

Polêmica Constitucional do Princípio da Oportunidade na Remissão

Simone Montez Pinto

Promotora de Justiça

I - Introdução

O constituinte brasileiro felizmente teve a sensibilidade necessária para incluir na Carta Magna preceitos de proteção ao menor, destacando-se o art. 227 *caput*, que assegura, com absoluta prioridade, uma gama de direitos à criança e ao adolescente.

Embora salvaguardados em seara constitucional os direitos minoristas, a marginalização destes é crescente, vez que a problemática do menor no Brasil não é de natureza jurídica, mas, sim, política e socioeconômica. Tal processo marginalizatório está intimamente ligado ao empobrecimento da família brasileira, sendo que, compelido pela necessidade de sobrevivência ou simplesmente desassistido por ausência de infra-estrutura familiar adequada, o menor passa a delinqüir.

Dados científicos, levantados pelo Juizado da Infância e da Juventude da comarca do Rio de Janeiro e ressaltados por ALYRIO CAVALLIERI em recente estudo, apontam que 70% dos atos infracionais cometidos constituem crimes contra o Patrimônio (fundamentalmente furtos e roubos), enquanto que o perfil da maioria dos menores que os praticaram corresponde a situação socioeconômica familiar deteriorada (*in Livro de Estudos Jurídicos*, n. 06, p. 290, 1. ed., Ed. IEJ).

Atenta ao drama cada vez maior da criança e do adolescente brasileiro, aliás, drama que cresceu tanto que virou tragédia, e à necessidade imperiosa de mudanças, a nova legislação - Lei n° 8.069/90 - promoveu verdadeira revolução em diversas áreas, sendo que uma das maiores inovações foi a sensível ampliação das funções do Ministério Público, encarregando-o da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e conferindo-lhe verdadeira missão social. Para sua consecução, dotou-o de um instrumento inovador, qual seja, a remissão.

II - Remissão: Conceitos Gerais

Remissão vem do latim *remissio*, *remittere*, que significa renunciar, desistir, absolver. Exprime pois, o sentido de perdão.

Essa nova figura da processualística brasileira vem cuidada nos arts. 126 *usque* 128 do Estatuto e consiste na exclusão, suspensão ou extinção do processo para a apuração de ato infracional atribuído a adolescente,

com o intuito de evitar ou atenuar os efeitos negativos da instauração ou continuação do procedimento na administração da justiça de menores.

Esclareça-se que existem duas formas na remissão. Uma, concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo, devendo ser homologada pela autoridade judiciária; e a outra, quando já instaurado o procedimento judicial, importa na suspensão ou extinção deste, a critério exclusivo da autoridade judicial, desde que previamente ouvido o representante do Ministério Público.

Fixar-nos-emos unicamente na análise da remissão concedida pelo órgão ministerial.

O Ministério Público pode conceder a remissão independentemente da natureza do ato infracional, desde que observados os elementos estabelecidos no art. 126 do ECA. Entretanto, torna-se inconveniente a sua aplicação nas infrações graves, tendo em vista que a remissão, uma vez concedida, não prevalece para efeito de antecedentes (art. 127) e, cometido posteriormente outro ato infracional grave pelo agente, não se poderá invocar a reiteração para efeito de aplicação da medida da internação, *ex vi* do art. 122, II. Destarte, o instituto da remissão deve ficar reservado às infrações leves, como as contravenções e, de regra, aos crimes apenados com detenção.

Outro aspecto interessante da remissão ministerial é a dupla forma pela qual esta pode ser concedida; na primeira delas, o promotor de justiça a concede desacompanhada da aplicação de qualquer medida de proteção ou socioeducativa, ou, no máximo, inclui alguma

que se esgote em si mesma, como, por exemplo, a advertência, ocorrendo por conseguinte a exclusão do processo. A esta chamamos de remissão como *perdão puro* e *simples*. Em contrapartida a este tipo, apresenta-se a remissão como *um espécie de transação*, que passaremos a analisar.

III - Remissão Transacional

À guisa do que ocorre com a remissão como perdão puro e simples, a remissão como espécie de transação deve observar as circunstâncias descritas no art. 126 do ECA para sua concessão, diferenciando-se daquela exclusivamente pela aplicação de uma medida específica de proteção (*v.g.*, encaminhamento dos pais ou responsáveis), ou socioeducativa (art. 112), salvo a inserção em regime de semiliberdade e a internação, pois estas estão sujeitas ao princípio do *due process of law*, consagrado na Constituição Federal, art. 5, LIV.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE leciona que:

"Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo." (*in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 387, 1. ed., Ed. Malheiros).

Tal lição vem ao encontro da definição dada por AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA à palavra "transação", que é "combinação, convênio, ajuste", pois o Ministério Público tem o poder de, diante das circunstâncias de cada caso e em conformidade com o art. 126, antecipar a medida que seria aplicada no final do processo ao adolescente, evitando assim, o constrangimento que uma representação causaria.

Entretanto, a execução desta medida somente ocorrerá com aquiescência do menor infrator, em atendimento às conhecidas "*Regras de Beijing*" ou "*Regras Mínimas da ONU para Administração da Justiça de Menores*" (Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1995), que exigem o consentimento do adolescente ou seu responsável legal nesta hipótese. Em caso de discordância, o adolescente, seu responsável legal e até mesmo o próprio Ministério Público, poderão requerer *revisão* da medida aplicada à autoridade judiciária, nos termos do art. 128 do Estatuto. Como não foi previsto procedimento específico para tal pedido de revisão, aplicar-se-á o art. 153 da mencionada legislação.

Advirta-se que, como a remissão é um ato complexo, iniciado pelo representante do Ministério Público e concluído pela autoridade judiciária, a medida porventura incluída nesta, somente poderá ser executada após determinação judicial, ficando o procedimento suspenso até o seu fiel cumprimento. Como bem adverte IVAN SÉRGIO TAVARES MERHI, *in verbis*:

"As medidas resultantes da remissão não têm caráter repressivo. O promotor, quando

exclui; o juiz quando suspende ou extingue o processo, não impõem, mas ajustam, combinam, aplicam de comum acordo, medida de caráter meramente assistencial! ou educativo, vedadas aquelas restritivas ou privativas de liberdade." (*in* estudo jurídico à disposição na Coordenadoria das Promotorias de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de Minas Gerais).

De significativa importância apresentou-se para o tema *sub examine*, o colóquio: O *Estatuto da Criança e do Adolescente e a Remissão*, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, contando com a participação de juristas de todas as partes do Brasil, que em sua quarta conclusão estabeleceu:

"A medida socioeducativa, incluída como condição de remissão, não admite substituição *ex officio* podendo apenas ser revista mediante provocação do adolescente, seus pais ou responsáveis e Ministério Público."

Concluímos, face ao exposto, que a remissão transacional resultou em imenso avanço e modernização para a justiça do menor.

IV - O Princípio da Oportunidade na Legislação Menorista

O Ministério Público detém, como exclusividade, a iniciativa processual nos procedimentos de apuração de atos infracionais cometidos por adolescente, como se depreende do art. 180 III e art. 201 II do ECA.

Todavia, o promotor de justiça não fica obrigado a oferecer representação em todos os casos em que se verifique a ocorrência de ato infracional praticado por inimputável, podendo conceder a remissão desde que presentes os elementos descritos no art. 126 da mencionada legislação. Nisto consiste o princípio da oportunidade, na permissão que é dada ao órgão incumbido da persecução de abster-se de processar dependendo da situação.

O princípio da oportunidade surge, na seara menorista, pois ao Estado interessa a defesa da sociedade quanto à prática de atos infracionais, mas também lhe importa a proteção integral do adolescente, ainda que infrator, cabendo ao representante do Ministério Público valorar a situação *in casu*.

Conforme observa JASON ALBERGARIA,
ipsis litteris:

"No princípio da oportunidade, além dos pressupostos necessários, o Ministério Público terá que examinar a conveniência do início da ação, com a valoração do momento e circunstâncias." (*in Comentários ao Estatuto*)

da Criança e do Adolescente, p. 138, 2. ed.,
Ed. Aide).

Antagônico a tal princípio, o da
obrigatoriedade ou da legalidade vigora atualmente no
Código de Processo Penal pátrio. Advirta-se entretanto, que o
"Anteprojeto Frederico Marques do CPP", em trâmite perante
o Congresso Nacional, insere de forma especial o princípio
da oportunidade (arts. 92 e 233), com semelhante
possibilidade de transação.

Recente decisão do Egrégio Tribunal de
Justiça do Estado de Santa Catarina, analisa singularmente o
tema em pauta:

"O Estatuto da Criança e do Adolescente
instituiu a ação de pretensão socioeducativa,
atribuindo-a ao Ministério Público, a quem
conferiu o critério de oportunidade,
autorizando o *dominus litis* a transacionar em
torno de medidas que não impliquem
restrições à liberdade pessoal. A remissão
não se caracteriza pela imposição, mas pelo
ajuste, com aceitação voluntária de medida
de proteção ou socioeducativa." (Apelação
Cível n. 38.098, relator: desembargador
Amaral da Silva).

Hodiernamente, portanto, o princípio da
oportunidade encontra-se consagrado não só no âmbito
doutrinário, como no legislativo e jurisprudencial.

V - Da Constitucionalidade da Remissão

O instituto da remissão não apresenta qualquer nódoa de inconstitucionalidade, a par da existência de acesa controvérsia gravitando em torno da *magna quaestio*. Entretanto, cremos que opiniões apressadas levaram a este entendimento, visto que o argumento invocado não resiste á mais tímida análise jurídica. Senão vejamos.

Alguns alegam que a remissão é inconstitucional, pois viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estabelece:

"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."

Entretanto, esquecem-se que a remissão, embora concedida pelo Ministério Público, sujeita-se ao crivo judicial, devendo ser homologada pela autoridade judiciária para que possa ser executada, conforme dispõe o art. 181 da Lei nº 8.069/90. Outrossim, a lei faculta ainda ao adolescente ou seu responsável legal, bem como ao próprio Ministério Público, o direito de requerer a revisão judicial, a qualquer tempo, desde que insatisfeitos com a medida aplicada na remissão.

Conforme aduzem HUGO NIGRO MAZZILLI e PAULO AFFONSO GARRIDO DE PAULA, *in verbis*:

"O Ministério Público, como órgão independente do Estado, detém parcela da

sua soberania, a ele conferida pela **própria** lei. Quando resolve não acusar ou não efetuar uma representação, fundado em estrita hipótese legal, é o próprio Estado soberano a decidir-se por não efetuar representação. O poder-dever de acusar, de acionar o Estado-juiz para obter uma prestação jurisdicional positiva ou também negativa sobre uma imputação ou sobre uma representação, tem como seu titular o Estado soberano. (...)"

E conclui " - daí não se gera lesão alguma de direito individual, a merecer apreciação do Poder Judiciário." (*in O Ministério Público e o Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 32/33, 1. ed, Ed. Apmp).

Por último, o maior mérito do novo instituto, como assevera JURANDIR NORBERTO MARÇURA, consiste em sua utilidade prática, uma vez que grande parte dos casos de menor gravidade podem e devem receber tratamento célere por parte da justiça, com orientação e advertência instantâneas aos menores infratores por parte dos órgãos do Ministério Público, (*in A Remissão é um Instrumento Valioso*, artigo publicado em 24.04.91, no jornal O Estado de São Paulo).

Portanto, não há que se cogitar em violação ao principio da proteção judiciária, vez que o legislador submeteu esta nova atribuição do promotor de justiça à estrita fiscalização judicial, embasando-se, para tanto, no conhecido principio democrático de freios e contrapesos.

Aliás, foi esta uma das conclusões do colóquio promovido pelo TJ-SC, supramencionado.

VI - Conclusão

A nosso ver, destarte, o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei civilizatória e promoveu neste campo uma verdadeira revolução jurídica, plenamente constitucional, inovando acertadamente em diversos pontos, e em especial quanto ao instituto da remissão.

É importante, por conseguinte, que se compreenda a evolução da realidade social e, sobretudo, que os juízes, os promotores, os advogados, não estabeleçam obstáculos que os impeçam de observar e compreender as modificações ocorridas neste campo.

In terminis, deixamos aqui algumas palavras do ilustre Procurador de Justiça MUNIR CURY, que merecem reflexão:

"Bem comum e interesse público, sendo expressões que se identificam e se incorporam reciprocamente, são a grande ânsia finalística do Ministério Público na luta pelo resgate dos direitos humanos violados, no esforço permanente e na esperança inabalável de construção de uma sociedade mais justa e fraterna." (*in Temas do Direito do Menor*, p. 16, 1.ed., Ed. RT).