

POSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DE ADOLESCENTE PELO(A) PROMOTOR(A) DE JUSTIÇA APÓS A SUA OITIVA INFORMAL: ABORDAGEM ANALÍTICA E CRÍTICA

Evandro Luís Santos de Jesus¹

RESUMO

O presente artigo decorre de estudos sobre o tema noticiado e tem como objetivo fazer uma análise em face da sua indiscutível atualidade na justiça brasileira. Busca-se enfrentar, de maneira sintética, a situação fático-jurídica do ato de liberação de adolescente, apreendido em razão da prática de ato infracional, por parte do (a) Promotor (a) de Justiça, após a oitiva informal, em contraposição ao quanto disciplinado na legislação pátria e internacional, que regem a matéria, além de entendimentos doutrinários. Utiliza-se, para a investigação, o estudo da literatura e a legislação pátria e internacional, relacionando-as com a atuação prática do (a) Promotor (a) de Justiça, que atua com a infância e adolescência, com especialidade na área do ato infracional.

Palavras-chave: Direito da criança e do adolescente. Ato infracional. Oitiva informal. Atribuição do Promotor de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto a análise da possibilidade jurídica do (a) Promotor de Justiça de conceder a liberdade a adolescente em circunstância de prática de ato infracional, durante a sua oitiva perante o representante do Ministério Público.

O artigo tem por objetivo entender e dar maior visibilidade, aos aspectos legais relativos às atribuições do (a) Promotor (a) de Justiça, na fase pré-processual da oitiva informal de adolescentes em circunstância de prática de ato infracional, mais precisamente, sobre a possibilidade de conceder a liberação do (a) apreendido (a) em flagrante, pela autoridade policial, entregando-o (a) aos seus pais, ou responsável legal, tomando por direcionamento o quanto disciplinado na norma

¹ Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Graduado em Direito. Professor e coordenador de área – Direito da *Universidade do Estado da Bahia* e Promotor de Justiça do *Ministério Público do Estado da Bahia*. Especialista em Operacionalização do Sistema Socioeducativo (FACIBA) e em Direito Administrativo (UFBA). Aperfeiçoamento em Direito (EPAM-Ba). E-mail: elsj75@hotmail.com

vigente que rege a temática, qual seja, a Lei nº 8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Utilizar-se-á, como parâmetro de apreciação, algumas práticas ministeriais, no Estado da Bahia, com atuações distintas, umas acolhendo a possibilidade da liberação pelo (a) Promotor (a) de Justiça, na fase pré-processual, outras negando tal atribuição, direcionando-as ao (à) Magistrado (a), por entenderem ser esta a autoridade competente.

2. DESENVOLVIMENTO

Antes de adentrar no tema proposto, releva contextualizá-lo dentro do sistema jurídico infanto-juvenil, para, em ato contínuo, analisá-lo nas demais searas interdisciplinares.

Após a promulgação da Constituição de 1988, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou simplesmente ECA, por intermédio da Lei nº 8.069 de 1990, conforme já ilustrado, que promove profundas modificações no modelo de atendimento às crianças e adolescentes brasileiros.

Vê-se, por conseguinte, que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma lei que inaugura verdadeiro microssistema, que traz, no seu texto normativo, valores e princípios, com implicação em várias áreas do direito. Assim, existirão normas de cunho material e processual, civil e infracional, em um mesmo diploma legal, e tal fato se dá, até por disposição expressa do aludido texto de lei (art. 152).

A complexidade de conteúdo material do Estatuto, por si só, já demandaria uma análise mais detida. Para, além disso, deve-se considerar a sua postura pioneira no ordenamento jurídico pátrio, a ensejar adequações, alterações no seu teor, com vistas a melhor proteger os direitos públicos subjetivos de crianças e adolescentes, seus familiares, considerando o direito que é e o que deve ser.

Para Bordallo (2013), a falta de técnica do legislador estatutário fez com que as regras processuais pudessem ser ignoradas, sob a alegação que estava sendo atendido o melhor interesse da criança e do adolescente.

Denota-se, portanto, que a reflexão sobre a natureza jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente é importante, para o enfrentamento do questionamento sugerido, qual seja, a possibilidade do (a) Promotor (a) de Justiça, representante do

Ministério Público estadual, promover a liberação do adolescente, após a oitiva informal, uma vez que inexistente disposição expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente que preveja tal prática.

As normas de direito público não concedem margem de atuação, além das divisas do que é permitido no texto de lei, diversamente do que acontece com as de direito privado, em que existe um elastério maior de faculdade para o indivíduo, quando não existe previsão expressa em sentido contrário.

Segundo Reale (2016, p.93-341), uma norma jurídica é caracterizada pelo fato de ser um elemento constitutivo do Direito, como que a célula do organismo jurídico e, em sendo de direito público, atende, de maneira imediata e prevalecente, a um interesse de caráter geral, de cunho obrigatório para o cidadão.

Assim, deve-se considerar a natureza jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com as atribuições dos (as) Promotores (as) de Justiça e dos (as) Magistrados (as) para, ao final, permitir a conclusão no texto em apreciação sobre o poder-dever que é relativo a cada representante do Estado.

A doutrina pátria não é uníssona em definir a natureza jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente, entendendo alguns que seja de Direito Público e outros de Direito Misto, no sentido de que existem normas de Direito Público e Privado.

Sposato (2006), Ishida (2018) e Cury (1987) entendem que o Estatuto da Criança e do adolescente é uma norma de direito público, tendo em vista que tais direitos compõem uma classe dos direitos fundamentais, daí a participação do Estado fará valer a sua vontade, diante de sua função protetional e ordenadora de toda e qualquer criança e adolescente.

Assim, considerando que, como bem adverte Grau (2009, p.38), “a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito”, logo se quer crer que o Estatuto da Criança e do Adolescente seja uma norma de Direito Público, com direitos e deveres jurídicos previamente definidos. E, mesmo para os que o entendem como direito misto, a parte que cuida da apuração do ato infracional, objetivamente, é de direito público, em face da matéria que cuida (LIBERATI, 2006).

Dito isso, e identificando a natureza do direito da criança e do adolescente, especialmente no que se refere à apuração do ato infracional como sendo de direito público, vê-se que os ditames ali contidos, em relação às atuações dos integrantes

do sistema de justiça, devem ser observados, segundo critérios legais e, de igual forma, os que não existem, não poderão ser criados, arbitrariamente, por instrumentos ilegítimos, ainda que escudados pelas omissões dos outros integrantes e/ou pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Importa registrar que os integrantes do sistema de justiça atuam *secundum legem* e, as omissões dos demais integrantes, não poderão ser justificativas, para que o outro órgão, com atribuição diversa, aproprie-se de funções que não lhes digam respeito na atualidade.

A utilização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser adequada ao seu teor e não pode ser aplicada para justificar a ação de órgão, que atue em defesa da criança e do adolescente, sem a justa sintonia com os seus direitos públicos subjetivos.

Conforme Amin (2018, p. 77), na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais, titularizados por crianças e jovens.

Deve-se, por conseguinte, considerando que a matéria relativa à apreciação do ato infracional é de Direito Público, perquirir se o ordenamento jurídico pátrio concede ao (à) Promotor (a) de Justiça à atribuição de liberar o adolescente e entregá-lo aos seus pais, ou responsável, após a oitiva informal.

A oitiva informal, prevista no art. 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consiste em procedimento de cunho administrativo, no qual o (a) adolescente é apresentado ao (à) Promotor (a) de Justiça, oportunidade em que poderá contar a sua versão sobre o ato infracional que lhe é imputado.

Tal procedimento, que não envolve apenas a oitiva do (a) adolescente, como também e, quando possível, dos seus pais, responsáveis, vítima e/ou testemunhas, permitirá ao (à) representante do Ministério Público obter informes complementares, de cunho pessoal e social, com a precípua finalidade de direcionar a sua atuação, nos termos do art. 180, da norma estatutária, em conjunto com a documentação apresentada pela Autoridade Policial.

É, portanto, oportunidade de escuta singular, tanto para complementar os elementos de convicção, como permitir o embasamento, para a adoção das providências elencadas no supramencionado dispositivo legal (art.180).

O (A) representante do Ministério Público estadual, durante a oitiva informal, verificará se o (a) adolescente e/ou jovem não foi o (a) autor (a) da infração contra si atribuída, se o ato praticado não é equiparado a ato infracional, ou, ainda, a existência de excludente de antijuridicidade, dentre outras causas, oportunidade em que deverá requerer o arquivamento do expediente.

Importa registrar que o convencimento do (a) Promotor (a) de Justiça pelo arquivamento não é suficiente, por si só, para dar causa à sua concretização, posto que, em caso de não concordância do (a) magistrado (a), com o entendimento ministerial, é possível o encaminhamento de sua discordância ao (à) Procurador (a)-Geral de Justiça, oportunidade em que poderá ser a promoção de arquivamento mantida ou revista, com a designação de outro membro do Ministério Público para oferecer a representação ou remissão. Da decisão do (a) Procurador (a)-Geral de Justiça não caberá reapreciação, nos termos dos art. 181 e 152, do estatuto da criança e do adolescente, c/c art. 28, do Código de Processo Penal pátrio.

O (A) representante do Ministério Público estadual poderá, ainda, promover a remissão, nos termos do art. 180, II, c/c 126 usque 128 do Estatuto, em sintonia com o art. 11 das Regras de Beijing, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente, e sua maior ou menor participação no ato infracional.

A remissão poderá implicar em exclusão do processo, após a homologação, por parte do (a) Juiz (a) da Infância, pois, da mesma forma como se dá em relação à promoção do arquivamento (art. 181, da Lei n.8.069/90), caso a homologação não ocorra e o (a) magistrado (a) discorde do entendimento do titular do órgão ministerial, deverá encaminhar a sua discordância ao (à) Procurador (a)-Geral de Justiça e o mesmo, conforme já evidenciado, adotará as providências já noticiadas, mantendo a manifestação do (a) Promotor (a) de Justiça ou não.

Vê-se, por conseguinte, que tanto a promoção do arquivamento como a da remissão, a última palavra será do Ministério Público, pelo (a) Promotor (a) de Justiça ou pelo (a) Procurador (a)-Geral de Justiça. Obviamente que tal disciplina contida no art. 181, do Estatuto não é sem nexos, uma vez que o (a) representante do Ministério Público é o (a) titular da ação socioeducativa.

Em que se mensure tal circunstância fática, cumpre ilustrar que, consoante já demonstrado, nem sempre o (a) Promotor (a) de Justiça, representante do Ministério

Público, aquele (a) que originalmente procedeu à oitiva do adolescente ao qual se atribui a prática de ato infracional, deterá a última palavra sobre a remissão ou arquivamento.

De outro lado, se o (a) representante do Ministério Público estadual não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida socioeducativa que se afigurar a mais adequada (art. 182, do ECA).

O que se vê, na prática, em muitos casos, é que, de acordo do entendimento pessoal de alguns (mas) Promotores (as) de Justiça, que recebem o (a) adolescente, durante a oitiva informal, por entenderem que não seria o caso de internação provisória, promovem a entrega do (a) adolescente aos seus familiares ou responsáveis, com termo de compromisso. Em tais situações, adotam as medidas previstas no artigo 180, da Lei n.8.069/90, promovendo o arquivamento, concedendo remissão ou representando à autoridade judiciária, para aplicação de medida socioeducativa, sem pedido de internação provisória.

Cumprе evidenciar que o procedimento acima noticiado, no âmbito ministerial, não é unânime, na medida em que, nas mesmas condições, outros (as) Promotores (as) de Justiça, adotam o procedimento delineado no art. 180 e submetem à apreciação da autoridade judiciária a concessão ou não da liberação do (a) adolescente, por entenderem que esta é quem deteria a competência para tanto, nos termos da legislação pátria.

Delineada a atuação ministerial, no âmbito da oitiva informal, verifica-se, prima facie, que inexistе previsão legal para a concessão da liberdade do (a) adolescente ou jovem e entrega aos seus pais ou responsável, diversamente do que acontece com a Autoridade Policial (art. 174, do ECA) e com a Judiciária (art. 184, do ECA).

Perguntar-se-ia: Poderia o (a) representante do Ministério Público estadual conceder tal liberdade, sem previsão legal, considerando o caráter publicístico da matéria, atinente ao ato infracional, e não sendo tal atividade inerente à sua atribuição, no ordenamento jurídico pátrio atual.

O art. 179 do Diploma Infante-Juvenil, que dispõe sobre a oitiva informal, não incumbiu ao (à) representante do Ministério Público, a entrega do (a) adolescente

apreendido (a) ao seu responsável legal, o que se caracteriza como um verdadeiro relaxamento da apreensão em flagrante.

É de bom tom salientar, inicialmente, que os ditames normativos, atinentes à matéria em análise, não atribuem ao (à) Promotor (a) de Justiça o poder de conceder a liberdade dos (as) adolescentes, entregando-os (as) aos pais, ou responsáveis, após a oitiva informal. Diversamente do que acontece com o (a) representante do Ministério Público estadual, não pairam dúvidas sobre as atribuições das Autoridades Policial e Judiciária poderem conceder a liberdade aos adolescentes, que praticaram ato infracional, nos moldes descritos em lei.

O Estatuto, no que se refere à apresentação do (a) adolescente em circunstância de prática de ato infracional, perante a Autoridade Policial, concede-lhe o poder-dever de identificar os casos em que poderá ocorrer a apreensão em flagrante e, em sendo o caso, lavrará o auto de apreensão, privando-o de liberdade e, em sentido contrário, apenas o boletim de ocorrência será lavrado e o autor da infração prontamente liberado, entregue aos seus familiares ou responsável e assinado um termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou, não sendo possível, no primeiro dia útil imediato (arts. 172 a 177). A Autoridade Policial não promoverá a liberação prevista nos dispositivos em comento quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer apreendido para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

A Legislação Instrumental Repressiva (Código de Processo Penal), além do que já está disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 172 a 178, c/c art.152), corrobora a atribuição da Autoridade Policial, na medida em que prevê a autorização para colocar o preso em liberdade, após lavrar o auto de prisão em flagrante, mediante a concessão de fiança, com fulcro no arts. 304, §1º, c/c art. 332, ambos do Código de Processo Penal (CPP), caso atendidas as exigências do art. 322 do CPP.

A legislação processual extravagante permite, ainda, à Autoridade Policial deixar de autuar a prisão em flagrante do indivíduo detido em razão do cometimento do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, e por em liberdade o suposto autor do fato que assumir o compromisso de comparecer em juízo, consoante prevê o art. 48, § 2º, da Lei de Drogas.

Nas hipóteses de inexistência de permissão à Autoridade Policial de concessão de fiança, será a Autoridade Judiciária, exclusivamente, a competente para decidir sobre a liberdade do preso, concedendo-lhe a fiança, ou impondo-lhe medidas cautelares, de acordo com as particularidades de cada situação. Inteligência do artigo 310, I a III, do CPP.

O Estatuto atribui à Autoridade Judiciária a competência para manter ou decretar a internação do representado. Inicialmente, tão logo ocorra a apreensão de qualquer adolescente, tal fato e o local em que este se encontra apreendido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada, oportunidade em que a autoridade judiciária, examinará, desde logo e sob pena de responsabilidade a possibilidade de liberação imediata (art. 107, do ECA) e, posteriormente à representação (art.184), oportunidade em que decidirá se manterá a apreensão policial, relaxará, por considerá-la ilegal, ou decretará a internação provisória, entendendo que se adequa aos casos em que as mesmas são pertinentes, nos termos da legislação pátria.

Urge reforçar a tese de que inexistente dispositivo legal que permita ao (à) representante do Ministério Público, titular da ação penal de iniciativa pública, relaxar eventual prisão em flagrante ou conceder a liberação provisória por entendê-la ilegal ou desnecessária ao andamento da investigação policial, no que diz respeito aos processos criminais e/ou infracionais.

A utilização do argumento no sentido de que se a Autoridade Policial é autorizada a liberar o (a) adolescente apreendido (a), sob termo de compromisso de comparecer perante o Ministério Público, o representante do Parquet, titular exclusivo da ação socioeducativa, teria, implicitamente, a mesma atribuição não se concebe como aceitável. Este discurso é, inegavelmente, sedutor. Contudo, não resiste à análise dogmática do ordenamento pátrio.

Saraiva (2010, p. 19), comunga do entendimento de ser atribuição do (a) representante do Ministério Público, a possibilidade de liberação do (a) jovem, mantido (a) sob a custódia policial, enquanto a questão estiver na órbita pré-processual e não houver decisão judicial, salvo se, neste interregno, houver decisão judicial pelo internamento provisório.

Acerca da ideia defendida pelo insigne autor, valem os mesmos argumentos, anteriormente evidenciados, posto que, na medida em que não detém o órgão

ministerial hierarquia, em face da autoridade policial, e a sua oitiva informal não tem natureza diversa da realizada no âmbito da polícia, logo, se não concordar com a apreensão, deverá buscar promover o relaxamento dela, nos termos legais, perante a autoridade judiciária, mesmo em caso de remissão ou arquivamento.

Não se deve perder de vista que a preocupação com a liberdade, quando indevidamente cerceada, poderá ser concedida, com a mesma brevidade, pela Autoridade Judiciária, em face da celeridade do procedimento prevista no Estatuto (artigos 100, parágrafo único, incisos I a VIII; 107; 175 a 182) e/ou pela utilização dos remédios jurídicos previstos em Lei pelo (a) Promotor de Justiça.

Cumpre, pois, para corroborar a necessidade de reflexão sobre o tema exposto, em virtude de tudo o quanto já foi ilustrado, analisar o que preconiza o artigo 100, parágrafo único, inciso V, do ECA, quando estatui a obrigatoriedade ao princípio da intervenção precoce, definindo que a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida.

Constata-se, por via de consequência, que o limite das atuações das autoridades, como não poderia deixar de ser, é a competência, fato que não pode ser desconsiderado, nos termos da legislação vigente, repita-se.

Não se pode olvidar da legalidade, tomando por direcionamento, que a definição das funções de servidores públicos, ainda que de agentes políticos sejam definidas em lei. O procedimento de apuração de ato infracional é técnico e público e deve obedecer aos critérios da legalidade, pelos integrantes do Sistema de Justiça.

Para Moraes (2014), o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo no âmbito material de defesa ao direito de liberdade, quanto no formal, assegurando-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor.

É interessante ressaltar a natureza administrativa dos procedimentos desenvolvidos tanto pela autoridade policial, quanto do Ministério Público, na fase pré-processual, que antecede à submissão da apreciação judiciário do ato infracional em análise (TJSP. Rec. 18.344-0/6 – Rel. Ney Almeida) e a imprescindibilidade da observância dos ditames legais por parte das duas Autoridades em comento, até, porquanto, a discricionariedade se dá nos termos da lei e não é sinônimo de arbitrariedade.

A segurança jurídica é indispensável, pois todas as partes precisam ter plena ciência dos desdobramentos do processo de que participam, conforme o ordenamento jurídico pátrio, mormente em se tratando de normas de direito público.

Liberati (2014, p. 222), dentre outros, aquiesce, também, no sentido da possibilidade do (a) representante do Ministério Público poder conceder a liberdade do(a) adolescente, durante a oitiva informal, fazendo a sua liberação aos seus pais ou responsável, mediante termo de compromisso e responsabilidade.

Não se olvida do fato de que o entendimento doutrinário é predominante, no sentido de que seja possível a liberação do (a) adolescente ou jovem adulto (a), durante a oitiva informal pelo (a) representante do Ministério Público.

Em que se noticie o fato de que a ideia, aqui ofertada, não está em sintonia com a maioria, oferta-a, com a precípua finalidade de homenagear tais entendimentos, para contribuir com o desenvolvimento da reflexão sobre o tema em apreço.

A Lei infantojuvenil preconiza que sendo oferecida na fase anterior à representação pelo (a) representante do Ministério Público, a Autoridade Judiciária poderá relaxar a apreensão policial, se a entender como ilegal e, em segunda oportunidade, tão logo receba a representação, quando designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação (arts. 107; 146; 147, §1º; 148, incisos I e II; 152 e 184).

A Autoridade Judiciária tem, portanto, o poder de conceder a liberação dos (as) adolescentes e/ou jovens, que pratiquem ato infracional, nos termos dos artigos 107; 148, I e II; 152; 184 e 189 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com os artigos 306 e 310, I, ambos do Código de Processo Penal pátrio, sendo, tal função, da essência da atuação do magistrado.

Conforme Arantes (2004), o juiz de direito com competência para Vara da Infância e Juventude é o competente para a jurisdição que interessa a todas as pessoas de zero a dezoito anos de idade.

O Magistrado deve atuar em sintonia com os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, atentando para os princípios que regem a temática, buscando fazer cumprir os seus preceitos, dentre os quais, observar a legalidade da apreensão dos adolescentes suspeitos de terem praticado atos infracionais, nos termos do art.5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988.

O Estatuto dispõe expressamente que à Autoridade Judiciária é atribuída a competência para decretar ou manter a internação do adolescente apreendido pela Autoridade Policial e não prevê tal atribuição ao (à) Promotor (a) de Justiça (arts. 107 e 184).

Em que se mensure tal fato, noticiado nos parágrafos anteriores, existem entendimentos doutrinários no sentido de que seja possível tal liberação por parte do (a) Promotor (a) de Justiça, durante a oitiva informal, razão pela qual, por amor ao conhecimento, oferta-as.

Segundo Digiácomo (2014), se o (a) adolescente não for liberado pela autoridade policial e se o (a) Promotor (a) de Justiça entender adequado poderá proceder, por iniciativa própria, a sua liberação. Fernandes (2002) comunga de tal entendimento, e reforça que se o (a) Promotor (a) de Justiça não realizar a liberação nos casos que deveria fazê-lo, poderia ser responsabilizado criminalmente, pela infração prevista no art. 234, do ECA.

Faz-se uma releitura, sobre os entendimentos retro apresentados, e ousa-se discordar dos mesmos, tomando por norte o quanto esposado pelo ordenamento jurídico pátrio vigente, que atribui taxativamente à autoridade judiciária o poder dever de decretar, manter ou não a apreensão realizada pela Autoridade Policial, nos termos precisos dos artigos 146; 147, §1º; 148, incisos I e II; 152, 184 e 189, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com os artigos 306 e 310, I, do Código de Processo Penal pátrio. Comunga de tal entendimento Hishida (2018), que se manifesta no sentido de que decisão sobre a liberação provisória não é do Promotor de Justiça e sim do Juiz da vara da infância e juventude.

No que se refere à infração penal prevista no art. 234, do ECA, não há que se falar em possibilidade do (a) Promotor seja sujeito ativo do crime, pelo simples fato de que não possui competência para a prática do ato, matéria de direito público, muito embora tal questão não seja assunto pacífico na doutrina. Por outro lado, se o (a) Promotor de Justiça exerce uma função que não integra as elencadas no rol das suas atribuições, tal atividade é ilícita, com as consequências que decorrem de tal ação, inclusive a criminal. Isto sim, salvo melhor juízo, pode ser caracterizado como crime (art. 319, do Código Penal), na medida em que, liberando o adolescente, sem atribuição legal, estaria praticando ato de ofício contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, na perspectiva de que agem,

equivocadamente, em conformidade com a lei, atendendo ao melhor interesse do adolescente.

Cuida-se de atribuição do (a) Promotor (a) de Justiça, das funções atribuídas ao agente e estas deverão estar delineadas em lei. O cargo de Promotor (a) de Justiça é criado por lei e as suas atribuições também devem estar ilustradas no texto de lei. O Estatuto preconiza quais são as atribuições ministeriais no que diz respeito à sua atuação no procedimento de adolescentes que praticam atos infracionais e, em momento algum, confere tal poder dever ao órgão ministerial, diversamente do que acontece com as autoridades policial e judicial.

Por mais conveniente que seja a aludida liberação, inclusive no que diz respeito à promoção da remissão ou do arquivamento, em face dos mais variados motivos visualizados na atuação prática dos (as) representantes do Ministério Público no Brasil, esta prática não encontra guarida nos dispositivos legais atinentes à temática em apreço.

O cotejar das normas processuais delineadas na norma estatutária não se vislumbra a concessão de tal atribuição expressa ao órgão ministerial. Em casos que tais, inexistindo previsão expressa, no ordenamento processual contido na Lei infantojuvenil, relativo à matéria em análise, o amparo poderá ser concedido, de maneira clara e insofismável, pelo que estiver disposto no Código de Processo Penal, posto que tema de ordem infracional, nos termos do art. 152 do estatuto da criança e do adolescente.

O Código de Processo Penal disciplina o assunto em tela, atribuindo ao(à) Magistrado(a) tal competência, nos termos dos artigos 306 e 310, I. O Estatuto da Criança e do Adolescente não disciplina tal liberação por parte do (a) representante do Ministério Público, mas oferta caminhos para tanto (107, 146; 147, §1º; 148, incisos I e II; 152; 184 e 189), inclusive, buscando o auxílio subsidiário do Código de Processo Penal, consoante já evidenciado, fato que permitirá a conclusão de que não detém tal atribuição, podendo utilizar do que lhe compete, qual seja o remédio jurídico do Habeas Corpus.

De maneira similar ao Código de Processo Penal, os Tratados e Convenções internacionais, em sintonia com o ordenamento jurídico pátrio atual, fortalecem o entendimento de que seja o (a) Magistrado (a), o (a) servidor (a) público (a) que

detêm a competência para conceder a liberdade do(a) adolescente que pratica ato infracional, fora dos casos que são de atribuição da Autoridade Policial.

As Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade estabelece que a privação de liberdade é excepcional e a sua duração deve ser determinada pela autoridade judicial, inclusive a sua libertação antecipada.

As Regras Mínimas das Nações Unidas, para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude preconizam, no dispositivo 10.2, que o juiz, funcionário, ou organismo, competentes examinarão, sem demora, a possibilidade de pôr o jovem em liberdade.

O Decreto n. 99.710/1990 que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança define:

Artigo 40.

(...) 2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular:

(...) 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:

III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais;

(...) 3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

Artigo 41.

Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

a) das leis de um Estado Parte;

b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Visualiza-se que os ditames internacionais estão em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico pátrio e, em momento algum, concedem um valor acentuado ao arbítrio em detrimento da legalidade, em matéria do processo infracional.

O Ministério Público, após o advento da Constituição de 1988, passou a desempenhar outras funções e, dentre elas, a promoção da defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de maneira mais acentuada. Em que se mensure tal fato, deverá fazê-lo com plena autonomia para sua atuação, nos limites das suas

atribuições, bem delineadas no art. 129 da Carta Magna, em sintonia com o art. 201, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a integração operacional com os órgãos do sistema de garantia de direitos, como bem evidencia Volpi (2006).

3. CONCLUSÃO

A atuação do Ministério Público foi, significativamente, ampliada, e é preciso considerar o quanto lhe diz respeito, no que toca à sua função institucional, ante os ditames legais vigentes e as necessidades sociais reinantes.

O princípio da legalidade obsta a adoção de condutas não previstas na legislação, por parte dos agentes públicos, inexistindo na legislação nacional, ou supranacional, dispositivos legais autorizadores da entrega de adolescente apreendido em flagrante, por representante do Ministério Público.

A despeito da omissão legislativa, a prática, corroborada pela doutrina, anui com a possibilidade da liberação do (a) adolescente, pelo (a) Promotor (a) de Justiça, após a oitiva informal, consoante evidenciado no corpo do texto.

Portanto, a concessão da liberdade de adolescente, feita por representante do Ministério Público, entregando-o (a) aos seus pais ou responsável, durante a oitiva informal prevista no art. 179, da Lei nº 8.069/90, como se buscou demonstrar, é uma alternativa que a doutrina nacional e a prática consolidaram e, talvez, venha a ser incorporada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, ao que se depreendeu, acredita-se que não encontra amparo nos ditames legais pátrios e internacionais pertinentes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.) **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARANTES, Geraldo Claret. **Manual de prática jurídica do estatuto da criança e do adolescente**: comentários, modelos e procedimentos. – ed. ampl. rev. - Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 2004.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. As Regras Gerais de Processo. In: MACIEL, Kátia (Coord.) **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Casa Civil. Constituição (1988). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Casa Civil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 5 out. 2018.

_____. Casa Civil. Decreto – Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 5 out.2018.

_____. DECRETO Nº 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 5 out.2018.

CURY, Munir. O ministério público e a justiça de menores. In: (Coord.). **Temas de direito do menor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.11).

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Consulta: SINASE**: adolescente apreendido, liberação pelo MP. Curitiba: 2014, <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1595.html>. Acesso em 9/2/2018.

Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de RIAD. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 21.2.2018.

FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Socioeducativa Pública**. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 19. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2018.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. - 12.ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. -30.ed.rev.atual.- São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProtMenPrivLib.html>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 21 fev.2018.

SARAIVA, João Batista Costa. A escuta pelo Promotor de Justiça na etapa pré-processual e a faculdade de liberação do adolescente. In: **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**. - 4. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil**. São Paulo: RT, 2006.

VOLPI, Mario (org). **O adolescente e o ato infracional**. – 6.ed.- São Paulo: Cortez, 2006.