivíduos infratores, tanto menores quanto maiores, uma vez que a repressão nas Ordenações Filipinas era alicerçada pelo medo, mediante penas severas.³

No século XVIII, percebeu-se uma constância no abandono de crianças nas portas de igrejas, casas e até mesmo pelas ruas. O Estado visando resolver esta situação, implementou em algumas cidades uma prática adotada na Europa, conhecida como a “Roda dos Expostos” que era mantida pelas Santas Casas da Misericórdia⁴. Sobre o funcionamento desta medida nos esclarece Tavares:

Sistema das Rodas de Expostos, criado por iniciativa da Santa Casa de Misericórdia, em função do crescente número de crianças recém-nascidas deixadas em portas de conventos, das Igrejas ou até mesmo nas ruas dos centros urbanos que começavam a se formar. Segundo explicação da doutrina especializada no tema, a “roda” era um aparelho geralmente feito de madeira, em formato de cilindro e com um dos lados vazados, assentado em um eixo que produzia um movimento giratório, de modo a permitir a não identificação da pessoa que ali depositava a criança. Situava-se em local anexo às instituições destinadas ao acolhimento de crianças abandonadas, comumente denominadas “Casas dos Expostos”, “Depósito dos Expostos” ou “Casas de Roda”⁵

No Brasil imperial, através das casas de correção, o Estado começou a se envolver com a demanda da infância e da adolescência, especialmente pela política rigorosa que era empregada nas Ordenações como mencionado, destacando o Asilo dos Meninos Desvalidos, o qual tinha como foco “internar meninos encontrados nas ruas em razão da miséria, do abandono ou da ausência da família”⁶, lhes instruindo com ensino primário e de ofícios mecânicos. Embora se admita que “a instituição foi um avanço em relação ao assistencialismo até então praticado, já se percebe a tendência para educar e recuperar”⁷.

Além disso, com foco no Império brasileiro, o Código Penal de 1830 fixou a inimputabilidade aos 14 anos de idade, tendo também prescrito que caso um menor de 14 anos tivesse agido com discernimento na prática criminal, lhe seria aplicado medida que o direcionava para instituição de correção por tempo indeterminado, contanto que não excedesse a faixa etária dos 17 anos. Todavia, o Estado não conseguia executar a medida porque na

³ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

⁴ Ibidem. p. 46.

⁵ TAVARES, Patrícia Silveira. *A Política de atendimento*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 378.

⁶ Ibidem.

⁷ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 39.

realidade a quantidade de casas de correção não era suficiente para suprir a demanda, logo, os infantes eram direcionados para prisões de adultos.⁸

Na sequência, nos anos iniciais do Brasil República, do ponto de vista de Tavares, o quadro da pobreza, carência e criminalidade demonstraram-se visíveis com “as mudanças políticas e socioeconômicas ocorridas na metade do século XIX, notadamente, a abolição da escravidão, a proclamação da República e a crescente migração do campo para as cidades”. Por essa razão, acrescenta que o descontrole de epidemias, crimes e expansões urbanas se sobressaíram no começo desta época.⁹

Em vista disso, constatou-se a necessidade de outra lei penal, o Código Penal de 1890, o qual instituiu que os menores de 9 anos eram inimputáveis, embora, “os menores que contassem entre 9 e 14 anos, e que agissem com discernimento na prática de delitos, deveriam ser recolhidos a estabelecimento disciplinar industrial pelo tempo que parecesse adequado ao juiz, sem exceder o limite de 17 anos de idade”¹⁰, com previsão ainda, de pena atenuada aos infratores até esta idade. Contudo, da mesma forma que as casas de correção tiveram empecilhos para a sua aplicação, assim foi com o estabelecimento disciplinar industrial que não chegou a ser executado.¹¹

Em contrapartida, em alinhamento aos movimentos internacionais que ocorriam, em 1912 foi desenvolvido um projeto de lei pelo Deputado João Chaves, em que se propunha a criação de tribunais e juízes especializados com jurisdição e competência no âmbito da criança e do adolescente, o que retiraria a seara penal.¹²

Entretanto, em janeiro de 1921, entrou em vigor a lei n. 4.242 que prescrevia que somente os maiores de 14 anos de idade seriam imputáveis, sem previsão de responsabilização aos menores desta faixa etária, mesmo que tenham cometido o ilícito penal com discernimento na prática, como era previsto no Código Penal de 1890. Dessa forma, o legislador inovou com um critério objetivo da imputabilidade penal aos 14 anos de idade ao regradar que haveria

⁸ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 33.

⁹ TAVARES, Patrícia Silveira. *A Política de atendimento*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 378-379.

¹⁰ JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.* p. 39-40.

¹¹ *Ibidem*.

¹² AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

“exclusão de qualquer processo penal de menores que não tivesse completado 14 anos de idade”.¹³

Em meados de 1924, foi criado o primeiro Juizado de Menores que detinha um estabelecimento próprio para retirar e educar os infratores e os abandonados. Contudo, com o tempo, tornou-se ineficiente.¹⁴

Sucessivamente, no início do século XX, ideais voltados para as crianças e os adolescentes pobres e envolvidos com a criminalidade surgiram no país, tanto com o fim de “garantir o desenvolvimento da nação”, como pelo correto preparo para a convivência em sociedade. A partir disso, houve a promulgação da primeira legislação que dispunha especificamente sobre crianças e adolescentes, o Código de Menores de 1927, mais conhecido como Código Mello Mattos, cuja essência desenhava o paradigma da situação irregular.¹⁵

1.2 Aspectos do Paradigma da Situação Irregular

Com o Código Mello Mattos foi possível verificar a distinção dada entre os adultos, crianças e adolescentes, já que no Código Penal de 1890 somente os menores de 14 eram inimputáveis. Entretanto, a legislação de menores somente tutelava o “menor” de 18 anos que integrava o perfil descrito no artigo 1^o¹⁶ como em situação de abandono e delinquência, afastando assim, a aplicação para todas as crianças e adolescentes.

O intuito da lei era resgatar o menor para assumir uma conduta preceituada pelo próprio Estado que o tutelava sem o objetivo de se criar vínculos familiares, posto que era caracterizado como um “regime de internações”, logo, o foco era corrigir e não estimular vínculos afetivos.¹⁷

Além disso, o termo “menor” foi usado pela primeira vez no ordenamento jurídico, o que para Saraiva representou a criação de uma nova categoria jurídica, haja vista estes

¹³ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 44.

¹⁴ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 41.

¹⁵ TAVARES, Patrícia Silveira. *A Política de atendimento*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 379-380.

¹⁶ BRASIL, *Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 15.out.2016.

¹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

“menores” fazerem parte de um grupo socialmente excluído com a infância indigente e delinquente, diferentemente das crianças “bem-nascidas”¹⁸.

O Código de 1927 também teve como objetivo, criar normas sobre o trabalho infante, a delinquência, a liberdade vigiada e o pátrio poder, sendo que tais regras tinham a peculiaridade protecionista, assistencialista e controladora concentrada na vigilância do juiz que deveria decidir sobre o futuro dos “menores” delinquentes e abandonados.

Posteriormente, ao contrário do que era fixado no Código Mello Mattos, a Consolidação das Leis Penais (Decreto 22.213/32) fixou que os menores de 14 anos de idade não eram criminosos, logo, estabeleceu a idade penal em 14 anos, gerando divergência com aquela legislação de menores, visto que sujeitava os adolescentes de 14 a 18 de idade ao Sistema Penal adulto. Portanto, caso o menor estivesse envolvido com a seara criminal, seria tratado como adulto, sendo o Código Mello Mattos apenas aplicado se estivesse em situação de abandono, que então foi resolvido com o Código Penal de 1940.¹⁹

Anos depois, com a promulgação da Constituição de 1937, que inaugurou o Estado Novo na Ditadura Vargas, o Estado assumiu a responsabilidade de amparo social de crianças e adolescentes, despertando pontos relevantes de proteção e defesa.²⁰

Ainda, no decorrer do Estado Novo, diante de tantos projetos para implementação de um novo Código Penal Brasileiro que trocasse a Consolidação das Leis Penais, a qual apenas reformou o Código de 1890, prevaleceu o projeto que fixou a imputabilidade penal aos 18 anos de idade. A propósito, segundo Saraiva, é “expressa a exposição de motivos do Código Penal de 1940 ao afirmar que não cuida o projeto dos imaturos (menores de 18 anos) senão para declará-los inteira e irrestritamente fora do direito penal (art. 23), sujeitos apenas a pedagogia corretiva da legislação especial”²¹, qual seja o Código de Menores de 1927, que só atuava com os menores classificados como delinquentes e abandonados.²²

Ademais, no período do Estado Novo, instituíram-se diversos órgãos para cumprir com o regime controlador e intervencionista, dentre eles estava o Serviço de Atendimento ao

¹⁸ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 43.

¹⁹ Ibidem. p. 45-46.

²⁰ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 50.

²¹ SARAIVA, João Batista da Costa. *Op. Cit.* p. 47.

²² Ibidem. p. 47-48.

Menor (SAM) que tinha como intuito a correção pedagógica do menor, sem qualquer fortalecimento de vínculos familiares, impondo um regime de internação aos pobres, os quais teriam pré-disposição para cometimento da delinquência, sendo evidente o objetivo de retirar estes “menores” do convívio social, numa verdadeira higienização social.

Acreditava-se que a sistemática utilizada estava acentuando a questão do desvio social, tornando o SAM inadequado e ineficiente, sendo até mesmo tachado “apenas pelas internações, sem que se soubesse exatamente o que fazer com os internados e, pior, sem que se buscasse medida preventiva”²³.

Não foi preciso muito tempo para que diversas denúncias viessem à tona quanto ao tratamento degradante e violento que ocorria com as crianças e adolescentes, sem falar que a instituição tinha a reputação de ser uma verdadeira prisão para menores, onde se era possível aprender mais ainda sobre o crime, tornando-se uma notória “fábrica de criminosos”, já que o jovem quando passava pela instituição era rotulado como mais temido e perigoso.²⁴

Com o golpe militar, a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM) foi instituída, em razão das críticas que envolvia o SAM. A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor foi criada pela lei n. 4.513/64 que lhe conferiu autonomia administrativa e financeira²⁵, tendo “como objetivo formular e implantar a política nacional do bem-estar do menor, mediante o estudo do problema e planejamento das soluções, a orientação, coordenação e fiscalização das entidades que executem essa política”²⁶. Aliás, é importante mencionar que a finalidade, com a instituição da Fundação, era de dar amparo tanto aos menores pobres e marginalizados, como também a sua família.

Assim, extingue-se o SAM e cria-se a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), a qual tinha como escopo “superar o histórico de violência que acabou marcando o funcionamento do Serviço de Assistência ao Menor criado no governo Getúlio Vargas. Todavia, como a FUNABEM incorporou o SAM, levou consigo todos os seus vícios”²⁷.

²³ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 52.

²⁴ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 34.

²⁵ BRASIL, *Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 17.out.2016.

²⁶ Ibidem.

²⁷ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 53.

Para Neves de Jesus, a FUNABEM foi ineficaz, porque recorria a um “método pedagógico alienante” o qual não conseguia mudar a situação marginalizada de crianças e adolescentes, uma vez que “o problema era ideológico, social e estrutural”²⁸.

Durante os anos da vigência do Código de 1940, também existiram várias propostas de alteração desta legislação. Quando em 1963, o projeto Hungria propôs mudanças na imputabilidade penal, preservando a faixa etária dos 18 anos, com ressalva na viabilidade da aplicação da lei penal para adolescente a partir de 16 anos nos casos em que fossem comprovada a maturidade, aqui entendida como “capacidade de compreender o caráter ilícito do fato”²⁹. A proposta de Hungria chegou a ser publicada no Diário Oficial como novo Código Penal (Decreto-Lei 1.004/69), entretanto nunca entrou em vigor, sendo até revogado depois de prorrogações de *vacatio legis*.³⁰

Entre o fim dos anos 60 e início dos anos 70, várias discussões desencadearam no país com o objetivo de elaborar uma nova lei que substituísse o Código de Menores de 1927. Por isso, em outubro de 1979 foi criado um novo Código de Menores, a lei nº 6.697, que instituiu o paradigma da situação irregular.³¹

Os anos de aplicação do novo Código de Menores, foram os últimos anos do regime militar no Brasil. Portanto, foi um período de grande transformação política e restauração do Estado de Direito. Diversos movimentos surgiram com fito em inovações políticas e sociais, e dentre estas, foi quanto ao cenário em que as crianças e adolescentes enfrentavam.³²

O Código Menorista de 1979 tinha como objetivo principal determinar normas que também dispunham sobre a assistência, a proteção e a vigilância de “menores em situação irregular”³³, assim reafirmando o paradigma da situação irregular. Dessa forma, sob a jurisdição dos Juízes de Menores estavam todos os “menores” que se encontravam em situação irregular. O tipo empregado pelo Código era aberto e não fazia distinção entre os menores, assim,

²⁸ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 58.

²⁹ KOERNER, Rolf Junior apud SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 59.

³⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 59.

³¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

³² JESUS, Maurício Neves. *Op. Cit.* p. 62.

³³ TAVARES, Patrícia Silveira. *As Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 648.

independentemente de estar como vítima de abandono ou como autor de infração penal, ambos recebiam o mesmo tratamento.³⁴

Além disso, havia evidente discriminação entre o “menor” e “criança”, esta era nascida em família rica, enquanto aquele era oriundo de família pobre a qual não tinha capacidade para criar e educar os filhos, assim, os “menores” é que eram objeto da assistência e proteção do Poder Público. Nessa visão, toda criança e adolescente em situação de pobreza eram classificados como “em situação irregular”, o que legitimava a tutela do Estado através do Juízes de Menores que os introduzia no sistema da PNBEM.³⁵

Os “menores em situação irregular” levados para internatos ou detenções achavam-se em isolamento, não havendo neste período preocupação com os vínculos familiares, posto que a família ou a ausência desta era vista como a causa da situação irregular³⁶. Portanto, afirma-se que “durante todo esse período, a cultura da internação, para carentes ou delinquentes, foi a tônica. A segregação era vista, na maioria dos casos, como única solução”³⁷, implicava em cerceamento da liberdade, à guisa de medida de proteção.

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987-1988, mediante a pressão da comunidade internacional e de partidos políticos, foi instalada a Comissão Nacional com intento de sensibilizar a sociedade e o constituinte, o que acabou difundindo a defesa dos direitos das crianças em diversas palestras, debates, discussões, projetos etc.³⁸

Todavia, “os olhares do constituinte” somente se revelaram mais atentos a importância da temática infanto-juvenil, a partir da “intensa mobilização de organizações populares nacionais e de atores da área da infância e juventude, acrescida da pressão de organismos internacionais, como o UNICEF”³⁹.

³⁴ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 59.

³⁵ LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. *Juizado da Infância e da Juventude*. Porto Alegre, ano III, n. 5. p. 9-23. mar.2005. p. 13-14.

³⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55.

³⁷ Ibidem. p. 49.

³⁸ MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. *Revista USP (Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI)*. São Paulo, n. 37, p. 46-47, mar/mai. 1998.

³⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Op. Cit.* p. 49.

Com a promulgação da Constituição de 1988, especificamente no artigo 227, rompeu-se com o paradigma da situação irregular instituído pelo Código de Menores de 1979, acolhendo o paradigma da proteção integral às crianças e aos adolescentes com prioridade absoluta, os quais teriam 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”⁴⁰. Lembrando que o constituinte inovou ao estabelecer no regramento mencionado que o dever de garantir tais direitos é concorrente entre a família, a sociedade e o Estado.

Por isso, afirma-se que em consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o paradigma da proteção integral foi consagrado na Constituição Cidadã, afastando o paradigma da situação irregular, estabelecendo verdadeiramente uma mudança de paradigma e não somente de nomenclatura.⁴¹

Para Veronese, a partir do momento em que a Carta Magna consagrou um novo paradigma não só proporcionou à criança e ao adolescente a qualidade de sujeitos de direitos em processo de desenvolvimento, mas como também “obrigou as políticas públicas voltadas para esta área a uma ação conjunta com a família, com a sociedade e o Estado”⁴².

1.3 Aspectos do Paradigma Garantista

A visão de proteção especial dos infantes tem origem em vários documentos internacionais, como a Declaração de Genebra de 1924, que estabelecia o dever de promover uma tutela diferenciada, e também pela Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, que definia direitos especiais de cuidados e assistência.⁴³

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, considerado um marco essencial que identificou crianças como sujeitos de direitos com necessidades de amparo e cuidados especiais, determinou princípios para os Estado signatários que colaboraram para uma construção sólida de direitos fundamentais específicos, como a

⁴⁰ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, artigo 227. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.out.2016.

⁴¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53-55.

⁴² VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 9-10.

⁴³ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Op. Cit.* p. 8.

“proteção especial para o desenvolvimento físico mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação”⁴⁴. Há ainda as Regras de Beiyng, resolução n. 40.33 da Assembleia Geral da ONU de 1985, que prescreveu regras mínimas para a administração da Justiça especializada infante juvenil.⁴⁵

O Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, importante documento que determinou a toda criança direito à proteção especial por estar em condição inferior. Dessa forma, não só a família deveria garantir a medida de proteção, mas como também a sociedade e o Estado.⁴⁶

Ademais, cabe mencionar também os documentos internacionais aprovados pela Assembleia Geral da ONU em 1990, sendo o primeiro as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência Juvenil, mais conhecida como Diretrizes de Riad, que reconheceu a necessidade de produzir abordagens e estratégias internacionais, nacionais e regionais, estabelecendo princípios orientadores para prevenção da delinquência juvenil, e o segundo, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, que estabelece normas para proteção de jovens desprovido de liberdade de forma harmônica com os direitos humanos e liberdades fundamentais”⁴⁷.

No rol dos documentos mencionados, destaca-se com distinção a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, pois consagrou o paradigma garantista ao declarar que todos os menores de 18 anos de idade eram sujeitos de direitos específicos e, portanto, deviam ser protegidos, uma vez que se encontravam em processo de desenvolvimento, logo, fariam jus a uma prioridade absoluta. Ressalta-se, por fim, que o Brasil ratificou o referido documento internacional em lei interna, publicada por meio do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.⁴⁸

Cabe esclarecer que o Brasil somente se “antecipou” em abordar princípios e regras que só então viriam a ser preceituadas um ano depois, na Convenção Internacional, pois a

⁴⁴ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

⁴⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 8-9.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 9.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 8-9.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 9.

Comissão Constituinte teve a oportunidade de obter os rascunhos antes da aprovação. Por essa razão é que mesmo a Constituição Federal datar de 1988, portanto, anterior a Convenção, aquela está em conformidade com as disposições estabelecidos neste documento internacional.⁴⁹

Com as transformações decorrentes da promulgação da Constituição de 1988, garantias no campo da infância e da juventude foram estabelecidas, e que posteriormente foram reguladas com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990.⁵⁰

O Estatuto foi instituído para cumprir a norma legal da Constituição Federal de ampla tutela, sendo caracterizado como um microssistema de regras e princípios com 3 fundamentos primordiais. O primeiro é que toda criança e adolescente é um sujeito de direitos. O segundo é o reconhecimento que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, por isso, devem ser regidas por legislação própria especial e o terceiro, todas as crianças e adolescentes devem ter seus direitos garantidos com prioridade absoluta.⁵¹

Outro ponto relevante, na legislação especial, é a respeito da restrição da liberdade dos adolescentes que somente poderá ocorrer em circunstância de flagrante infracional ou por ordem escrita e fundamentada do juiz. Outrossim, a internação só poderá ser viabilizada em hipóteses taxativas preceituadas na lei, com limite de tempo pré-estabelecido.

É importante lembrar que o primeiro artigo da lei fixa o paradigma garantista. Os jovens outrora rotulados como em “situação irregular” não seriam mais alvo de controle e castigo como era no Código de Menores de 1979. Com o novo paradigma, todas as crianças e adolescentes teriam seus direitos garantidos com prioridade absoluta sem qualquer classificação discriminatória.⁵²

Acerca da inclusão da sociedade como um dos entes responsáveis por assegurar os direitos dos infantes, Neves de Jesus pontua que a Constituição e o Estatuto reconheceram “a

⁴⁹ SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016. p. 62-63.

⁵⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 7.

⁵¹ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

⁵² JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 65-66.

importância do controle social informal e da antecipação ao desvio social, ou seja, do prevaletimento da prevenção sobre o tratamento”⁵³, sobretudo, porque o adolescente em conflito com a lei não estará sujeito a políticas segregatórias punitivas, mas sim passará por um processo de socialização até que esteja apto para a convivência social.

No que se refere à política de atendimento, o ECA prescreve nos artigos 87 e 88 sobre as diretrizes básicas e as linhas de ação que deverão ser adotadas em toda rede de atendimento, de forma que, posteriormente, a Lei n. 12.594/12 foi criada para integralizar com esta nova política estatutária.

A referida lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que regulamentou a execução das medidas fixadas aos adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais. Além disso, é considerado como “o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios” com intuito de efetivar a política pública destinada ao adolescente em conflito com a lei e sua família, obrigando a implementação de programas para execução de medidas socioeducativas em âmbito municipal, distrital e estadual.⁵⁴

1.4 Diferença entre o Paradigma da Situação Irregular e o Paradigma Garantista

Como o cerne deste trabalho é analisar se a concessão da remissão ministerial está em conformidade com o paradigma garantista ou não, necessário se faz destacar as principais características do paradigma da situação irregular e do paradigma garantista para que seja possível efetivar a análise que se propõe.

1.4.1 Características do Paradigma da Situação Irregular

A primeira característica que se destaca no paradigma da situação irregular relaciona-se com o fato de que apenas “os menores” considerados em “situação irregular” é que eram objeto de intervenção, categoria criada para aqueles que não conseguiram ser introduzidos no convívio social através da família ou da escola. Nesse contexto, a criança ou o adolescente

⁵³ JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 67.

⁵⁴ BRASIL, *Lei n. 12.594 18 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 02.nov.2016.

que não estivesse adequado para o convívio em sociedade deveria ser institucionalizado, ser retirado do meio social.⁵⁵

Assim, verifica-se que houve uma distinção entre duas categorias de crianças, “os menores” que deveriam ser objeto de intervenção por estarem fora do eixo “família-escola” e as crianças “bem-nascidas”⁵⁶, as quais não se enquadravam legalmente no Código de Menores.⁵⁷

Caso esta última estivesse eventualmente em conflito com a lei penal a solução se dava por outros caminhos, desde que não fosse a prevista no Código de 1979. Na maioria das vezes, os conflitos de natureza penal dos “bem-nascidos” eram resolvidos através do próprio Código Civil ou por leis conexas. Já “os menores” que eram considerados “em situação irregular”, a lei os subordinava desde o nascimento, seja por meio da mudança social com a adoção seja através do confinamento em instituições pela internação.⁵⁸

Além disso, para Beloff as instituições e as leis que estabeleceram a situação irregular, chamado por ela de “modelo tutelar”, se adequaram a critérios da escola criminológica etiológica porque utilizaram termos como “pobreza”, “marginalidade” e “delinquência” para delimitar o quadro de aplicação prático na infância e na juventude, ou seja, eram critérios subjetivos e pessoais que possibilitavam ao Estado o direito de intervir na vida de crianças e adolescentes e não uma conduta previamente tipificada em lei.⁵⁹

Por essa razão, o paradigma da situação irregular caracterizou-se pelo uso de tipos penais abertos, os quais eram genéricos e imprecisos, posto que “o menor” adentrava na norma tutelar através de um agente estatal que discricionariamente o conceituava como “em situação irregular” por aspectos pessoais, familiares e sociais.⁶⁰

À vista disso, constata-se que o princípio da taxatividade foi deixado de lado, porquanto o objeto da lei não era preciso, podendo abranger o mais variado setor pobre da

⁵⁵ BELOFF, Mary Ana. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 22 e 23.

⁵⁶ SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 25.

⁵⁷ BELOFF, Mary Ana. *Op. Cit.* p. 24.

⁵⁸ MÉNDEZ, Emilio García. *La legislación de menores en America Latina: una doctrina en situación irregular*. In: MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. p. 4. Disponível em: <<https://goo.gl/i4OplV>>. Acesso em dez/2016.

⁵⁹ BELOFF, Mary Ana. *Op. Cit.* p. 21.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 25 e 26.

sociedade, crianças e adolescentes vítimas de abusos, maus-tratos, abandono e autores de supostas práticas infracionais, alcançando até mesmo os que se encontravam em perigo material ou moral, o que demonstra o vasto campo indeterminado de sua aplicação arbitrária.⁶¹

Importante mencionar que a opinião da criança e do adolescente era irrelevante, uma vez que eram julgados como meros objetos de proteção, eram também intitulados como “seres incompletos e incapazes que necessitam de uma abordagem especial”.⁶²

Ademais, não se pode deixar de lembrar que a principal reação para a “situação irregular do menor” se dava de forma concentrada nas mãos do Juiz de Menores, o qual se afasta da posição jurisdicional para desempenhar a execução de políticas sociais.⁶³ Nesse cenário, o Juiz de Menores tinha um amplo poder discricionário para intervir, bastando que houvesse ocorrência de ato infracional, ameaça ou violência de direito que em todos os casos a medida imposta era a privação da liberdade, desconsiderando qualquer garantia fundamental do Estado de Direito.⁶⁴

Vale mencionar que durante o procedimento da “intervenção protetiva”, aos “menores” não eram proporcionados um processo judicial com todas as garantias que um adulto à época dispunha quando cometia um crime.⁶⁵

A tutela estatal se fundava na “proteção da infância desvalida” que foi apenas uma mera escusa para desprezar direitos fundamentais e ampliar a violência e marginalidade que a princípio se visava evitar com a “intervenção protetiva” que aliás, não tinha tempo determinado para cessar, senão quando o adolescente alcançava a maior idade.⁶⁶ Assim, acredita-se que a real função do paradigma era apenas legitimar a ação do Estado sobre os considerados como “menores em situação irregular” devido a sua “situação de vulnerabilidade”.⁶⁷

⁶¹ MÉNDEZ, Emilio García. *La legislación de menores en America Latina: una doctrina en situación irregular*. In: MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. p. 5. Disponível em: <<https://goo.gl/i4OpIV>>. Acesso em dez/2016.

⁶² BELOFF, Mary Ana. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 24.

⁶³ *Ibidem*. p. 27.

⁶⁴ SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 25.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 26.

⁶⁶ BELOFF, Mary Ana. *Op. Cit.* p. 22.

⁶⁷ MÉNDEZ, Emilio García. *Op. Cit.* p. 5.

1.4.2 Características do Paradigma Garantista

Inicialmente, cabe registrar que com a ruptura do paradigma da situação irregular, o paradigma garantista reconheceu toda criança e adolescente como sujeito pleno de direitos. A Convenção Internacional foi um instrumento essencial que apartou qualquer dúvida em relação à atual elevação de crianças e adolescentes a sujeitos plenos de direitos. Além disso, como consequência da Convenção, o Brasil realizou um processo de alteração substancial não apenas na letra da lei, mas de estruturação em todas as áreas que lidam com a infância.⁶⁸

Atualmente, é assegurado às crianças e aos adolescentes todos os direitos garantidos aos adultos, incluindo direitos peculiares de quem está em desenvolvimento, e não como incapazes ou incompletos. À vista disso, afirma-se que a concepção agora é afirmativa, de modo que são sujeitos plenos de direitos e não meros objetos.⁶⁹

Ademais, estabeleceu-se que a família, a comunidade e o Estado são igualmente responsáveis em assegurar os direitos da criança e do adolescente quando estiverem sendo ameaçados ou violados. Portanto, quem estará em “situação irregular” será um deste corresponsáveis e não mais a criança ou o adolescente.⁷⁰

Com a mudança de paradigma, é afastado o entendimento de que as condições pessoais da criança e do adolescente podem legitimar a intervenção estatal. Dessa forma, a conduta delitiva concreta é o que habilita a ação do Estado.⁷¹

Diferentemente da situação irregular, as normas que consolidaram a proteção integral não fizeram distinção na infância, tendo como destinatário toda criança e todo adolescente os quais serão ouvidos e levados em consideração quando tiverem opiniões formadas.⁷² É, nesse sentido, que Amin destaca:

Trata-se de um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou

⁶⁸ MÉNDEZ, Emilio García. *La legislación de menores en America Latina: una doctrina en situación irregular*. In: MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. p. 8 e 9. Disponível em: <<https://goo.gl/i4OpIV>>. Acesso em dez/2016.

⁶⁹ BELOFF, Mary Ana. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 35.

⁷⁰ Ibidem. p. 37.

⁷¹ Ibidem. p. 35.

⁷² Ibidem. p. 36.

ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.⁷³

Outra característica trazida com a proteção integral é a distinção da competência da seara penal para as questões relativas as políticas sociais. Nesse cenário, a resposta para cada uma se dará de forma específica, o que permite a defesa de direitos a eles inerentes sem omissões generalizadas.⁷⁴

O novo paradigma trouxe também uma Justiça Especializada que agirá quando um adolescente menor de 18 anos praticar uma conduta previamente tipificada como crime. À medida que se estabeleceu os limites da intervenção estatal em resposta ao delito cometido pelo adolescente, primou-se em assegurar que o adolescente seja reconhecido como um sujeito de direitos.⁷⁵

Nesse sentido, vale ressaltar que esta Justiça Especializada é diferente daquela desenhada no paradigma da situação irregular, uma vez que nesta o adolescente estava sob o crivo do juiz de menores que constantemente lhe vedada direitos.⁷⁶

É assegurado a todo adolescente as mesmas garantias de que dispõe um adulto que esteja respondendo a uma ação penal, com acréscimo das proteções específicas que foram trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Por isso, na atualidade um adolescente infrator somente poderá ser julgado por uma Justiça Especializada com procedimentos que atendam a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

O adolescente responderá pela prática de conduta previamente tipificada, com a ressalva de que a consequência jurídica a ele aplicada seja de forma diversa da que é aplicada aos adultos, ou seja, lhe serão aplicadas medidas socioeducativas e protetivas, e não penas privativas de liberdade.⁷⁷

A partir do momento que a nova legislação distribuiu as responsabilidades e competência do juiz com o Ministério Público e exigiu a presença do advogado, a arbitrariedade foi remediada pela justiça. Assim, o juiz da infância precisa se ater à necessária fundamentação

⁷³ AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

⁷⁴ BELOFF, Mary Ana. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 38.

⁷⁵ Ibidem. p. 39.

⁷⁶ Ibidem. p. 40.

⁷⁷ Ibidem.

das medidas por ele adotadas, bem como ter como critério de aplicação “uma correta e ponderada interpretação da lei”.⁷⁸

Em síntese, abaixo serão apresentadas as principais distinções elaboradas por Beloff⁷⁹ em um quadro comparativo que se moldam a “situação irregular” e a “proteção integral”.

SITUAÇÃO IRREGULAR	PROTEÇÃO INTEGRAL
○ “Menores”	○ Criança e adolescente
○ Objetos de proteção	○ Sujeitos de direitos
○ Proteção de “menores”	○ Proteção de direitos
○ Proteção que viola e restringe direitos	○ Proteção que reconhece e promove todos os direitos
○ Incapazes	○ Em desenvolvimento
○ Opinião irrelevante	○ Opinião é importante
○ “Menor em situação irregular”	○ Família, comunidade e Estado que estão em “situação irregular”
○ Resposta estatal centralizada	○ Resposta estatal descentralizada
○ Juiz atuando em políticas sociais e assistenciais	○ Juiz atuando na atividade jurisdicional
○ Juiz como “bom pai de família”	○ Juiz técnico
○ Juiz com poderes absolutos	○ Juiz limitado por garantias
○ Menor “abandonado/delinquente”	○ Não há mais esse determinismo
○ Ignora-se todas as garantias	○ Assegura-se todas as garantias
○ Separação da criança e do adolescente da família com intervenções internacionais	○ Não há intervenção estatal para garantir direitos
○ Medidas coercitivas por tempo indeterminado	○ Medidas protetivas de direitos por tempo necessário para que se reestabeleça o direito violado

⁷⁸ MÉNDEZ, Emilio García. *La legislación de menores en America Latina: una doctrina en situación irregular*. In: MÉNDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. p. 10. Disponível em: <<https://goo.gl/i4OpIV>>. Acesso em dez/2016.

⁷⁹ BELOFF, Mary Ana. *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar*. In: BELOFF, Mary Ana. *Justicia y derechos del Niño*. 1. ed. Santiago: UNICEF, 1999. p. 22.

○ Especialização sem justiça	○ Justiça especializada
○ Sistema inquisitivo	○ Sistema acusatório
○ Privação de liberdade como regra	○ Privação da liberdade como medida excepcional
○ Medidas por tempo indeterminado	○ Medidas por tempo determinado

O conteúdo do quadro acima será retomado no desenvolvimento do capítulo terceiro desta pesquisa, uma vez que se tem como objetivo analisar se as discricionariedades normativas no instituto da remissão ministerial se aproximam de algum dos paradigmas.

2 RESPONSABILIZAÇÃO DO ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL À LUZ DO PARADIGMA GARANTISTA

Neste ponto do trabalho serão abordados os aspectos acerca da responsabilização do adolescente em conflito com a lei, em consonância com o paradigma garantista. Para tanto, serão dispostos os direitos individuais e garantias processuais do adolescente autor de ato infracional, como também aspectos sobre o ato infracional e as medidas socioeducativas na perspectiva normativa do ECA e do SINASE.

2.1 Os direitos e garantias individuais

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao tratar dos direitos individuais e das garantias processuais, estendeu aos adolescentes em conflito com a lei, direitos que até então eram apenas asseguradas aos adultos. É por essa razão que o ECA toma como base o artigo 5º da Constituição Federal para disciplinar sobre os direitos individuais e as garantias processuais do adolescente autor de ato infracional, a teor dos seus artigos 106 ao 109 e artigos 110 ao 111.

O primeiro direito arrolado é uma síntese do artigo 5º, LXI da Constituição, uma vez que preceitua que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”⁸⁰.

Deste dispositivo infere-se que a liberdade do adolescente somente poderá ser privada em duas situações: mediante ordem escrita e fundamentada do Juiz da Vara da Infância e da Juventude ou quando ocorrer o flagrante de ato infracional.⁸¹

As situações em que um adolescente poderá ser apreendido em flagrante não está regulada no ECA e, por isso, os dispositivos 301 e 302 do Código de Processo Penal (CPP) devem ser aplicados de forma subsidiária. Caso as formalidades legais exigidas pelo CPP não sejam observadas durante a apreensão do adolescente, há a possibilidade de caracterização de crime, consoante parágrafo único do artigo 230 do ECA.⁸²

⁸⁰ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 106. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.ago.2017.

⁸¹ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 304.

⁸² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 177.

Além disso, cabe ressaltar que o artigo 106 somente menciona a privação de liberdade do adolescente, pois uma criança nunca poderá ser privada de sua liberdade, devendo ser encaminhada imediatamente ao Conselho Tutelar ou a Vara da Infância e da Juventude.

Outrossim, o adolescente que tiver sua liberdade privada terá o direito “à identificação dos responsáveis pela sua apreensão, devendo ser informado acerca de seus direitos”⁸³. Segundo Shecaira, a previsão é justificável já que durante o paradigma da situação irregular, diversos adolescentes eram apreendidos simplesmente por estarem “vagando” pelas ruas.⁸⁴

Ademais, como o parágrafo único do artigo 106, assegura ao adolescente o direito à identificação dos responsáveis pela sua apreensão e de ser informado sobre os seus direitos, tal regramento se aproxima dos incisos LXIV e LXIII do artigo 5º da CF.

Após a apreensão, o juiz e a família do adolescente precisam ser imediatamente comunicados, devendo desde logo ser examinada a possibilidade de liberação imediata do adolescente, consoante o *caput* e parágrafo único do artigo 107 do ECA.

A previsão tem total semelhança com os incisos LXII e LXV do artigo 5º da CF, com a ressalva de que no Estatuto, a comunicação exigida deverá ser feita em menor tempo possível, não sendo acolhida uma “dilação de prazo na comunicação ao juiz competente de até 24 horas, como ocorre com a prisão de adultos”⁸⁵. Aliás, vale mencionar que a comunicação quando não realizada importará na caracterização do crime tipificado no artigo 231 do ECA.⁸⁶

Outro direito assegurado ao adolescente infrator é o de ser internado provisoriamente pelo prazo máximo de 45 dias, devendo a decisão que optou pela internação provisória ser “fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida”⁸⁷.

⁸³ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 106, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.ago.2017.

⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 177.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 305.

⁸⁷ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 108, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.ago.2017.

Além disso, a internação do adolescente antes da sentença somente poderá ocorrer quando estiver de acordo com o artigo 312 do Código de Processo Penal⁸⁸ e com a parte final do artigo 174 do ECA.

O último dos direitos individuais preceituados no ECA, está no artigo 109 que tem por finalidade impedir o constrangimento do adolescente que já detenha documento de identificação civil, sendo equivalente ao artigo 5º, LVIII da Constituição Federal.

O constrangimento somente não ocorrerá quando o adolescente não tiver um documento para identificação ou em situações em que haja fundada dúvida sobre a veracidade do documento, oportunidade em que será possível a identificação datiloscópica do adolescente.⁸⁹

Em relação às garantias processuais do adolescente supostamente autor de ato infracional, o artigo 110 do ECA, na mesma linha do artigo 5º, LIV da CF, consagra o devido processo legal, uma vez que preceitua que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

A garantia do devido processo legal tem o objetivo de proteger a população contra o arbítrio do Estado, sendo uma garantia primordial para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito⁹⁰. E com sua previsão no ECA, verifica-se que há uma atenção “em resguardar a pessoa do adolescente, impedindo que o Poder Público cometa desmandos que venham a restringir a liberdade do adolescente de forma arbitrária”⁹¹.

Em resumo, o devido processo legal significa uma garantia a toda prerrogativa processual assegurada pela lei constitucional e infraconstitucional, principalmente:

O direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; direito de arrolar testemunhas, que devem ser intimadas para comparecer perante a Justiça; direito ao procedimento contraditório; o direito de não ser processado por leis *ex post facto*; o direito de igualdade com a acusação; o direito de ser julgado mediante provas e evidências legais legitimamente obtidas; o direito ao juiz natural; o privilégio contra a autoincriminação; a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, quando

⁸⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 179.

⁸⁹ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 306.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 308.

⁹¹ *Ibidem*. p. 309.

solicitada; o direito recursal (duplo grau de jurisdição); o direito à decisão com eficácia de coisa julgada⁹²

A Lei 8.069/90, através do artigo 111, traz diversas garantias decorrentes do princípio do devido processo legal, as quais estão enumeradas de forma exemplificativa, cabendo outras garantias que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico e com documentos internacionais que o Estado brasileiro seja signatário.⁹³

A primeira garantia arrolada no artigo 111 do ECA é o “pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente”⁹⁴, pois é através da citação que o adolescente toma conhecimento da pretensão socioeducativa, tornando-se verdadeira garantia constitucional eis que presente no artigo 227, §3º, inciso IV da Constituição Federal.⁹⁵

A citação deve seguir o que dispõe o artigo 351 e seguintes do Código de Processo Penal, havendo ainda a possibilidade de aplicação supletiva do Código de Processo Civil.⁹⁶

Outrossim, em decorrência do princípio do contraditório e da ampla defesa, prescritos na Constituição Federal (art. 5º, LV e art. 227, §3, IV), o Estatuto estabeleceu no inciso II a igualdade da relação processual, permitindo que o adolescente não só confronte testemunhas e vítimas, mas como também produza provas indispensáveis a sua defesa.⁹⁷

Dessa forma, na consagração da igualdade entre as partes, a defesa não poderá sofrer limitações, podendo produzir provas que a auxilie, até porque o princípio do contraditório e da ampla defesa determina que a parte contrária também deva ser ouvida.⁹⁸

⁹² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175-176.

⁹³ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 309.

⁹⁴ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 111, inciso I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.ago.2017.

⁹⁵ SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. 2006. p. 190.

⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 182-183.

⁹⁷ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *Op. Cit.* p. 309.

⁹⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 70.

Na sequência, o inciso III do mesmo artigo do ECA, determina o direito do adolescente ter uma defesa técnica, incluindo a sua participação em etapas que antecedem o oferecimento da representação.⁹⁹

Aliás, cabe destacar que o defensor “deve se contrapor aos argumentos do MP na pretensão socioeducativa deduzida na representação, assim, como na vigilância da composição do acordo que resulta no concerto da remissão na fase pré-processual”¹⁰⁰.

Ademais, é de se frisar que o depoimento do adolescente poderá ser utilizado na formulação da convicção ministerial para oferecimento da representação ou para concessão da remissão e, por isso, é indispensável a presença do advogado durante estas etapas pré-processuais.

Nesse sentido se posiciona Shecaira:

Ora, se a oitiva é essencial para a convicção do Ministério Público, podendo redundar em procedimento a ser aberto contra o adolescente, é inescusável a necessidade da presença de advogado, que poderá intervir, à semelhança do que ocorre no interrogatório de réus adultos, especialmente se a oitiva for reduzida a termo¹⁰¹

Portanto, o adolescente deve ser assistido por seu defensor mesmo que se trate de atos anteriores ao da representação, como em sua oitiva informal ou em audiência de apresentação, pois o adolescente está sujeito ao devido processo legal e necessita de defesa adequada que assegure o cumprimento de seus direitos.¹⁰²

Quanto aos que não puderem arcar com um advogado particular, o inciso IV do artigo 111 do ECA juntamente com o artigo 5º, LXXIV da CF, garantem aos necessitados assistência judiciária gratuita e integral a todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

⁹⁹ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 311.

¹⁰⁰ SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. 2006. p. 192.

¹⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 184.

¹⁰² SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 71-72.

O Estatuto também garantiu ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente por uma autoridade competente, segundo o artigo 111, inciso V, oportunidade em que poderá o adolescente contribuir para elucidação dos fatos, descrevendo sua versão dos fatos.¹⁰³

Vale lembrar que o adolescente não é obrigado a produzir prova contra si, podendo permanecer calado “sem que isso possa ser inferido como uma implícita confissão, já que o ônus de demonstrar a responsabilidade do adolescente é do representante do Ministério Público”¹⁰⁴.

Por fim, a última garantia exemplificativa do artigo 111, prevê que em qualquer fase do procedimento, o adolescente tem o direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável. Tal regra é importante porque o adolescente é um ser ainda em formação, sendo essencial a presença da família para suporte moral e psicológico, “principalmente se tivermos em perspectiva que a eventual medida socioeducativa que poderá vir a ser aplicada tem por objetivo a readaptação do adolescente à vida familiar e comunitária”¹⁰⁵.

2.2 O ato infracional e as medidas socioeducativas

O ato infracional é uma categoria jurídica definida como sendo uma conduta descrita como crime ou contravenção penal na legislação penal brasileira. A definição do ato infracional dada pelo artigo 103 do ECA deriva do princípio da legalidade, uma vez que para configuração do ato infracional, é necessário que o ato seja típico, ilícito e culpável.¹⁰⁶

Para Veronese, o princípio da legalidade consagrado no Estatuto “confere segurança jurídica aos adolescentes, evitando a abertura de procedimentos de apuração e aplicação de medida socioeducativa em razão de condutas que não sejam lesivas”¹⁰⁷.

Ao se empregar o termo “ato infracional” como um novo nome para crime ou contravenção, o legislador adota a ideia de que mesmo o adolescente sendo um inimputável, o

¹⁰³ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 312.

¹⁰⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 186.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 187.

¹⁰⁶ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *Op. Cit.* p. 301-302.

¹⁰⁷ Ibidem. p. 302.

fato típico praticado por ele não estará longe da seara do Direito Penal, porquanto se trataria na verdade de um Direito Penal Especial, o Direito Penal Juvenil¹⁰⁸:

Quando a Constituição prevê garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual, defesa técnica de profissional habilitado (art. 227, IV, da CF/1988), obediência aos princípios da brevidade e excepcionalidade na medida privativa de liberdade (art. 227, V, da CF/1988), nada mais está do que configurando as características de um outro direito que, em tudo e por tudo, é comparável ao Direito Penal. Está conformando o chamado Direito Penal Juvenil, modalidade de um Direito Penal especial. Normas particulares são adotadas, o que diferencia uma modalidade de outra. Mas muitas identidades estão presentes, sendo a primeira delas a identificação do ato infracional com os crimes e as contravenções.¹⁰⁹

À vista disso, a nomenclatura usada para o crime ou contravenção praticado por um adolescente, o ato infracional, não passaria de um *eufemismo* criado, pois em sua essência seriam a mesma coisa, posto que para o Estatuto a responsabilização do adolescente somente virá caso haja a ocorrência de um crime ou contravenção com a existência do dolo ou culpa do infrator.¹¹⁰

Seguindo a linha do Código Penal¹¹¹, o ECA adotou a teoria da atividade ao prescrever que a idade do adolescente à data do fato deveria ser considerada para os efeitos da responsabilização infracional.¹¹² O legislador, ao seguir a legislação penal, colaborou com a harmonia do ordenamento, bem como garantiu maior segurança jurídica ao adolescente autor de ato infracional.¹¹³

A responsabilidade pela prática de um ato infracional somente caberá aos adolescentes de 12 aos 18 anos de idade, tendo em vista que quando a criança comete um ato infracional a ela não há previsão de aplicação de medida socioeducativa, mas tão somente medidas protetivas, consoante o artigo 105 do ECA.

¹⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 171.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*. p. 172.

¹¹¹ BRASIL. Decreto-*Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, artigo 4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22.ago.2017.

¹¹² BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, artigo 104, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* p. 173.

Quanto a isso, acredita Machado que a interpretação de que as medidas de proteção possam ser determinadas como sanção em razão da prática de ato infracional é inconstitucional, porque permitiria a aplicação de medidas vagas que violaria o princípio da reserva legal.¹¹⁴

Por essa razão, é necessário diferenciar com clareza as medidas protetivas das medidas que tenham cunho repressivo. É o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 101 e 112 ao distinguir o que são as medidas protetivas e quais são as medidas socioeducativas.

As protetivas são medidas jurídicas adotadas quando os direitos dos infantes e dos adolescentes estiverem sendo ameaçados ou violados, tendo como intuito a proteção, preservação e recomposição dos direitos fundamentais.

Em relação às medidas de proteção, destaca Machado:

As medidas de proteção são por definição, entidades jurídicas flexíveis, cujo conteúdo concreto não vem rigidamente traçado na lei, exatamente porque elas visam recompor ou prevenir a lesão ao direito de crianças e adolescentes; por outras palavras, as medidas de proteção são meios de tutela jurídica diferenciada, que buscam atingir a efetiva proteção, a proteção integral, dos direitos de criança e adolescente e, portanto, não podem ter seu conteúdo ferreamente delimitado na lei.¹¹⁵

Por sua vez, as medidas socioeducativas são medidas que serão aplicadas quando um adolescente cometer um ato infracional. Assim, é uma resposta Estatal frente à ocorrência de uma conduta delituosa previamente tipificada no ordenamento jurídico.

Portanto, a medida de proteção não deve ser equivocada ao ponto de ser utilizada como resposta Estatal ao infante e ao adolescente autor de ato infracional, posto que violaria o princípio da estrita legalidade. Dessa forma, as medidas protetivas tanto previstas no artigo 105 quanto no artigo 112, inciso VII, somente podem ser aplicadas quando direitos estiverem sendo ameaçados ou violados, logo, nunca poderão ter como fundamentação a ocorrência da prática de um fato definido como crime ou contravenção.¹¹⁶

Superada esta questão, ocorrendo a prática de ato infracional cometida por um adolescente, a autoridade judiciária levando em consideração os princípios da brevidade, da

¹¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri-SP: Manole, 2003. p. 226-227.

¹¹⁵ Ibidem. p. 227.

¹¹⁶ Ibidem. p. 229-232.

excepcionalidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, poderá aplicar as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA.¹¹⁷

Lembrando que a expressão utilizada na norma é “poderá aplicar” o que demonstra a não obrigatoriedade de aplicação das medidas já que há a opção pelo instituto da remissão, previsto no artigo 126, ministerial e judicial.¹¹⁸ A autoridade judiciária também deverá observar a necessidade pedagógica da medida, “preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”¹¹⁹.

Assim, acredita-se que medida socioeducativa não tem um caráter unicamente sancionatório, haja vista seu cunho educativo e pedagógico. No entanto, não há como afastar a natureza retributiva da medida socioeducativa, já que a medida é destinada ao adolescente autor de ato infracional, caracterizando-se como verdadeira imposição jurídica.¹²⁰

Além disso, consoante o parágrafo 1º do artigo 112, para que uma medida seja aplicada ao adolescente infrator é necessário que se leve em consideração a capacidade do adolescente de cumprir a medida imposta, bem como as circunstâncias e a gravidade da infração cometida.¹²¹ Aliás, é imprescindível que haja provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, nos termos do artigo 114 do ECA.

Quanto às medidas socioeducativas em espécie arroladas no artigo 112 do ECA, a doutrina, a exemplo de Saraiva, costuma subdividi-las em dois grupos: as não privativas de liberdade, sendo a advertência, reparação do dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida; bem como em medidas privativas de liberdade, as quais são a semiliberdade e a internação.¹²²

A primeira medida socioeducativa, a advertência, é tida como a mais leve, pois é uma simples admoestação feita pelo magistrado ao adolescente infrator que deverá ser reduzida

¹¹⁷ VOLPI, Mário (Org.). O adolescente e o ato infracional. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 21.

¹¹⁸ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 316-317.

¹¹⁹ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 100 e 113. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹²⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 71.

¹²¹ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *Op. Cit.* p. 317.

¹²² SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 89-70.

a termo e assinada¹²³. Segundo Volpi, a coerção desta medida “manifesta-se no seu caráter intimatório, devendo envolver os responsáveis num procedimento ritualístico”¹²⁴.

É comum que a advertência seja aplicada no primeiro ato infracional do adolescente, partindo-se do pressuposto que o evento infracional é uma exceção na vida do adolescente.¹²⁵ Entretanto, não existe vedação à aplicação de múltiplas advertências ou até mesmo “em um segundo processo, depois de outras mais graves terem sido aplicadas, a lógica é a sua utilização como primeira postura repressiva a se aplicar ao adolescente”¹²⁶.

A obrigação de reparar o dano implica em um ressarcimento ofertado à vítima pelo próprio adolescente, logo, a medida é de caráter personalíssima e intransferível. Portanto, caso a medida não possa ser cumprida pelo adolescente, há a viabilidade de substituição por outra medida pertinente, consoante o parágrafo único do artigo 116 do ECA.¹²⁷

Já a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade ocorre através de parcerias com órgãos públicos e organizações não governamentais que desenvolvem programa de prestação de tarefas à comunidade pelos adolescentes infratores. Para Volpi, é uma oportunidade em que a “experiência de vida comunitária, de valores sociais e de compromisso social”¹²⁸ serão acrescidos ao adolescente infrator.

A prestação de serviço à comunidade não tem prazo mínimo para sua execução, o artigo 117 do ECA apenas estabelece que o período de 6 meses não poderá ser ultrapassado. Ressalta-se que as tarefas atribuídas aos adolescentes devem “ser cumpridas durante 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”¹²⁹.

¹²³ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 115. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹²⁴ VOLPI, Mário (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 28.

¹²⁵ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *A Prática de Ato Infracional*. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 320.

¹²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 210.

¹²⁷ VOLPI, Mário (Org.). *Op. Cit.* p. 28.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 29.

¹²⁹ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 117, parágrafo único. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

Na medida de liberdade assistida, como o próprio nome diz, ao adolescente é conferido uma liberdade, sob supervisão do Juízo da Infância e da Juventude, através de um orientador.¹³⁰

Desse modo, a pessoa encarregada da tarefa pode ter atribuições determinadas pelo juiz como “a promoção social da família, com sua possível inclusão em programas comunitário ou oficial, supervisionar o seu processo escolar, podendo inclusive promover a matrícula, e ainda, possibilitar a capacitação profissional do adolescente”¹³¹.

Assim, o objetivo da medida é viabilizar uma “intervenção especializada” ao adolescente autor de ato infracional de forma adequada ao seu perfil de pessoa em desenvolvimento sem que seja necessário restringir a sua liberdade.¹³²

Diferentemente da medida de prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida tem prazo mínimo de 6 meses para sua duração, podendo ser prorrogada, revogada ou até mesmo substituída, desde que o Ministério Público, o orientador e defensor do adolescente sejam ouvidos.¹³³

Já a medida de semiliberdade implica no recolhimento do adolescente no período noturno em um estabelecimento, enquanto que durante o dia terá liberdade para desempenhar atividades externas, seja para frequentar uma escola ou cursos profissionalizantes.¹³⁴ Essas atividades externas não dependem de autorização judicial, de forma que uma restrição somente poderá vir através de uma decisão fundamentada.¹³⁵

O prazo da semiliberdade é indeterminado, não podendo exceder o período de 3 anos, sendo que a cada 6 meses uma reavaliação deverá ser feita para que a medida seja mantida. Aliás, aos adolescentes que completarem 21 anos de idade, haverá a liberação compulsória.¹³⁶

¹³⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 101-102.

¹³¹ *Ibidem*. p. 103.

¹³² VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 327.

¹³³ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 118, parágrafo 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22.ago.2017.

¹³⁴ VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Op. Cit.* 2006. p. 104.

¹³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 218.

¹³⁶ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *Op. Cit.* 2017. p. 328.

A medida de semiliberdade pode ser aplicada como forma de transição tanto para o regime fechado (internação), como para o regime em meio aberto¹³⁷. Para Shecaira, a semiliberdade tem sua relevância, pois viabiliza a reintegração social do adolescente de maneira gradativa.

Por seu turno, a medida de internação exige a restrição da liberdade do adolescente que será recolhido em uma unidade especializada que vise reintegrá-lo na comunidade. Essa medida pauta-se na excepcionalidade e na brevidade na privação da liberdade, compreendidas tanto na incidência da medida quanto na sua execução, consoante o art. 227, §3º, inciso V da CF e o art. 121 do ECA.

Acredita-se que a privação de liberdade deva ser uma exceção, preferindo medidas em meio aberto, pois de certa forma, com esta última, acaba-se reduzindo os efeitos prejudiciais que o próprio sistema traz ao adolescente privado. O próprio convívio em sociedade colabora com a “possibilidade de o adolescente modificar seu comportamento anterior, para ajustá-lo às regras do convívio social sadio”¹³⁸.

Da mesma forma que na medida de semiliberdade, o prazo da internação não é determinado, não podendo, contudo, ser ultrapassada em 3 anos, de acordo com o §3 do artigo 121 do ECA. Enfatiza-se que a partir do momento em que o prazo for alcançado, “o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida”¹³⁹.

A medida de internação também deve passar por uma reavaliação a cada 6 meses, mediante decisão fundamentada e quando o adolescente completar 21 anos de idade também terá sua liberação compulsória.¹⁴⁰

Ao contrário da medida de semiliberdade, a frequência às atividades externas durante a medida de internação somente poderão ocorrer quando expressamente autorizado pelo magistrado.¹⁴¹

¹³⁷ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 328.

¹³⁸ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri-SP: Manole, 2003. p. 347.

¹³⁹ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 121, parágrafo 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24.ago.2017.

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 121, parágrafos 2º e 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24.ago.2017.

¹⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228.

A medida de internação deve ser aplicada como último recurso, uma vez que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”¹⁴². Assim, somente será possível a aplicação da internação ao adolescente infrator se presente uma das hipóteses do artigo 122 do ECA.

A primeira hipótese prevista no inciso I, é quando o ato infracional for cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Não serão quaisquer atos infracionais com violência ou grave ameaça que autorizarão a internação do adolescente, sendo indispensável que a violência ou grave ameaça façam parte da elementar do tipo penal.¹⁴³

A outra situação descrita ocorrerá quando houver “reiteração no cometimento de outras infrações graves”¹⁴⁴ e que segundo a Jurisprudência, a prática reiterada somente estará caracterizada quando houver ao menos 3 atos infracionais graves.¹⁴⁵ Acrescenta-se que “a única interpretação cabível é a de reiteração de outras infrações graves que não estejam alcançadas pelas figuras do inciso precedente (violência ou grave ameaça à pessoa)”¹⁴⁶.

A última razão que poderá motivar a aplicação da medida de internação, conhecida como internação-sanção, é o descumprimento de alguma medida que foi imposta anteriormente, de forma que tenha sido injustificável e reiterado, sendo imprescindível que sua decretação judicial somente ocorra após o devido processo legal.¹⁴⁷

Para Shecaira “trata-se de uma internação instrumental, destinada a coagir o adolescente ao cumprimento da reprimenda originalmente imposta, não substituindo a medida que anteriormente não foi cumprida, devendo a ela voltar após o período de três meses”¹⁴⁸.

Cabe mencionar a Lei 12.594/12 que regulamentou a execução das medidas socioeducativas em âmbito nacional e instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE.

¹⁴² BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 122, parágrafos 2º. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24.ago.2017.

¹⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 228-229.

¹⁴⁴ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 122, inciso II. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24.ago.2017.

¹⁴⁵ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 329-330.

¹⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* p. 231.

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 122, inciso III e parágrafo 1º. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24.ago.2017.

¹⁴⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. Cit.* p. 232.

A mencionada lei, surgiu para prevenir as situações de violência e transgressão de direitos que adolescentes infratores enfrentavam enquanto cumpriam medidas socioeducativas. Por isso, a proposta foi tecer critérios objetivos e procedimentos que limitassem a discricionariedade, tendo como parâmetros a proteção integral inaugurada na Constituição Federal, no Estatuto da Criança do Adolescente, bem como em documentos internacionais.

Assim, estruturou-se os procedimentos que tratavam sobre o acompanhamento sociopedagógico estabelecendo “as normas gerais para atendimento do adolescente a quem determinou judicialmente o cumprimento de medidas protetivas e socioeducativas”¹⁴⁹.

A nova sistemática nacional concretiza políticas públicas do Estatuto da Crianças e do Adolescente, especialmente, no que tange ao desenvolvimento da execução socioeducativa que considere princípios dos direitos humanos.

Dessa forma, o Programa de Atendimento estabelece requisitos mínimos para assegurar garantias fundamentais de adolescentes que cumprem quaisquer das medidas socioeducativas previstas no ECA.

Na esteira do paradigma garantista, o SINASE tem como foco, dispor sobre políticas públicas que viabilizem a implementação de demandas sociais que conscientizem com eficácia os adolescentes envolvidos com a senda infracional, bem como pôr em exercício as linhas de ação da política de atendimento, políticas básicas, programas assistenciais sociais, serviços adequados de prevenção e atendimento médico e psicossocial.¹⁵⁰

Como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente confere a todo adolescente infrator direitos individuais e garantias processuais que devem ser observadas durante o procedimento de apuração da prática de ato infracional, não podendo se falar em uma mera defesa figurativa que seja inapta ao pleno exercício dessa garantia.¹⁵¹

¹⁴⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo*: comentários à lei n. 12.594/12. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 11.

¹⁵⁰ BRASIL, *Lei n. 12.594 18 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 22.ago.2016.

¹⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: *Justiça, adolescente e ato infracional*: socioeducação e responsabilização. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. 2006. p. 187.

Muito embora o legislador estatutário tenha se preocupado em assegurar expressamente normas e princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, as quais têm a finalidade de formar um conjunto robusto de garantias essenciais ao adolescente infrator, nota-se que certas discriciões ocorreram na disciplina da concessão da remissão ministerial, tema esse que será abordado no próximo capítulo.

3 AS DISCRICIONARIEDADES NO INSTITUTO DA REMISSÃO MINISTERIAL

Como mencionado no capítulo 1 desta pesquisa, diversos documentos internacionais influenciaram de forma direta na alteração legislativa ocorrida no país para que o paradigma garantista fosse consagrado, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, acredita-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi falho ao tratar da responsabilização do adolescente em conflito, pois permitiu lacunas em que é possível constatar certas discricionariedades que se assemelham ao paradigma da situação irregular.

Para Andrade e Machado, este fato ocorreu por quatro motivos peculiares. O primeiro, devido à primazia do Estatuto da Criança e do Adolescente no cenário internacional, tendo em vista que foi promulgada no país em menos de dois anos após a aprovação da Convenção dos Direitos da Criança.¹⁵²

A segunda, é que não houve tempo para que o paradigma da situação irregular fosse de fato ultrapassado, tanto que concessões foram feitas no Estatuto. A terceira razão apontada pelos autores é a “forte resistência contra qualquer mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere à responsabilização do adolescente”¹⁵³.

E por último, o quarto motivo arrolado é por ter o ECA utilizados expressões revestidas de eufemismo como “ato infracional”, “medida socioeducativa” e “representação”, as quais não perderam a sua real natureza jurídica simplesmente porque receberam um nome com linguagem eufemística para o que seria crime, pena e denúncia, respectivamente.¹⁵⁴

Independente dos motivos que possibilitaram as discricionariedades no Estatuto da Criança e do Adolescente, fato é que ela tem ocorrido em todo o contexto do procedimento de apuração do ato infracional. Como exemplo de discricionariedade normativa, cita-se o artigo

¹⁵² ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça e Processo Penal Juvenil: paradigmas, discurso jurídico e o modelo brasileiro*. In: ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral (Orgs.). *Justiça Juvenil: paradigmas e experiências comparadas*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017. p. 40.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 40-41.

174 do ECA que permite a internação com fundamento em garantir a “segurança pessoal” do adolescente.

O Estatuto, ao possibilitar tal hipótese, não levou em consideração que a aplicação de uma medida cautelar privativa de liberdade deve ter como base a garantia da instrução processual e a proteção da vítima. Para a segurança do adolescente existem outros mecanismos hábeis como a família, a comunidade e a escola e, caso seja insuficiente, o Estado deverá disponibilizar programas que possam garantir a proteção do adolescente infrator.¹⁵⁵

Outra discricionariedade que pode ser mencionada, é o prazo indeterminado para cumprimento de uma medida socioeducativa, uma vez que a cada 6 meses o Juiz da Vara da Infância e da Juventude deve reavaliar a manutenção da medida de semiliberdade e de internação.¹⁵⁶

Para Andrade e Machado, a indeterminação da medida socioeducativa privativa de liberdade transmite ao adolescente a “sensação de ignorância quanto ao tempo em que estará privado de liberdade, e sobre como deverá portar-se para livrar-se dessa privação, além de dificultar o trabalho dos técnicos e funcionários que tem que lidar com esse jovem”¹⁵⁷.

Ocorre que tais discricionariedades aqui mencionadas muito se assemelham ao que ocorria durante o paradigma da situação irregular, abordado linhas atrás, onde se privava a liberdade de um adolescente sob o argumento de proteção, por tempo indeterminado.

Existem outras discricionariedades desmedidas presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente no que tange à aplicação do instituto da remissão quando a concessão é feita pelo Ministério Público, ponto que será objeto de discussão neste capítulo.

Para tanto, serão trazidos alguns aspectos sobre o instituto da remissão e, em seguida, serão abordadas as situações em que a remissão apresenta-se discricionária, aparentando aproximar-se em maior escala do paradigma da situação irregular.

¹⁵⁵ ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. Justiça e Processo Penal Juvenil: paradigmas, discurso jurídico e o modelo brasileiro. In: ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral (Orgs.). Justiça Juvenil: paradigmas e experiências comparadas. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017. p. 49.

¹⁵⁶ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 121, parágrafo 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26.ago.2017..

¹⁵⁷ ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. *Op. Cit.* p. 46.

3.1 Instituto da Remissão

A remissão é um instituto processual o qual tem o objetivo de evitar o oferecimento da peça acusatória inicial, a representação, contra o adolescente autor de ato infracional. Pode ser considerado como uma forma de amenizar as consequências de todo o processo, pois até o momento final da prolação da sentença o processo pode se tornar desnecessário.¹⁵⁸

O instituto da remissão está prescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente nos artigos 126 ao 128, e tem sua origem das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também conhecida como “Regras de Beijing”.

Há duas formas de remissão, a primeira, denominada como remissão *pré-processual* ou *ministerial*, é oferecida pelo Ministério Público, antes da representação do adolescente e tem o intuito de excluir o processo. A segunda, conhecida como remissão *processual* ou *judicial*, é oferecida pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude no curso do processo e quando concedida extinguirá o processo ou o suspenderá durante um período.¹⁵⁹

A doutrina, a exemplo de Saraiva, costuma classificar a remissão em *própria* ou *imprópria*, sendo esta quando ocorre a imposição de cumprimento de medida socioeducativa, enquanto aquela ocorre quando a concessão é feita de forma simples, sem imposição de medida.¹⁶⁰

A medida socioeducativa, que poderá ser cumulada juntamente com a remissão *ministerial* ou *judicial*, deverá ser dentre as não privativas de liberdade, uma vez que o artigo 127 do ECA veda a cumulação com as medidas de semiliberdade ou internação.

Ainda, consoante o artigo 127 do ECA, a remissão (gênero) não importará “necessariamente” em reconhecimento ou até mesmo na comprovação da responsabilidade do adolescente, nem prevalecerá para efeito de antecedentes.

Tratando-se da remissão *ministerial imprópria*, os autos deverão ser encaminhados para homologação pelo juiz da Vara da Infância e Juventude que determinará o cumprimento

¹⁵⁸ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 331.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 332.

¹⁶⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999. p. 64.

da medida, pois a remissão *ministerial* é um ato bilateral complexo que somente se completa após a homologação pela autoridade judicial.¹⁶¹

Na hipótese do juiz não concordar com a remissão, os autos deverão ser remetidos ao Procurador-Geral de Justiça por meio de despacho fundamentado, cabendo a este oferecer representação, designar outro membro do Ministério Público para apresentar ou ratificar a remissão, e em seguida, o juiz estará obrigado a homologar a remissão concedida.¹⁶²

Além disso, para que a remissão possa ser oferecida, o Ministério Público e a autoridade judicial devem atentar para os pressupostos exigidos em lei, como “às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”¹⁶³.

Por fim, mediante pedido expresso do adolescente, de seu representante legal ou do Ministério Público, a medida socioeducativa cumulada com a remissão poderá ser revista judicialmente a qualquer tempo.¹⁶⁴

3.2 Discrecionariedades normativas na remissão ministerial

Neste ponto do trabalho, pretende-se refletir sobre as discrecionariedades legislativas do Estatuto da Criança e do Adolescente na remissão *ministerial*, ressaltando pontos que se aproximam do paradigma da situação irregular em detrimento do paradigma garantista das Nações Unidas, abraçado pela atual ordem jurídica brasileira, conforme abordagem empreendida no primeiro capítulo desta pesquisa.

O primeiro ponto a ser destacado na remissão *ministerial* é a violação ao princípio do devido processo legal e ao princípio da presunção da inocência, consagrados na Constituição Federal de 1988 e em diversos documentos internacionais.

¹⁶¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Brevíssimas considerações sobre a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa*. De jure: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 267- 280, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/202>>. Acesso em: 16 ago. 2017. p. 275.

¹⁶² BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 181, parágrafo 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25.ago.2017.

¹⁶³ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 126. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25.ago.2017.

¹⁶⁴ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 128. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25.ago.2017.

O princípio do devido processo legal expressa-se por meio “de um processo que se desenvolve perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas”¹⁶⁵.

O devido processo legal tem dupla abrangência, a material e processual, sendo que esta última ocorre para impor delimitações de caráter formal na atuação do Poder Público, enquanto aquela obsta a emissão de atos normativos encobertos de conteúdo arbitrário e incoerente, cuja essência é “a necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou de regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”¹⁶⁶.

Ocorre que independentemente de ser *própria* ou *imprópria*, a aplicação da remissão *ministerial* não necessita da instauração do procedimento socioeducativo e de qualquer ônus probatório da autoria e materialidade do ato infracional ao qual está sendo imputado ao adolescente.

E a partir do momento em que o Estatuto permite a aplicação de uma medida socioeducativa sem a produção de provas com a garantia da ampla defesa e do contraditório, ofende-se o devido processo legal, na sua dimensão material, uma vez que afrontaria a própria essência do princípio e do seu conceito de justiça^{167, 168}.

Assim, mesmo que do ponto de vista processual o instituto da remissão não ofenda o princípio constitucional do devido processo legal, posto que o próprio Estatuto descreve o procedimento que deve ser adotado, em sua faceta material negligencia o conteúdo que o princípio assegura.¹⁶⁹

¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2016.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65.

¹⁶⁷ Equivaler-se-ia a contraprestação daquilo que é assegurado a cada um conforme o seu direito e, no caso, seria o direito de se ver processado perante um juiz natural, com contraditório e ampla defesa (RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao direito e parte geral do código civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.15.).

¹⁶⁸ KONRATH, Magda Susel. *Adolescentes em conflito com a lei remissão: ambiguidades e educação*. 2013. 128 f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação. Porto Alegre. 2013. p. 38.

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 38.

Acredita-se que o Estatuto também ofendeu o princípio da presunção da inocência, uma vez que o instituto da remissão possibilita a aplicação de uma medida socioeducativa sem a formação de culpa do adolescente.¹⁷⁰

Sobre o princípio da presunção de inocência, para imposição de uma sanção em decorrência de uma prática delituosa, é indispensável a comprovação da culpabilidade do acusado sem que haja qualquer dúvida razoável quanto a isto. Ora, se o instituto da remissão *ministerial* dispensa a instrução probatória, como cumular uma medida socioeducativa, a qual inegavelmente tem caráter sancionatório?

Nesse ponto, é nítida violação do instituto da remissão ao princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal e no artigo 40, item 2, b I da Convenção Internacional sobre Direito da Criança¹⁷¹.

Como salientado anteriormente, o instituto da remissão se origina das “Regras de Beijing”, documento internacional que estipulou condições normativas mínimas a respeito da intervenção punitiva na seara infracional, trazendo diversas garantias enunciadas na Regra 7.1, como “o devido processo legal, a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de permanecer calado e o direito à assistência judiciária”¹⁷².

E consoante a Regra 11.2 das “Regras de Beijing”, todos os organismos envolvidos com os adolescentes infratores “terão a faculdade de arrolar tais casos sob sua jurisdição sem necessidade de procedimentos formais”. Contudo, ao final da mesma regra, ressalta-se que deverão estar “de acordo com critérios estabelecidos com esse propósito nos respectivos sistemas jurídicos e em harmonia com os princípios contidos nas presentes regras”.

Ora, se o próprio documento traz à tona que garantias processuais como o devido processo legal e a presunção de inocência devem ser asseguradas ao adolescente infrator, percebe-se que o instituto da remissão, tal como foi delineado no ECA, não obedece ao regramento internacional, o que leva à aparente discricão, beirando à arbitrariedade,

¹⁷⁰ KONRATH, Magda Susel. *Adolescentes em conflito com a lei remissão: ambiguidades e educação*. 2013. 128 f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação. Porto Alegre. 2013. p. 40.

¹⁷¹ “b) que toda criança* de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei;” (Para efeitos da Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade).

¹⁷² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 58.

possibilitando a imposição de uma sanção ao adolescente sem contraditório e formação do juízo de certeza.

Dessa forma, o Estatuto ao permitir que uma medida socioeducativa, mesmo que não privativa de liberdade, seja imposta sem o devido processo legal e a presunção de inocência, equivale às práticas do paradigma da situação irregular em que não se tinha intenção de proteger direitos, pois o adolescente não era reconhecido como um sujeito de direitos, mas mero objeto de intervenção, conforme apontado no quadro apresentado no item 1.4.2 da presente pesquisa.

Do mesmo modo, se percebe certa discricionariedade no artigo 127 do ECA o qual prescreve que a remissão não implica “necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes”¹⁷³.

Verifica-se que ainda que a remissão não possa prevalecer para efeitos de antecedentes, é possível que a concessão da remissão seja citada de forma desfavorável ao adolescente, quando da análise de sua conduta social ou da sua personalidade. Neste sentido, há diversas jurisprudências recentes do TJDF¹⁷⁴:

Adolescente. Conduta análoga ao crime de porte de arma de fogo de uso permitido. Confissão. Remissão. Semiliberdade.

1 - Descabido reconhecer a confissão espontânea para atenuar medida socioeducativa, a qual não tem natureza de pena.

2 - **Conquanto não possa ser considerada para caracterizar antecedentes, a remissão pode ser utilizada para valorar de forma desfavorável as condições pessoais do adolescente infrator.**

3 - A medida socioeducativa da semiliberdade é adequada ao adolescente que comete ato infracional análogo ao crime do art. 14 da L. 10.826/03, sobretudo se as circunstâncias pessoais são desfavoráveis.

4 - Apelação não provida.

(Acórdão n.993583, 20160130019894APR, Relator: JAIR SOARES 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 09/02/2017, Publicado no DJE: 15/02/2017. Pág.: 357/363)

¹⁷³ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 127.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25.ago.2017.

¹⁷⁴ Acórdão n.996045, 20160130094494APR, Relator: JAIR SOARES 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/02/2017, Publicado no DJE: 21/02/2017. Pág.: 552/563; Acórdão n.1013581, 20160130101516APR, Relator: JAIR SOARES 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 27/04/2017, Publicado no DJE: 03/05/2017. Pág.: 129/144; Acórdão n.1023501, 20160910189503APR, Relator: JAIR SOARES 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 08/06/2017, Publicado no DJE: 12/06/2017. Pág.: 126/147; Acórdão n.1009206, 20160130123105APR, Relator: JAIR SOARES 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 06/04/2017, Publicado no DJE: 11/04/2017. Pág.: 81/99.

Assim, acredita-se que uma das vantagens cruciais do instituto da remissão não tem sua real consecução, porque as consequências em razão da aplicação do “benefício” poderão ser sopesadas de forma desvantajosa futuramente.

Outro ponto que merece abordagem, é a falta de critérios objetivos para aplicação do instituto da remissão, eis que o ECA restringiu em determinar que a sua aplicação se dará observando “às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”¹⁷⁵.

Como já dito, a remissão *ministerial* independe da instauração do procedimento. Dessa forma, se fatos não foram apurados e nem provas foram produzidas, a aplicação da remissão é exclusivamente subjetiva, estando a análise dos itens arrolados no *caput* do artigo 126, a critério dos atores jurídicos envolvidos, seja o Ministério Público concedendo a remissão ou o Juiz, homologando a concessão.

E como não há critérios objetivos para aplicação, os atores jurídicos acabam recorrendo a parâmetros estritamente subjetivos e pessoais, e “isto possibilita que adolescentes com trajetórias muito semelhantes, [...] tenham seus destinos traçados de modo distintos, simplesmente por serem julgados por diferentes operadores”¹⁷⁶.

Lamentavelmente, tais práticas têm se aproximado do subjetivismo e da discricionariedade empregadas pelo paradigma da situação irregular a teor do quadro comparativo disposto no item 1.4.2 desta pesquisa. Dessa forma, constata-se que o paradigma garantista não tem sido, de fato, tão garantista quanto aparenta, principalmente em decorrência do instituto da remissão que foi deixado à discrição do membro do Ministério Público e do Juiz da Vara da Infância e da Juventude.

Percebe-se que o Estatuto também tem sido discricionário em um ponto ainda mais sério, pois diz respeito à privação de liberdade do adolescente em decorrência da internação-sanção, prescrita no artigo 122, inciso III do ECA.

¹⁷⁵ BRASIL. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, artigo 126.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 25.ago.2017.

¹⁷⁶ KONRATH, Magda Susel. *Adolescentes em conflito com a lei remissão: ambiguidades e educação*. 2013. 128 f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação. Porto Alegre. 2013. p. 34.

Há uma posição doutrinária, mencionada por Veronese, que entende que caso a medida imposta em sede de remissão *ministerial* seja descumprida reiteradamente e injustificavelmente pelo adolescente, é possível que ao infrator seja aplicada a internação-sanção, posto que seria um mecanismo hábil para impor o cumprimento da medida anteriormente imposta.¹⁷⁷

Esse posicionamento causa espanto no sentido de que as discricionariedades no instituto da remissão possam gerar uma privação de liberdade do adolescente como coação para cumprimento de uma medida fixada em uma sentença meramente homologatória, em que não se teve instrução probatória com formação do juízo de certeza da autoria e materialidade do ato infracional praticado.

O agir do juiz que priva a liberdade do adolescente que supostamente praticou um ato infracional com base no descumprimento de uma medida, imposta durante a remissão *ministerial*, se aproxima do paradigma da situação irregular, modelo pautado na restrição de direitos, sob o pretexto da proteção, assim ignorando completamente todas as garantias do adolescente, consoante o quadro comparativo apontado no item 1.4.2.

A Constituição Federal é clara ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁷⁸ e de igual modo também preceitua o próprio Estatuto.

Sobre esta questão, a Lei 12.594/12 (SINASE) determina que “a substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990”¹⁷⁹.

Dessa forma, a medida mais adequada à hipótese sem violar o devido processo legal, mesmo que o Estatuto não seja claro neste sentido, é de que havendo descumprimento da medida socioeducativa cumulada com a remissão *ministerial*, deveria o membro do Ministério

¹⁷⁷ VERONESE, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. A Prática de Ato Infracional. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 334.

¹⁷⁸ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, artigo 5º, inciso LIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.out.2016.

¹⁷⁹ BRASIL, *Lei n. 12.594 18 de janeiro de 2012*, artigo 43, parágrafo 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 25.ago.2016.

Público oferecer a representação, a qual, se recebida, acarretaria no início do procedimento para apuração do ato infracional.

Finalmente, também se verifica que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi discricionário sobre a necessidade de atuação do advogado durante a concessão da remissão. Principalmente porque há uma corrente doutrinária, mencionada por Rosa, que acredita que mesmo sendo assegurado ao adolescente a defesa técnica exercida por um advogado (artigo 111, III do ECA), a participação do defensor seria dispensável durante a remissão *ministerial*, já que se trataria de um mero procedimento e não de um processo, como também por não existir previsão expressa em lei.¹⁸⁰

Como mencionado no capítulo 2, durante a oitiva informal, o Ministério Público poderá utilizar tudo aquilo que o adolescente disser para formulação da convicção ministerial, que poderá acarretar na concessão de uma remissão ou até mesmo no oferecimento de uma representação contra o adolescente.

À vista disso, quando o ECA não exigiu a assistência do defensor durante essa fase pré-processual, em que será possível a cumulação de uma medida socioeducativa, abriu-se margem para o desequilíbrio na relação processual, uma vez que o adolescente e seus responsáveis estão em desigualdade frente ao Ministério Público.¹⁸¹

É por essa razão que a concordância por parte do adolescente e de seu representante quanto à remissão *ministerial* não pode ocorrer sem que estes conheçam as consequências jurídicas, pois não versa o instituto de um simples acordo, posto que as consequências podem se tornar graves, podendo acarretar na internação do adolescente por descumprimento reiterado.¹⁸²

Nessa linha, não assegurar que o adolescente seja assistido por advogado durante a remissão *ministerial*, se assemelha ao que ocorria no paradigma da situação irregular com práticas inquisitivas em que se tinha um juiz com poderes absolutos o qual não era limitado por

¹⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Ato Infracional, Remissão, Advogado e Garantismo*. Disponível em: <<https://goo.gl/pr7AQx>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 1.

¹⁸¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 229.

¹⁸² ROSA, Alexandre Morais da. *Op. Cit.* p. 2.

garantias, conforme quadro exposto no item 1.4.2 desta pesquisa, só que agora no lugar do Juiz de Menores, estaria o Promotor de Justiça.

Conforme posição do STJ, um adolescente não pode sofrer um tratamento diferenciado e mais gravoso que um adulto. Desse modo, “se no âmbito do direito penal a transação e a suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, arts. 76 §3 e 89), exigem a presença de advogado, com muito maior razão no caso de adolescentes”¹⁸³.

Assim, é indispensável que o adolescente seja assistido por seu responsável e por um advogado, principalmente quando se tratar de remissão *imprópria*, as quais podem gerar consequências relevantes como a privação de liberdade do adolescente.

¹⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. *Ato Infracional, Remissão, Advogado e Garantismo*. Disponível em: <<https://goo.gl/pr7AQx>>. Acesso em: 15 ago. 2017. p. 3.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou das discricionariedades legislativas presentes na remissão ministerial prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e teve como objetivo analisar se essas discricionariedades se aproximavam do paradigma da situação irregular, o qual foi superado com o ingresso do paradigma garantista no ordenamento brasileiro através da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da análise do recorte histórico sobre o atendimento da infância-adolescência infratora, observa-se a operação de dois paradigmas, o da situação irregular e o garantista. O primeiro presente no Código Mello Mattos de 1927 e reafirmado no Código de Menores de 1979, não trazia distinção no tratamento entre um adolescente autor de ato infracional e uma vítima de maus tratos ou abandono, sendo a internação a resposta para ambos os casos.

Por essa razão, o adolescente “menor” era visto como “objeto” de uma proteção já que se encontrava em uma “situação irregular”, devendo ser separado do convívio familiar para cumprimento de uma medida coercitiva por tempo indeterminado. Esse paradigma orientava-se pelo binômio “abandonado/delinquente”.

Com a vigência da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado no paradigma das Nações Unidas, aqui denominado de garantista, toda criança e adolescente passaram à condição de sujeito de direitos em peculiar condição de desenvolvimento, as quais merecem prioridade absoluta. Com essa mudança paradigmática, o adolescente que tiver seus direitos violados estará sujeito a medidas protetivas, de caráter protetivo não privativo de liberdade, de modo a concretizar um resguardo aos seus direitos fundamentais.

Observou-se que a responsabilização do adolescente em conflito com a lei, vem emoldurada na proteção dos direitos individuais e garantias processuais, não estando mais o infrator à mercê do sistema inquisitivo, pois a ele é assegurado o devido processo legal e a presunção de inocência; o direito de ser citado; direito ao contraditório e ampla defesa; direito à igualdade na relação processual; direito a uma defesa técnica; direito à assistência judiciária gratuita; direito a um juiz natural; direito a uma justiça especializada; direito ao duplo grau de jurisdição, dentre outras.

Da mesma forma, para aplicação de uma medida socioeducativa, como a internação, é necessário observar se a conduta praticada pelo adolescente se amolda a um crime ou contravenção penal, devendo o Juiz levar em consideração no momento da aplicação os princípios da brevidade, da excepcionalidade e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Percebe-se pela trajetória histórica e legislativa do Direito da Criança e do Adolescente, que o Estatuto da Criança e do Adolescente representa um marco nesse avanço legislativo. Entretanto, verificou-se a presença de algumas discricionariedades em relação à responsabilização do adolescente em conflito com a lei.

Neste sentido, é possível concluir que a remissão *ministerial*, não segue o desenho apresentado nas “Regras de Beijing” que determinavam o respeito aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, orientações não contempladas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao se violar tais princípios, o instituto abriu margem para uma aplicação arbitrária da medida socioeducativa, sem que direitos individuais e garantias processuais fossem asseguradas ao adolescente, assim aproximando-se do paradigma da situação irregular em que se podia notar uma total ignorância para com os direitos dos adolescentes.

Verificou-se que a ausência de critérios objetivos para a concessão da remissão também possibilitou ampla discricionariedade e subjetivismo, já que há dispensa da apuração e produção de provas, sendo permitido que a concessão da remissão seja guiada por parâmetros estritamente pessoais dos atores jurídicos. Característica que se assemelha ao paradigma da situação irregular em que a discricionariedade do Juiz de Menores era marca registrada, a teor dos elementos apontados no quadro comparativo apresentado nesta pesquisa.

Constatou-se uma discricionariedade que respalda a privação de liberdade do adolescente sem que se cumpra com garantias processuais já consagradas, como o devido processo legal, pois há aqueles que entendem que a internação-sanção possa ser aplicada àquele que descumpra a medida imposta em sede de remissão *ministerial*, mesmo que a internação necessite de instrução probatória com a formação do juízo de certeza e ônus comprobatório de autoria e materialidade do suposto ato infracional praticado, contexto que se encontra em descompasso com o paradigma garantista.

Outra discricionariade verificada na remissão *ministerial* é quanto à ausência da defesa técnica durante a oitiva informal do adolescente perante o Ministério Público. As partes devem ser comunicadas sobre as possíveis consequências jurídicas que o acordo possa gerar e quando o defensor não se faz presente juntamente com o adolescente e seu representante legal, o equilíbrio da relação processual não ocorre, gerando uma forte desigualdade frente ao Ministério Público.

Assim, quando não é assegurado ao adolescente a assistência de seu defensor durante esta fase pré processual, práticas inquisitivas que caracterizam o paradigma da situação irregular podem ocorrer, contudo, na posição do Juiz de Menores, estaria na atualidade, o Promotor de Justiça.

Finalmente, conclui-se que o paradigma garantista não tem sido de fato tão garantista quanto deveria ser, posto que há discricionariades desmedidas na remissão *ministerial*, chegando o instituto a se aproximar de um paradigma ultrapassado, ao tempo em que se afasta de orientações principiológicas do paradigma garantista, refletido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Brevíssimas considerações sobre a possibilidade de cumulação da remissão pré-processual com medida socioeducativa*. De jure: revista jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 10, p. 267- 280, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/202>>. Acesso em: 16 ago. 2017

AMIN, Andréa Rodrigues. *Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça e Processo Penal Juvenil: paradigmas, discurso jurídico e o modelo brasileiro*. In: ANDRADE, Anderson Pereira de; MACHADO, Bruno Amaral (Orgs.). *Justiça Juvenil: paradigmas e experiências comparadas*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais. 2016.

BELOFF, Mary Ana. *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarma*. In: BELOFF, Mary Ana. *Justicia y derechos del Niño*. 1. ed. Santiago: UNICEF, 1999.

_____, Mary Ana. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BRASIL, *Decreto n. 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 15.out.2016.

_____. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22.ago.2017.

_____, *Lei n. 4.513, de 1º de dezembro de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 17.out.2016.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.out.2016.

_____. *Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20.ago.2017.

_____, *Lei n. 12.594 18 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 22.ago.2016.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.

JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*. Campinas, SP: Servanda, 2006.

KONRATH, Magda Susel. *Adolescentes em conflito com a lei, remissão: ambiguidades e educação*. 2013. 128 f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação. Porto Alegre. 2013.

LEITE, Carla Carvalho. *Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas*. Juizado da Infância e da Juventude. Porto Alegre, ano III, n. 5. p. 9-23. mar. 2005.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri-SP: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. *Revista USP (Dossiê Direitos Humanos no Limiar do Século XXI)*. São Paulo, n. 37, p. 46-47, mar/mai. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÉNDEZ, Emilio García. *La legislación de menores en America Latina: una doctrina en situación irregular*. In: MÉDEZ, Emilio García. *Derecho de la infancia/adolescencia en America Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Disponível em: <<https://goo.gl/i4Op1V>>. Acesso em dez/2016.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: comentários à lei n. 12.594/12*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao direito e parte geral do código civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. São Paulo: Loyola, 2004.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Ato infracional, Remissão, Advogado e Garantismo*. Disponível em: <<https://goo.gl/pr7AQx>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. As garantias processuais e o adolescente a que se atribua a prática de ato infracional. In: *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. 2006.

_____, João Batista Costa. *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

_____, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____, João Batista da Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TAVARES, Patrícia Silveira. *A Política de atendimento*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Patrícia Silveira. *As Medidas de proteção*. In: MACIEL, Kátia R. F. L. Andrade (Org.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry; LUZ, Valdemar P. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

_____, Josiane Rose P.; SILVEIRA, Mayra. *A Prática de Ato Infracional*. In: VERONESE, Josiane Rose P. (Org.). *Direito da Criança e do Adolescente*. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 301-335.

VOLPI, Mário (Org.). *O adolescente e o ato infracional*. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2015.