

# Menor infrator: contraditório e ampla defesa na Constituição

Paulo Afonso Garrido de Paula  
Munir Cury  
Jurandir Norberto Marçura

Em relação ao menor infrator detém o Estado um verdadeiro direito supletivo de educar, exercitável quando da prática de um crime ou contravenção penal por um menor de 18 anos de idade. Considera-se, ante à infração cometida, que o Estado deve intervir, suprimindo ou completando o dever de educar originalmente atribuído aos pais ou responsável.

Ainda que as medidas educativas possam implicar em restrição ou privação da liberdade (liberdade assistida, colocação em casa de semiliberdade e internação), o Código de Menores (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) estabeleceu como instrumento para a realização da Justiça um procedimento extremamente simples e infenso a formalidades, reduzindo o direito de defesa a mera faculdade dos pais ou responsável.

As repercussões dessa sistemática legal foram e continuam sendo danosas, uma vez que, na prática, o procedimento para apuração de infração penal atribuída a menores de 18 anos constitui, em regra, instrumento inadequado na busca da verdade real, ante à ausência de oitiva de vítimas e testemunhas e a total falta de coleta de outras provas. Por outro lado, tal praxe facilitou o simplismo que faz do pretensão interesse do menor meio de elisão de qualquer obstáculo, ainda que seja o mesmo de natureza legal e instituído como garantia de um direito. De certa forma, também despertou um sentimento de onipotência ante a exagerada discricionariedade na apuração da infração, levando muitos profissionais do Direito, sob o argumento falacioso da finalidade educativa da medida imposta ao infrator, a se colocarem acima da lei e julgarem-se detentores de um "plus" que os qualifica como infalíveis. Além disso, ante à constante ausência do advogado nas causas menoristas, raras foram as decisões submetidas a reexame perante os Tribunais Superiores, ficando o me-

nor, na prática, com direito apenas a um grau de jurisdição.

Andou muito bem, portanto, o legislador constituinte ao aprovar, em primeiro turno de votação, dispositivo que estabelece "garantia de instrução contraditória e de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, à criança e ao adolescente, a quem se atribui ato contrário à ordem legal" (Anteprojeto, art. 264, § 3º, inciso IV).

A garantia de instrução contraditória implicará na exigência da bilateralidade, de modo que o menor apontado como autor de infração penal poderá resistir à pretensão do Estado em educá-lo ou reeducá-lo, porquanto, em igualdade de condições, terá conhecimento de todos os atos do processo que visa à aplicação de medida restritiva ou privativa de liberdade, tendo efetiva oportunidade de participação na realização dos mesmos.

A garantia da ampla defesa, por sua vez, implicará na necessidade de defesa técnica, de modo que o menor poderá produzir provas e alegações fáticas e jurídicas que indiquem a impossibilidade de aplicação de qualquer medida, quer porque não tenha sido o autor do fato, quer porque o fato não tenha existido, quer porque não constitua infração, quer porque tenha agido acobertado por uma causa de exclusão da antijuridicidade ou de sua reprovabilidade. Por outro lado, garantindo-se os meios e recursos necessários à sua efetivação, ao menor oriundo de família de baixa renda, impossibilitado, portanto, de constituir advogado às suas expensas, ser-lhe-á nomeado defensor público, de maneira que não fique sem defesa ou inferiorizado na relação processual.

O contraditório e a ampla defesa não retiram o caráter tutelar do Direito do Menor. É mister lembrar que constituem garantias de cunho processual, conferindo, fundamentalmente, igualdade de condições às partes integrantes do processo. Anote-se que o processo é meramente um instrumento de realização do direito abstrato ao caso concreto, não se confundindo com a norma de direito material. Esta sim

tem de ser protetora e encerrar conteúdo educativo. O processo é apenas um meio de, em se chegando à verdade, possibilitar o advento de uma decisão justa. Tais garantias constitucionais protegerão o menor da prepotência estatal, revelada pelo subjetivismo que caracteriza as decisões relativas a menores infratores. Ainda que acabem gerando algumas formalidades certamente vão restringir as possibilidades de erros judiciários, conferindo maior segurança jurídica.

Por outro lado, parece-nos reducionismo exagerado a concepção de que o defensor teria como missão precipua instigar o menor à mentira. O advogado exerce função indispensável à realização da Justiça e sua intervenção parcial garante o equilíbrio da relação processual, impedindo que o Estado, de maneira discricionária e sem fundamento, faça prevalecer sua vontade. Anote-se que o Código de Ética Profissional prescreve que aplicará o "advogado todo zelo e diligência e os recursos de seu saber, em prol dos direitos que patrocinam" (Seção III, inc. I), sendo-lhe, contudo, defeso "iludir, ou tentar iludir o adversário ou o juiz da causa" (Seção III, inc. VIII, alínea "e"). Além disso, verifica-se que tal inconsistente argumento encontra eco principalmente naqueles que fazem da confissão do menor o único elemento probatório, olvidando que, não raras vezes, a assunção da autoria tem por fito acobertar autores adultos. A assertiva de que o menor sempre diz a verdade não tem lastro científico, repousando em meras conjecturas dos defensores do "status quo". A propósito, anote-se que "uma criança que comparece ante a justiça, depois de haver sido interrogada por seus pais, por vizinhos, por agentes subalternos, não oferece garantias; suas declarações podem ser admitidas apenas a título de informações muito frágeis" (Edmond Picard, citado por Hélio Gomes, in "Medicina Legal", Freitas Bastos, 24ª Ed., pág. 238). Assim, limitar a defesa técnica a distorções deliberadas dos fatos é macular a nobreza das funções da advocacia; impedi-la, sob o fundamento da desnecessi-

dade, é a submissão total do indivíduo ao Estado autoritário; reduzir o conjunto probatório à confissão da criança ou do adolescente é afirmar a incompetência estatal na apuração da infração.

Em relação ao menor apontado como autor de infração penal o Estado sempre exerceu uma função acusatória, entendida esta como a atividade de imputação de um fato criminoso ou contravenção. Pela sistemática implantada pelo vigente Código de Menores tal indicação fica subtendida pela lavratura de um boletim de ocorrência ou relatório de investigações policiais. Mas que há increpação não existe a menor dúvida, tanto que a remessa do BO ou do relatório à Justiça de Menores implica em instauração do procedimento de apuração de infração penal (CM, art. 100, inc. I). A acusação é disfarçada, de modo a tentar justificar a assertiva de que o menor não é réu, de que não está sendo acusado de coisa alguma, etc. Sendo tal atividade acusatória exercida dissimuladamente pelo Estado, o conteúdo da imputação acaba sendo de conhecimento apenas dos integrantes da Justiça de Menores. Não sabe o menor, de maneira inequívoca, do que está sendo acusado, não podendo exercitar plenamente sua defesa e ficando inteiramente a mercê dos aplicadores da lei. Se a imputação é determinada, com a descrição da conduta tida como infracional, o menor poderá justificar seu ato ou comprovar a sua não participação.

Há muito exagero, também, quando se diz que o Promotor de Justiça Curador de Menores será transformado em Promotor Criminal, posto que, se a lei o incumbir de provocar a atividade jurisdicional através da dedução da pretensão corretiva do Estado, estará obrigado a oferecer denúncia contra o menor, o que conflitaria com sua função tutelar. Isto não é verdade. Em primeiro lugar porque o Curador de Menores, membro do Ministério Público que intervém nos processos afetos à Justiça de Menores, atuaria, mesmoo se oferecesse representação, sempre como "custos legis", na medida em que velar pela obser-

vância da lei necessariamente implica em promover-lhe a execução. Não é o Curador de Menores quem deve proteger o menor; quem deve fazê-lo, num Estado de Direito Democrático, é a lei. Assim, se a lei, efetivamente, for um instrumento de defesa do menor, estará o Curador de Menores, ao exigir seu cumprimento, defendendo estritamente os direitos e interesses da criança e do adolescente. Quando oferecer uma representação estará materializando a garantia de que o infante será submetido a um processo justo, provocado por um órgão imparcial, cujo exclusivo interesse é velar pela observância das leis, pela efetivação dos preceitos constitucionais e pela defesa da sociedade, da qual faz parte aquela pessoa menor de dezoito anos de idade e que o legislador constituinte, sabiamente, elegeu como destinatário de proteção especial. Sua representação não terá por finalidade deduzir pretensão punitiva do Estado, posto que, como dizem, o Direito do Menor não tem escopo punitivo e sim reeduca-

tivo; assim, deduzirá o Curador de Menores pretensão educativa do Estado, que somente poderá materializar-se desde que comprovada a infração e a necessidade de imposição de medida, seja ela liberdade assistida, colocação em casa de semiliberdade ou internação.

Assim, parece-nos extremamente oportuna e feliz a decisão da Assembleia Nacional Constituinte em assegurar ao menor apontado como autor de infração penal garantias de instrução contraditória e ampla defesa. Conferindo-lhe o direito a um processo justo realmente se dá vida à declaração de princípio inserta no "caput" do art. 264 do Anteprojeto, que insere entre outros, o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito e à liberdade.

\* Membros do Ministério Público do Estado de São Paulo e oficiais junto à Coordenação das Curadorias de Menores.