

TESE 27 - Tese cancelada no X Encontro Estadual - 2020

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula: É vedado ao Defensor Público concordar com a aplicação da medida de internação em sede de processo de conhecimento e de execução (II Encontro Estadual - 2008).

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:

O Estatuto da Criança e do Adolescente inaugurou um novo marco ideológico para a atuação do Estado em relação às crianças e aos adolescentes, tanto no que se refere aos Poderes Legislativo e Executivo (políticas públicas), quanto ao Poder Judiciário.

Antes dele, o Código de Menores instrumentalizava a Doutrina da Situação Irregular na qual "a proteção da infância aparece subordinada à ideologia da defesa social" [1] e centrada no seguinte binômio: incapacidade da pessoa menor de 18 anos x proteção do Estado.

A incapacidade da criança e do adolescente se revelava na negação absoluta de qualquer limitação ao poder interventor do Estado, ou seja, na negação da condição de sujeito de direito à criança e ao adolescente.

Já a atuação protetiva do Estado se dava de maneira casuística e arbitrária por meio da figura do *juiz de menores*, autorizado que era pela lei a empregar seu *prudente arbítrio* para determinar qualquer ordem de caráter geral que fosse "necessária à assistência, proteção e vigilância do menor" (art. 8º, Lei nº 6.697/79).

O tratamento pretensamente protetivo atingia de forma indiscriminada tanto os *menores* autores de infração penal quanto aqueles que o juiz de menores declarava estar em situação de abandono (art. 2º Lei nº 6.697/79).

No âmbito da ideologia da defesa social, o *menor* era considerado um risco social, concreto no primeiro caso e potencial no segundo. Por isso, em consonância com a incapacidade da criança e do adolescente, bem como a de seus responsáveis legais, facilmente presumida inclusive em razão da pobreza da família (art. 2º, I, b, Lei nº 6.697/79), a institucionalização era o meio de intervenção tomado como o mais eficaz para a proteção do *menor* e da sociedade, como melhor esclarecem as palavras de Emílio Garcia Mendez:

“Em outras palavras, a partir do momento em que as políticas-programas de proteção estão subordinados à lógica da defesa social, estas devem incluir ameaças concretas para dissuadir aos potenciais infratores da ordem social. Este enfoque dá por certo, no caso concreto da infante-adolescência, a legitimidade e inevitabilidade das práticas de institucionalização (privação de liberdade), tanto em relação a situações de desamparo, como em relação ao rompimento das disposições penais.” [2]

O Estatuto da Criança e do Adolescente propõe a Doutrina da Proteção Integral, que considera crianças e adolescentes como sujeitos de direitos que merecem a efetivação de todos os direitos reconhecidos aos adultos, além daqueles relacionados com a sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (arts. 3º e 6º, ECA)

Quanto à institucionalização de adolescentes autores de ato infracional, tanto a Constituição Federal (art. 227, § 3º, V) quanto o ECA (arts. 121, *caput*) estabelecem que a privação de liberdade deve ser breve e excepcional, e além disso sua aplicação está limitada às hipóteses taxativas do art. 122 do ECA.

No entanto, é necessário lembrar os argumentos da Doutrina da Situação Irregular para que eles não venham a animar a aplicação desvirtuada da Doutrina da Proteção Integral.

Em uma realidade sócio-econômica extremamente desigual, não é incomum que internado em uma unidade da Fundação Casa o adolescente passe a gozar de condições mínimas de vida que lhe foram negadas quando em liberdade: três refeições diárias, saneamento básico, escola, tratamento para drogadição ou ao menos condição para a abstinência, e até o restabelecimento de laços familiares, por meio da intervenção das assistentes sociais que integram a equipe técnica da Fundação Casa.

A realidade precária inspira decisões que confundem situação de vulnerabilidade social, que reclama providências no sentido da efetivação de direitos fundamentais básicos dos quais as crianças e os adolescentes são titulares, com *demanda sócio-educativa*, ou seja, com os fundamentos para a necessidade de intervenção repressiva do Estado por meio das medidas sócio-educativas privativas de liberdade.

O impulso protetivo do magistrado pode levá-lo até a desrespeitar as hipóteses objetivas para a aplicação das medidas privativas de liberdade (i-ato cometido mediante violência ou grave ameaça; ii-reiteração de ato grave), ou mesmo as garantias processuais estatuídas na Constituição Federal, no ECA e na legislação processual pertinente, que no caso do processo para a apuração de ato infracional é o Código de Processo Penal, o que gera ilegalidade patente.

Nesse sentido:

“Nessa linha de raciocínio, há Tribunais que ainda determinam a internação de adolescentes em conflito com a Lei, em circunstâncias em que a um adulto não se imporá privação de liberdade, sob o pífio argumento de que não sendo pena, isso lhe será um bem. Em

nome do superior interesse, ignoram-se um conjunto de garantias instituídas. Em nome do "amor", atropela-se a Justiça."[3]

No entanto, o risco maior é mais sutil e ocorre quando, respeitadas aquelas hipóteses, na avaliação da excepcionalidade das medidas extremas, ou seja, a fim de demonstrar a insuficiência das medidas em meio aberto, os elementos de vulnerabilidade social aparecem como justificadores da necessidade de internação ou semiliberdade. Tal juízo gera também ilegalidade uma vez que contraria o princípio da excepcionalidade (art. 227, §3º, V, CF e 122, §2º, ECA).

No âmbito do processo de apuração de ato infracional, a ausência de políticas públicas deve ser compensada pela aplicação das medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA, que não têm caráter coercitivo e independem de juízo de culpabilidade. E, diante de uma situação de abandono, principalmente o defensor público não pode ceder à aplicação desvirtuada das medidas privativas de liberdade em substituição à efetivação de direitos sociais.

Tanto assim que o próprio Superior Tribunal Federal reconheceu que se deve esgotar a possibilidade de aplicação não só das medidas sócio-educativas em meio aberto, mas também esgotar-se a possibilidade de efetivação das medidas protetivas, antes de julgar imprescindível a internação:

"HABEAS CORPUS. ECA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DEFERIDA.

A regra, **em se tratando de ato infracional**, é a **aplicação** de uma das medidas sócio-educativas previstas nos incisos I a V do art. 112 do ECA ou **qualquer das medidas de proteção previstas em seu art. 101, I a VI. Somente na impossibilidade de aplicação de tais medidas é que deve o juiz aplicar a internação em estabelecimento educacional, sob pena de inobservância dos princípios da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, previstos no inciso V do § 3º do art. 227 da Constituição Federal.**" (HC 85148/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 08/03/2005, 2ª T., STF)

Justamente por significar um rompimento com a Doutrina da Situação Irregular é que o ECA, em seus capítulos II e III repete algumas garantias constitucionais e processuais penais básicas, tais como a de que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal" (art. 110, ECA).

Diante disso, o conteúdo pedagógico das medidas sócio-educativas não pode escamotear seu caráter punitivo, a fim justificar a aplicação da internação pelo suposto *bem* que a privação de liberdade representaria para o adolescente, por qualquer que seja o motivo.

Superada a sutileza ideológica que tenta desvirtuar o conteúdo da Doutrina da Proteção Integral usando-a para justificar a mesma prática efetuada sob a égide do

Código de Menores, passemos à análise técnica da concordância do defensor em relação à aplicação da internação como causa de nulidade absoluta.

Novamente repetindo o óbvio, o ECA estabelece que o adolescente tem direito à defesa técnica (art. 111, III).

Aliás, este direito decorre diretamente da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, prevista no art. 5º, LV da CF, sem o que qualquer processo ou procedimento padece de legitimidade diante das regras do devido processo legal, sendo, portanto, nulo.

Nesse sentido a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:

“No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Por fim, cabe mencionar brilhante voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence que, ao deparar-se com o caso de um defensor que requereu a aplicação da internação por entender ser esta a medida *mais eficaz* para a ressocialização dos adolescentes, disse:

“Como se colhe do parecer da Procuradoria Geral, a garantia constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – atinge explicitamente todo processo de que possa resultar para alguém a privação do direito de ir e vir – não distingue entre imputáveis e inimputáveis, nem entre a pena de prisão e a chamada medida sócio-educativa de internação, reservada aos menores: da decorre que a todos assegura, como primeiro corolário do due process of law, o contraditório e a ampla defesa.

Nem se trata de contestar a ilusão – que, nas condições brasileiras, raia pelo humo sádico – de que a medida sócio-educativa de internação seja um bem para o adolescente que haja praticado ato infracional: o importante é que a sua aplicação pressupõe a apuração do fato a que cominada.” (RE nº 285.571-5/PR, julgado em 13/02/2001, DJ 06/04/2001)

Assim, considerando o papel constitucional que a Defensoria Pública desempenha no sistema de justiça, é dever funcional do defensor público se posicionar sempre em favor da liberdade do adolescente.

[1] MENDEZ, Emílio Garcia. *Das necessidades aos Direitos*. Malheiros: SP, 1994, p. 57.

[2] MENDEZ, Emílio Garcia. *Das necessidades aos Direitos*. Malheiros: SP, 1994, p. 57/58.

[3] SARAIVA, João Batista da Costa. *Compêndio de Direito penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.