

POLÊMICA CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NA REMISSÃO

SIMONE MONTEZ PINTO

Promotora de Justiça da Infância e da Juventude — MG

1. Introdução — 2. Remissão: Conceitos Gerais — 3. Remissão transacional — 4. O princípio da oportunidade na legislação menorista — 5. Da constitucionalidade da remissão — 6. Conclusão.

1. 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 menoristas, 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 delinquir.

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-se em 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* 6/290, 1.^a ed., ed. IEJ).

Atenta ao drama cada vez maior da criança e do adolescente brasileiro, aliás, drama que cresceu tanto que virou tragédia, e a necessidade imperiosa de mudanças, a nova legislação — Lei 8.069/90 — promoveu verdadeira revolução em diversas áreas, sendo que uma de suas maiores inovações foi na sensível ampliação das funções do Ministério Público, encarregando-lhe da defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis e confe-

rindo-lhe verdadeira missão social. Para sua consecução, dotou-o de um instrumento inovador, qual seja, a remissão.

2. 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 de 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, importar 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 de 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 que 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, p. ex., 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 *uma espécie de transação*, que passaremos a analisar.

3. REMISSÃO TRANSACIONAL

A 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 sócio-educativa (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 CF, art. 5.º, 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.ª ed.).

Tal lição vem de encontro à 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 ao 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 Bijing” ou “Regras Mínimas da ONU para administração da justiça de menores” (Res. 40/33, de 29.11.85), 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”.

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

4. O PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE NA LEGISLAÇÃO MENO-RISTA

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

Todavia, o promotor de justiça não fica obrigado a oferecer representação em todos os casos 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 a 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.^a ed., ed. Aide).

Antagónico a tal princípio, o da obrigatoriedade ou da legalidade, vigora atualmente no Código de Processo Penal pátrio. Advirta-se entretanto, que o “Anteprojecto Frederico Marques do CPP”, em trâmite perante o Congresso Nacional, insere de forma especial o princípio da oportunidade (arts. 93 e 233), com semelhante possibilidade de transacção.

Recente decisão do egrégio TJSC, 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 transaccionar em torno de medidas que não impliquem em restrições à liberdade pessoal. A remissão não se caracteriza pela imposição, mas pelo ajuste, com aceitação voluntária de medida de protecção ou sócio-educativa” (Ap. cível 38.098, rel. Des. Amaral Silva).

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

5. 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 a 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. 5.º, XXXV, da CF, 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, se sujeita ao crivo judicial, devendo ser homologada pela autoridade judiciária para que possa ser executada, conforme dispõe o art. 181 da Lei 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*, pp. 32 e 33, 1.ª 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 24.4.91, no jornal *O Estado de S. Paulo*).

Portanto, não há que se cogitar em violação ao princípio da proteção judiciária, vez que o legislador submeteu esta nova atribuição do promotor de justiça, a estrita fiscalização judicial, embasando-se para tanto, no conhecido princípio democrático de freios e contrapesos. Aliás, foi esta uma das conclusões do colóquio promovido pelo TJSC, supramencionado.

6. 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.^a ed., Ed. RT).