

TESE 19

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula: Não é possível a decretação de internação com base no artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sem prévia oitiva do adolescente.

**ITEM DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA CORRESPONDENTE:** art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

**ITEM DO PLANO ANUAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE SE INSERE:** no item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

#### **FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E FÁTICA:**

A Constituição Federal estabelece que são princípios constitucionais fundamentais a ampla defesa e o contraditório, conforme previsto, expressamente, no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. O contraditório é constituído por dois elementos, quais sejam, informação e reação, e não admite exceções, mesmo em casos de urgência, devendo, em decorrência de sua natureza constitucional, ser observado materialmente e não apenas formalmente[1].

*"O juiz jamais poderá julgar procedente o pedido sem ouvir o réu. Só então haveria ofensa ao contraditório"[2].*

E, ora, no âmbito da Infância e Juventude, quando da aplicação de medida sócio-educativa de internação por prazo determinado a um adolescente, não poderia ser diferente. Deve o adolescente ser ouvido em audiência de justificativa quando do pedido de decretação de tal internação em razão de suposto descumprimento de medida, previsto do artigo 122, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sob pena de violação a referido princípio quanto ao elemento reação.

Também, a ampla defesa engloba a auto defesa e a defesa técnica. A primeira, segundo Antônio Scarance Fernandes, *"é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo (...). A ofensa ao direito do acusado de exercer sua própria defesa constitui causa de nulidade".[3]*

Com efeito, o adolescente deve ter o *"direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), o que importa, além de todas as cautelas naturalmente aplicáveis a procedimentos envolvendo imputáveis, na estrita observância das seguintes garantias processuais, expressamente relacionadas no art. 111, da Lei nº 8.069/90: (...) V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (arts. 179 e 186, da Lei 8.069/90)"[4].*

Portanto, a decretação de medida sócio-educativa de internação, com fundamento no artigo 122, inciso III, da Lei 8.069/90, sem que o adolescente seja ouvido para tanto, constitui nulidade insanável.

Além disso, o artigo 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê algumas garantias asseguradas ao adolescente, e, dentre elas, "o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente". "A inteligência desse inciso, sem embargo, é mais no plano do acesso à Justiça (art. 141 do ECA, c/c o art. 5º, XXXV, da CF), a fim de que seja o adolescente ouvido – como ato de vontade dele para efeito do **exercício da ampla defesa e do contraditório** – quer pelo Poder Judiciário, quer pelo Ministério Público, quer pela Defensoria Pública, através de seus órgãos." [5]

Portanto, o adolescente deve ter a oportunidade de exercer a sua autodefesa em audiência de justificação. Ressalte-se, ainda, que na ausência da autodefesa, nem mesmo a defesa técnica é efetiva, já que esta se baseia e é dependente daquela. Desta forma, a falta de oitiva do adolescente viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido:

"Estatuto da Criança e do Adolescente. Atos infracionais. Substituição de medida de liberdade assistida pela de internação. Inobservância das garantias do contraditório e ampla defesa. Nulidade. A substituição da medida de liberdade assistida pela de internação reclama observância ao contraditório e à ampla defesa, pena de nulidade". (TJPR - Habeas corpus nº 102699-7, Imbituva, Rel. Des. Telmo Cherem, ac. nº 12972 - 2ª Câ. Crim., j. 08/03/01).

"Estatuto da Criança e do Adolescente - Medida sócio-educativa de internação - Necessidade de representação do Ministério Público e da observância do princípio do contraditório - Recurso desprovido. Não é possível impor ao menor/infrator medida sócio-educativa mais grave (internação), no curso de outra mais branda (prestação de serviços comunitários), sem a devida apuração do fato que justificaria essa alteração e sem a **obediência integral dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**." (TJMG - Proc. nº 1.0000.00.135740-9/000(1) - Relator LUIZ CARLOS BIASUTTI - j. em 02/03/1999 - publicado em 05/03/1999 - grifo nosso)

Cumpra salientar também que, não obstante o Estatuto da Criança e do Adolescente não preveja procedimento próprio para a execução das medidas sócio-educativas, é certo que, ao menos, os princípios constitucionais fundamentais do contraditório e ampla defesa devem ser respeitados. Isto porque mencionado Estatuto deve ser interpretado conforme a Constituição Federal.

Neste sentido Alexandre de Moraes, para quem "a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais" [6].

Inclusive, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, quando trata das garantias judiciais, dispõe que: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal, ou de qualquer outra natureza.”[7]

“Ocorre que, a despeito disto e das inúmeras garantias expressas tanto na Lei 8.069/90, quanto na Lei Processual Penal (cujos preceitos gerais são àquela aplicáveis em caráter subsidiário, por força do disposto no art. 152, estatutário) e Constituição Federal, assim como nos Tratados e Convenções Internacionais que regulam a matéria, adolescentes acusados da prática de atos infracionais têm sido vítimas de toda sorte de arbitrariedades e descaso, notadamente por parte dos integrantes do chamado ‘**Sistema de Justiça da Infância e da Juventude**’, que numa situação **paradoxal** (e logicamente **contrária** ao ordenamento jurídico vigente), ao passo que lhes dispensam um tratamento similar a adultos no que diz respeito à responsabilização e aplicação das medidas sócio-educativas (que são utilizadas como verdadeiras ‘penas’), têm-lhes negado o pleno e regular exercício de direitos individuais e garantias processuais básicas, tal qual ainda estivéssemos sob a égide do ‘Código de Menores’ de 1979.”[8]

Ora, certamente não há que se falar em decretação da internação-sanção sem a oitiva do adolescente. É o que prevê também a **Súmula 265 do STJ**, segundo a qual “**é necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa**”.

Nesse sentido, o **Supremo Tribunal Federal**:

“**EMENTA:** Recurso de ‘habeas corpus’. Regressão de liberdade vigiada para internação. Necessidade de observância do disposto no artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

- O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), ao tratar das garantias processuais no título referente à prática de ato infracional, depois de acentuar, em seu artigo 110, que ‘nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal’, assegura a ele, no artigo 111, entre outras garantias, a prevista no inciso V desse dispositivo: ‘direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente’.

- No caso, tratando-se de regressão da liberdade assistida para a internação “medida privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prática de ato infracional correspondente a roubo duplamente qualificado) que havia sido anteriormente imposta, **há de se garantir ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente), à semelhança do que ocorre no processo originário referente à prática de ato infracional.** Recurso provido.”

(STF, RHC nº 81.035-7, São Paulo, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, j. 21.08.2001, DJE 11.10.2001 – grifo nosso)

"EMENTA: Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. **As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal - como corretamente disposto no ECA (art. 106- 111) - não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional**, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender - além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil - é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade." (STF, RE 285571/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.01, DJ 06.04.01 - grifo nosso).

Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. POSTERIOR PROGRESSÃO PARA LIBERDADE ASSISTIDA. DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. RESTABELECIMENTO DA INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. **AUSÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DO ADOLESCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 265/STJ. RECURSO PROVIDO.**" (STJ, HC Nº 21.633, PR 2007/0161396-2, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 20.05/08, DJE 09.06/08 - grifo nosso)

"HABEAS CORPUS. PENAL. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS. ART. 122, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA. SÚMULA 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 122, III, da Lei nº 8.069/1990 determina que a medida de internação será imposta quando houver o descumprimento reiterado e injustificado da sanção anteriormente aplicada.

2. **A jurisprudência deste Tribunal, com base na Súmula 265/STJ: "É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa." é uníssona no sentido de que a regressão do adolescente, sem a sua prévia oitiva, implica em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.**

3. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação do paciente, restabelecendo-se a semiliberdade e determinando a prévia oitiva do paciente pela autoridade competente, sem prejuízo da imposição de nova medida restritiva após sanada a ilegalidade apontada." (STJ, HC 88884/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mucci, j. 06.03.2008, DJE 31.03.2008 - grifos nossos)

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCUMPRIMENTO REITERADO E INJUSTIFICADO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. ART. 122, III, DA LEI 8.069/90. INTERNAÇÃO-SANÇÃO DECRETADA SEM A PRÉVIA OITIVA DO MENOR INFRATOR. ILEGALIDADE. VERBETE SUMULAR 265/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

**1. A decretação de internação pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta, hipótese prevista no inciso III do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90), deve, necessariamente, ser precedida da oitiva do adolescente infrator (art. 111, V, do ECA), sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (Súmula 265/STJ).**

2. Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação-sanção do paciente, sem prejuízo de que outra medida seja decretada, após a sua oitiva." (STJ, HC 86587, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.10.2007, DJE 05.11.2007 – grifos nossos)

"CRIMINAL. HC. ECA. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ROUBO QUALIFICADO. SEMILIBERDADE. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA MEDIDA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 265/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1- Hipótese na qual foi imposta semiliberdade ao paciente, pela prática de atos infracionais equiparados a tráfico de entorpecentes e roubo qualificado, tendo o Magistrado singular, em razão do descumprimento reiterado da medida sócio-educativa, decretado a internação-sanção do jovem, sem sua prévia oitiva.

**2- Não obstante o jovem ter sido advertido de que o descumprimento injustificado da medida poderia ensejar decreto de internação-sanção por até 90 dias, tal decisão não foi precedida de oitiva do paciente, em clara ofensa ao disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, e aos princípios da ampla defesa e do contraditório.**

3- A decretação de internação de adolescente que se encontrava cumprindo semiliberdade denota regressão da medida sócio-educativa, sendo, portanto, aplicável à espécie a Súmula n.º 265/STJ.

4- Ordem concedida, para anular o acórdão recorrido, bem como a decisão de 1º grau que aplicou a medida de internação-sanção, a fim de que seja realizada a prévia oitiva do paciente, restabelecendo-se a semiliberdade." (STJ, HC nº 81.436 – SP, 2007/0084527-3, Rel. Min. Jane da Silva, j. 25.09/07, DJE 15.10.07 – grifo nosso)

"As medidas sócio-educativas impostas ao menor infrator devem ser concebidas em consonância com os objetivos maiores da sua reeducação, sendo relevantes para a obtenção desse resultado o respeito à sua dignidade como pessoa humana e adoção de posturas demonstrativas de realização de justiça. Nesta linha de visão impõe-se que no procedimento impositivo de sanções seja observado o princípio da ampla defesa e, de conseqüência, é de rigor a prévia audiência do menor infrator no caso de regressão de uma medida menos grave para outra mais rigorosa". (STJ, HC-SP - 9.236)

"HABEAS CORPUS. LEI 8069/90. ADOLESCENTE INFRATOR. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO MENOR SEM A OITIVA DESTE. NECESSIDADE. SÚMULA 265/STJ. A substituição da medida sócio-educativa (internação) com prazo determinado por outra da mesma espécie sem prazo determinado, agrava a situação do menor, sendo de fundamental observância a oitiva deste antes da sua substituição. O princípio da excepcionalidade previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 121, acentua que todas as medidas mais brandas devem ser impostas ao adolescente antes de serem aplicadas as mais gravosas. 'É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa.' - Súmula 265/STJ. Precedentes desta Corte. Ordem concedida". (STJ HC 26210/SP, Relator (a) Ministro Paulo Medina, Sexta turma, julg. 26.06.2003, Pub em 25.08.2003 DJ pág. 376)

Também, os Tribunais de Justiça:

**"A regressão de medida sócio-educativa somente pode ser imposta após a oitiva do adolescente infrator, nos termos da Súmula 265, do STJ"**. (TJ/SP, habeas corpus nº 1670450, Sorocaba, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, j. 25/07/08 – grifo nosso)

"HABEAS CORPUS – Imposição de medida de internação sanção por descumprimento de medida de semiliberdade, anteriormente imposta, sem o comparecimento da adolescente a audiência de justificação. Inadmissibilidade. Aplicação do art. 111, inciso V, do ECA. Não se pode aplicar internação sanção sem a oitiva do adolescente, dando-lhe o direito de justificar o não cumprimento de medida anteriormente imposta. O r. Decisório será anulado com respeito a aplicação da internação sanção. Entretanto, a busca e apreensão do jovem será mantida, para que seja conduzido a audiência de justificação, que em não sendo plausível, poderá acarretar a internação-sanção, no máximo por três meses. Ordem parcialmente concedida. (TJ/SP, HABEAS CORPUS Nº: 128.095-0/6-00, Rel. Des. Eduardo Gouvêa, 13/02/2006 - grifos nossos).

"HABEAS CORPUS - DESPACHO QUE DETERMINA REGRESSÃO DE REGIME SÓCIO-EDUCATIVO SEM OUVIR A MENOR PACIENTE, SEUS REPRESENTANTES LEGAIS E QUE NÃO TEVE A INTERFERÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - É de se conceder a ordem, se atribuindo infração grave, pela evasão de menor púbere, do Estabelecimento sócio-educativo onde se encontrava cumprindo medida imposta de semiliberdade, o magistrado sem observar o devido processo legal, determina a regressão para regime de internação, sem ouvir a menor, seus representantes legais e a instauração de novo procedimento legal, para apurar os motivos da evasão. Considera-se nulo o despacho despido de qualquer fundamentação, para determinar a regressão de regime sócio-educativo de semiliberdade para internação. Concedida a ordem" (TJRJ - HABEAS CORPUS Processo: 2001.059.02959 Data de Registro : 04/06/2002 Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL Votação : Rel. Des.. JOAQUIM MOUZINHO Julgado em 11/12/2001)

"Habeas-corporus. Medidas sócio-educativa de liberdade assistida e protetiva de tratamento para toxicômano. Informação, da assistente social, de que o adolescente não mais compareceu para cumpri-la. Regressão para medida mais rigorosa de internamento. Ausência de oitiva do adolescente. Desatendimento à súmula nº 265 do Superior Tribunal de Justiça, que tem o seguinte teor: 'É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa. Habeas-corporus deferido'." (TJPR - Habeas corpus nº 127320-3, de Londrina, Rel. Des. Jesus Sarrão, ac. nº 14633 – 2ª Câm. Crim., j. 24/10/2002)

Desta forma, a decisão que decreta a internação por prazo determinado sem que o adolescente seja ouvido, nos termos da Súmula 265 do STJ, e tendo em vista os princípios do contraditório e ampla defesa, padece de nulidade, como exposto.

Gisele Ximenes Vieira dos Santos Inácio

Defensora Pública da Infância e Juventude

Regional de Sorocaba

Tharsila Favero de Camargo

Estagiária da Defensoria Pública

---

[1] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 57.

[2] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007

[3] *Processo penal constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 279 a 281.

[4] DIGÁCOMO, Murilo. *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, pág. 217

[5] Prade, Péricles. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Comentários Jurídicos e Sociais, 9ª ed., atual. Por Maria Júlia Kaial Cury, São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 398.

[6] *Direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

[7] Cujo texto foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 26 de maio de 1992, ratificado pela Carta de Adesão em 25 de setembro de 1992, e incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, que determinou o seu integral cumprimento.

[8] DIGÁCOMO, Murilo. *Op. cit.*, pág. 207