

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

Súmula: Aplicada a internação no caso de ato infracional análogo a roubo a adolescente primário, ausente a fundamentação da excepcionalidade da medida, o Defensor deve impugnar a decisão (sentença ou arcórdão).

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.

O inciso I, do artigo 122 do ECA, prevê a possibilidade de aplicação da medida de internação quando o ato infracional for cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa. Por isso, se interpretado isoladamente, esse dispositivo fundamenta a aplicação da medida de internação.

Contudo, a leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo permite concluir que a subsunção aos incisos I e II do artigo 122 do ECA é apenas a primeira etapa na escolha da medida socioeducativa. Isso porque esse parágrafo prescreve que a medida de internação só poderá ser aplicada se não houver outra medida adequada.

Daí a necessidade de a decisão que impõe a medida de internação apresentar a razão de as outras medidas (em meio aberto ou semi-aberto) não serem adequadas à ressocialização do adolescente, no caso concreto, o que garante a individualização da intervenção estatal (respeito a condição peculiar do adolescente de pessoa em desenvolvimento) e ainda o respeito ao princípio da excepcionalidade que norteia a medida de internação.

Em vista disso, se a decisão que impõe a medida é omissa ou imprecisa com relação a essa apreciação, a ilegalidade é incisiva.

Não bastasse isso, ainda é possível fazer uma comparação com o tratamento destinado aos imputáveis primários e com condições pessoais favoráveis. Nesse caso, a pena fixada ao condenado por roubo, ainda que majorado, não ultrapassaria oito anos, o que implica dizer que o regime de cumprimento da pena, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 33, do Código Penal, seria, na pior hipótese, o semi-aberto.

Como o adolescente não pode ser mais severamente responsabilizado do que um adulto, tal como dispõe o **item 54 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil (Regras de**

RIAD), resta claro que não é possível impor a privação da liberdade ao adolescente. Aliás, essa é a interpretação advinda da leitura dos artigos 3º e 15 do ECA.

Saliente-se que o adolescente não pode ser equiparado de forma pura e simples ao imputável com aplicação de sanções idênticas, pois o adolescente se encontra em situação privilegiada, o que permitirá, inclusive, a aplicação de medida mais branda do que a correspondente ao imputável.

Dessa forma, é recomendável que o Defensor impugne, por meio de apelação ou *Habeas Corpus*, decisões que aplicam a medida de internação a adolescentes primários responsabilizados pela prática de ato infracional equivalente a roubo.

Segue um modelo de *HC* impetrado no Superior Tribunal de Justiça que trata do assunto.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

, Defensor Pública do Estado, com endereço para intimações na rua Piratininga, n.º 105, 1º andar, Brás, São Paulo, SP, vem impetrar ordem de

HABEAS CORPUS com pedido de **LIMINAR**

em favor de **ADOLESCENTE**, internado na Fundação CASA em São Paulo, tendo em vista estar sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção por conta de ato da Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (AC n.º), pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. Os fatos

O adolescente foi representado pela suposta prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 157, § 3.º, cumulado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

O ilustre magistrado julgou parcialmente procedente a representação, em face da infração à norma prevista artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando ao adolescente a medida sócio-educativa de internação.

Inconformado com essa decisão, o adolescente interpôs recurso de apelação perante a Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, por sua vez, negou provimento ao recurso, mantendo a r. sentença. Ocorre que a decisão não demonstrou a excepcionalidade da medida, atentando-se essencialmente à gravidade do ato.

Assim, a decisão contraria o princípio da excepcionalidade, violando dispositivo expresso na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, o que a torna ilegal.

2. Da ilegalidade na aplicação da medida de internação

A sentença de 1º grau julgou parcialmente procedente a representação, aplicando a medida de internação e a Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento à apelação da defesa, mantendo a aplicação da medida sócio-educativa de internação.

Trata-se de adolescente **PRIMÁRIO** E QUE NÃO TEM INDICAÇÃO TÉCNICA QUE AUTORIZE SUA INTERNAÇÃO. Desnecessária, no atual momento, qualquer intervenção com a intensidade da internação.

Logo, a aplicação de tal medida viola o princípio da excepcionalidade previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente como norteador da aplicação da medida de internação, sendo, portanto, ilegal.

O inciso V do parágrafo 3º do art. 227 da CF prevê que:

"Art. 227. (...)

(...)

§ 3.º O direito da proteção especial abrange os seguintes aspectos:

(...)

V – *obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade*

(...)"

O Estatuto da Criança e Adolescente no mesmo sentido dispõe que:

"Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento."

Com base nesse princípio, norteador da aplicação da medida de internação, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispôs em seu artigo 122 as hipóteses taxativas de aplicação da medida de internação e, mais, no parágrafo 2.º deste mesmo artigo esclareceu que "*em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*".

Assim, verifica-se que não basta para aplicação da medida de internação a previsão da hipótese no artigo 122 do ECA, **é necessário também que não haja outra medida adequada a não ser a internação.**

A medida de internação surge, então, como **última opção**, quando diante de todas as circunstâncias o Juiz não vislumbra outra alternativa que não a aplicação da internação ao adolescente.

Como é cediço, não basta que o ato seja grave para ensejar a aplicação da medida de internação, é necessário que esteja prevista alguma das hipóteses do art. 122 do ECA e mais que, ainda que presente uma das hipóteses previstas nesse artigo, que não haja outra medida adequada a não ser a internação.

Portanto, verifica-se que o ECA permite que o julgador não faça uma análise simplesmente literal de subsunção da hipótese ao art. 122 do ECA, mas uma análise concreta, da situação específica do adolescente, nisso incluídas todas as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis relacionadas ao adolescente, buscando da melhor forma atingir a finalidade ressocializadora, podendo bastar para tanto a aplicação de uma medida em meio aberto.

Dessa forma, para atender ao disposto nesse artigo deve o aplicador do direito fundamentar de modo detalhado, levando em consideração a situação específica do adolescente, as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, **esclarecendo, enfim, as razões pelas quais as demais medidas do ECA não seriam aplicadas no caso e porque a internação surge como única opção, não podendo, então, o julgador decidir com base em argumentos genéricos, pois isto violaria o princípio da excepcionalidade.**

E nesse sentido o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando reiteradamente:

"CRIMINAL. HC. ECA. ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO SISTEMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do menor é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade.

II. A simples alusão à gravidade do fato praticado, bem como ao argumento de que a segregação afastaria o menor do meio corruptor que o levou à prática do ato infracional, é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

III. Deve ser reformada a decisão monocrática, bem como o acórdão recorrido, tão-somente na parte relativa à medida imposta ao paciente, a fim de que outro decisum seja prolatado, permitindo-se que o menor aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.”

(HC 45.484/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 14.11.2005 p. 361) (grifo nosso).

"HABEAS CORPUS. ECA. ROUBO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO SEM PRAZO DETERMINADO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. EXCEPCIONALIDADE. GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

ORDEM CONCEDIDA.

I. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) específica, em rol taxativo, as hipóteses em que é cabível a imposição de medida sócio-educativa de internação ao adolescente infrator, sendo recomendada a sua aplicação em caráter excepcional e de efetiva necessidade, a fim de não contrariar os princípios que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente.

II. Deve ser decretada a nulidade da decisão que se baseia na gravidade genérica do ato infracional para aplicar medida extrema de internação ao menor (Precedentes do STJ).

III. Ordem concedida para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à parte relativa à medida imposta ao paciente, afastando a medida sócio-educativa de internação, devendo outra sentença ser prolatada, permitindo-se ao o paciente o direito de aguardar em liberdade assistida a nova decisão.”

(HC 42.691/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14.06.2005, DJ 01.08.2005 p. 499)

Embora o ato imputado, por se revestir de violência ou grave ameaça contra pessoa, se insira no inciso I do art. 122 do ECA, não basta isso para aplicação da medida de internação, deve-se também considerar o § 2.º, visando a atender a especificidade do caso concreto.

No entanto, conforme consta do v. acórdão da E. Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a sentença de primeiro

grau, a principal razão que levou à aplicação da medida de internação foi o fato de que a conduta imputada ao adolescente admite, nas hipóteses em que a infração é cometida mediante violência ou grave ameaça, a medida de internação.

Cumpra ressaltar que o jovem em tela, **trata-se de adolescente primário**, com condição pessoal favorável. Aliás, de acordo com os técnicos,

Outra questão a ser considerada é a de que um adulto que comprovadamente pratica crime de roubo, nas mesmas condições fáticas do adolescente, a ele se aplica pena incompatível com o regime fechado. Sendo primário e lhe sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, **terá pena fixada em patamar que lhe permitirá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto ou aberto conforme a situação específica, pois a ele é aplicado dispositivo do Código Penal.**

Assim, se ao imputável condenado não se aplica o regime fechado, **conclui-se que ao adolescente na mesma situação também não se aplica a medida de internação.**

De fato, a aplicação da medida de internação **acarretaria um tratamento mais gravoso aos adolescentes do que aquele que se daria a um adulto**, violando frontalmente os princípios da condição peculiar em pessoa em desenvolvimento e da excepcionalidade da medida de internação.

Portanto, podemos afirmar que, embora o Estatuto da Criança e Adolescente preveja no seu artigo 122 as hipóteses de aplicação da medida de internação, estas não podem ser interpretadas literalmente.

É necessário que se faça uma interpretação sistemática de tais dispositivos, aplicando-se os princípios previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente às hipóteses do artigo 122 do E.C.A.

Desse modo, é evidente que **em nenhuma hipótese o adolescente poderá ser punido com sanção mais gravosa do que seria se imputável fosse**, já que isso acarretaria numa distorção do sistema da proteção integral. Deve-se aplicar ao adolescente no máximo o regime que seria aplicável a um adulto, ou seja, **o semi-aberto ou aberto conforme a situação específica do ato infracional e demais circunstâncias.**

No entanto, é importante esclarecer que o adolescente não pode ser equiparado de forma pura e simples ao imputável com aplicação de sanções idênticas, pois o adolescente se encontra em situação privilegiada, O QUE PERMITIRÁ INCLUSIVE A APLICAÇÃO DE MEDIDA MAIS BRANDA DO QUE SERIA A UM ADULTO.

Não podem os jovens ser mais severamente responsabilizados do que os adultos, tal como dispõe o item **56 das Regras Mínimas das Nações Unidas Para Prevenção da Delinquência Juvenil (Regras**

de RIAD). Entendimento este também perfilhado pelo STJ.: ***não é possível tratar um adolescente de forma mais gravosa do que um adulto nas mesmas condições***^[1].

Dessa forma, a medida de internação foi aplicada contrariando o princípio da excepcionalidade e especificamente o § 2.º do art. 122 do ECA, sendo, portanto, flagrantemente ilegal, o que merece e precisa ser corrigido pela via do ***Habeas Corpus***.

4. Concessão liminar da ordem

Estão presentes os requisitos que autorizam a concessão liminar, no presente *writ*. Vejamos.

O perigo na demora é evidente (*periculum in mora*). O adolescente foi inserido em medida de internação na Fundação CASA, sendo, conseqüentemente, afastado do convívio familiar. O dano moral decorrente de uma privação de liberdade injusta é irreparável. O prejuízo que uma segregação ilegal, tal como já apontado, é também inquestionável e impassível de reversão num momento posterior, pois não há como restituir o tempo.

A aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) faz-se presente na hipótese focalizada. A Convenção Internacional de Direitos da Criança, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente repetem que a medida de internação é **excepcional** e deve ser breve, além de considerar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

5. Pedido

Presentes os requisitos legais, requer seja concedida liminarmente a ordem para o fim de determinar a suspensão da internação do paciente, em virtude da decisão ilegal, do juízo de segunda instância.

No mérito, requer-se a concessão da ordem, para cassar a decisão que determinou a internação do paciente e para determinar a substituição por outra medida mais branda.

[1] Ver, por exemplo o teor dos acórdãos de HC n. **10216/SP, 12596/SP e 9236/SP. Outra, aliás, não pode ser a interpretação advinda da leitura dos artigos 3º e 15 do ECA.**