

4. INFÂNCIA E JUVENTUDE

4.1

ATO INFRACIONAL, MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA E PROCESSO: a nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO

Dedico este trabalho a todos os colegas Procuradores do Estado que, em sua incansável luta pela garantia dos direitos dos adolescentes, foram os responsáveis diretos pelas vitórias alcançadas na instância superior em Brasília.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O ECA e as garantias do adolescente autor de ato infracional: 2.1 Do cabimento irrestrito do *habeas corpus*; 2.2 A excepcionalidade da medida de internação; 2.3 Competência para aplicação de qualquer medida sócio-educativa; 2.4 Restauração de decisões liberatórias de adolescentes avaliados favoravelmente por equipes técnicas. Necessidade de se bem fundamentar as decisões que restrinjam o direito de liberdade do cidadão; 2.5 Direito de o jovem ser ouvido pessoalmente antes da decisão que, em sede de execução, substitui, por internação, medida mais branda aplicada; 2.6 O rol do art. 122 é taxativo; 2.7 Se o direito é outorgado ao maior, deve ser outorgado ao menor; 2.8 Só a gravidade da conduta não é suficiente para aplicar a internação; 2.9 O tempo cronológico não é decisivo; 2.10 A situação da Febem é, sim, relevante para se considerar qual a medida mais adequada; 2.11 Quando o jovem já cumpriu medida mais branda não se justifica a medida de internação; 2.12 Outras questões relevantes: 2.12.1 Reconhecimento da prescrição; 2.12.2 Respeito à coisa julgada que beneficia o adolescente. Medida fixada por tempo determinado de seis meses; 2.12.3 Direito ao prazo em dobro pela defensoria; 2.12.4 Reabertura do prazo e indispensabilidade da apelação quando o jovem relata desejo de recorrer; 2.12.5 O prazo de reavaliação máximo conta a partir da internação provisória – 3. Conclusão.

Resumo: Estatuto da Criança e do Adolescente e a incidência das garantias constitucionais, na aplicação de medida sócio-educativa. Admissibilidade de *habeas corpus* e a excepcionalidade da internação. Interpretação crítica e jurisprudencial.

Palavras-chave: ECA – Garantias constitucionais – Jovem infrator – Aplicação de medida sócio-educativa – Internação – Excepcionalidade – Competência – Interpretação jurisprudencial.

1. Introdução

Este trabalho pretende apontar e comentar um conjunto de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange às garantias outorgadas ao adolescente que responde processo de apuração de ato infracional ou processo de execução de medida sócio-educativa.

Este conjunto de decisões, na sua quase totalidade, corresponde a resultados favoráveis de recursos interpostos pela equipe da Procuradoria de Assistência Judiciária da Capital paulista em face de acórdãos – ou decisões monocráticas – oriundas do Tribunal de Justiça da Capital, um universo de cerca de oitenta julgados.

A própria existência deste conjunto de julgados se significa, de um lado, a receptividade da Corte Federal aos reclamos da defesa, de outro lado demonstra que os graus inferiores da Justiça não têm guardado, com a fidelidade esperada, os direitos outorgados aos jovens que poderão receber ou que já receberam medidas sócio-educativas. No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça tem formado entendimento contrário ao principais pleitos da defesa, motivando, em nosso ver, a perpetuação de procedimentos absolutamente irregulares na jurisdição de primeiro grau.

A dinâmica acelerada dos fatos na área da infância e juventude contraposta à lentidão habitual da Justiça, enseja que apenas parcela mínima das decisões injustas acabe sendo corrigida pelo Tribunal Superior em Brasília e, ainda, a destempo. De toda sorte, mesmo sem salvaguardar oportunamente o interesse lesado, estas decisões trazem em si o precioso valor persuasivo da jurisprudência, carregado com a autoridade do órgão incumbido de zelar pela uniformidade interpretativa da lei federal. Daí nosso interesse em divulgá-las.

2. O ECA e as garantias do adolescente autor de ato infracional

As leis, dizem, envelhecem, mas a jurisprudência é sempre atual. Este ditado, se vale como regra, encontra exceção na órbita da infância e Juventude. Aqui, podemos dizer, a lei é nova, mas a jurisprudência, envelhecida, fonte de resistência à modernização do pensamento. Isto porque o ECA não veio simplesmente ratificar uma situação de fato já consolidada na realidade cotidiana ou nas decisões dos Tribunais. Ele se impôs, no dizer de Edson Sêda, como matriz *alterativa* do imaginário e de práticas sociais, incorporando preceitos efetivamente modificadores de hábitos usos e costumes até então vigentes no trato com a criança e com o adolescente.

Assim, neste campo, o pensamento, incorporado na lei, tomou deliberadamente a dianteira, deixando para trás a prática sedimentada. Todos nós e em

especial os operadores do Direito – advogados, promotores e juízes – nos vimos, de repente, em nosso dia-a-dia, diante e distantes da nova realidade legislativa. Nem todos acertamos o passo para alcançá-la. Muitos por comodismo, falta de esforço ou de fôlego. Outros, contudo, porque não quiseram, deliberadamente, mudar a marcha nem o caminho.

Deste modo, não obstante a nova legislação reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos – titulares das mesmas garantias outorgadas aos adultos e não incompatíveis com a idade (art. 3.º do ECA) –, um sem número de decisões e práticas diárias contrariam, nos casos concretos, este comando. De outro lado, mesmo tendo o ECA reconhecido o caráter coercitivo, sancionatório, da medida sócio-educativa, uma invasão do Estado na esfera de autonomia do adolescente autor de conduta descrita em lei penal, muitos operadores ainda, no dia-a-dia, continuam a tomá-la como um *direito* do jovem, algo em seu exclusivo favor instituído, destinado a protegê-lo do mal e de si mesmo, a tutelá-lo. Ainda que os centros de internação sejam simplesmente prisões com outro nome na porta de entrada, neles ingressam, diariamente, jovens recomendados, por sentença, a lá ficarem para crescer como cidadãos, para aprenderem a se comportar em sociedade e tornarem-se “indivíduos úteis”.

O fato de a evidente invasão do Estado na vida do indivíduo ser tomada como necessária, como salutar, em benefício do invadido e não do Estado, encobre as trincheiras abertas por lei para defender o cidadão do controle direto de seus passos pelas instâncias oficiais de poder. Em outras palavras, as garantias processuais balizadoras da pretensão estatal de controlar a vida do adolescente que infracionou, por vezes são vistas como obstáculos à intenção maior e mais nobre de beneficiar este jovem. Obstáculos a serem afastados, desprezados, ignorados. Esta equivocada inteligência do sistema do Estatuto, partilhada pelos operadores do direito, legítima incontáveis violações dos direitos de nosso adolescentes processados.

Os operadores que não adequaram seu pensamento e sua prática ao ECA ainda raciocinam: “já que não estou punindo, estou fazendo um bem para o infrator, não preciso respeitar o procedimento, nem me ater à letra fria da lei. Posso ordenar ao adolescente que faça o que quero e como quero”. Tal raciocínio – e aí ele se torna ainda mais perigoso e traiçoeiro – presta-se ao uso malicioso por parte daqueles que, na pura intenção latente de vingar e retaliar com severidade, argumentam defender o bem do “menor” para livrar-se dos freios legais obstadores do tratamento draconiano desmesurado que apregoam, um sacrifício ao cidadão e um equívoco do ponto de vista de defesa social e política criminal.

Mesmo decorridos dez anos de vigência do ECA, os Tribunais, ainda, de forma pendular, ora protegem ora vulneram as garantias do jovem infrator. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, não plenamente imune a graves

equívocos,¹ tem cumprido exemplarmente sua missão de *destacado guardião das liberdades*, tal como apontaremos a seguir.*²

2.1 Do cabimento irrestrito do habeas corpus

O instrumento utilizado na absoluta maioria das vezes para corrigir situação de ilegalidade determinada ou mantida nas instâncias inferiores foi o *habeas corpus*. O Superior Tribunal de Justiça, nas mais diversas hipóteses de impetração, sempre admitiu seu cabimento, *mesmo havendo outra via recursal ordinária manejável*:

HC 9.619. “O *habeas corpus*, para ser concedido, não depende da fase do processo ou da irrecorribilidade de sentença condenatória, quando o fundamento do pedido é a ameaça de sofrer ou o sofrimento de violência ou coação ilegal na liberdade de locomoção do paciente, em face de processo manifestamente nulo (...). Segundo Seabra Fagundes, evocado por Guilherme Estelita em *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, cabe o *habeas corpus* ‘contra as coerções emanadas de autoridade judiciária, a despeito da existência das vias de recursos e até mesmo quando já utilizadas estas’.”

(1) Veja-se, a propósito, o voto vencedor do RHC 8.642, no qual restaura-se a vigência do Código de Menores nove anos após sua revogação.

(*) OBS: Todos os HC (*habeas corpus*) e RHC (recursos ordinários em *habeas corpus*) sem expressa menção da origem (a inicial do Estado que vem após o número, separado por barra) são oriundos de São Paulo (exemplo: HC 2.345, leia-se: HC 2.345/SP).

(2) Alguns pronunciamentos, em especial do Min. Félix Fischer, rechaçam, de forma expressa e eloquente, esta visão tutelar da medida, apontando seu mecanismo discriminatório e sua perversa consequência de criminalização da miséria. Confira-se o RHC 8.642, voto vencido: “Dizer-se que (a internação) é medida benéfica, *data venia*, carece de amparo jurídico. Não compete, logicamente, ao Poder Judiciário ficar internado, em forma de medida de recuperação, todos os jovens desassistidos ou carentes, apresentando a “solução” atacada como ideal e necessária. A aceitação deste tipo de pensamento leva à tão criticada seleção daqueles que são excluídos da verdadeira e desejada assistência do Estado. Jovem pobre é internado. Adulto pobre é recolhido no sistema prisional. *Data venia*, a legislação não permite que assim se atue nem com pretexto ou finalidade de resolver problema social. A questão é saber, também, se os delinquentes jovens de classes privilegiadas, que por muito maiores razões não poderiam praticar infrações, têm merecido o mesmo tratamento. Na verdade são entregues aos pais. O ECA, certo ou não, compõe um sistema legal que deve ser aplicado e obedecido”. Em recentíssima decisão, este mesmo ministro anuncia de forma detalhada e aprofundada o caráter efetivamente, a seu ver, punitivo, sancionatório, repressivo, gravoso da medida, assimilando o escólio do eminente Des. Amaral e Silva de Santa Catarina: “A medida sócio-educativa, já se disse, tem seu aspecto de pena. Queira-se ou não denominá-la assim, trata-se de uma sanção, uma ordem imposta ao adolescente” (REsp 241.477/SP).

Não se negou conhecimento aos *writs* mesmo quando necessitou-se aprofundar um pouco mais na apreciação da prova, tanto que no HC 11.466³ e no HC 10.570 anulou-se acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que dava provimento a recurso do Ministério Público interposto contra sentença que julgou improcedente ação sócio-educativa (neste caso a sentença originária era de improcedência). Ou seja, em tais casos houve análise, ainda que perfunctória, da prova colhida, reputando-se-a inconclusiva e incapaz de fundamentar ordem de privação de liberdade.

2.2 A excepcionalidade da medida de internação

A medida de internação somente deve ser aplicada em último caso. Trata-se do princípio da excepcionalidade, proclamado na lei e na Constituição Federal. Deve ser evitada a qualquer custo, visto mostrar-se excessivamente danosa à pessoa em desenvolvimento e pouco eficaz enquanto estratégia pedagógica. Ao revés dos juízos locais, que costumam olvidar o caráter de exceção da medida, banalizando seu manejo, o Superior Tribunal de Justiça, no corpo das mais diversificadas decisões proferidas, sempre buscou reafirmar a este caráter de *ultima ratio* do regime sócio-educativo extremo:

HC 11.276. “A diretriz determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e no sentido de que a internação seja exceção, aplicando-se a esta medida sócio-educativa os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Só é recomendável em casos de comprovada necessidade e quando desaconselhada medidas menos gravosas”. Idem: HC 10.679.

HC 8.836. “A medida de internação somente deve ser determinada em casos excepcionais e por períodos curtos, visto que a criança e o adolescente não devem ser privados do convívio da família”. Idem: HC 8.220.

HC 8.443. “O sistema de internação, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituído como medida excepcional, somente aplicável nas expressas hipóteses descritas na lei. Trata-se de medida extrema, que somente

(3) HC 11.466. “A decisão do magistrado de primeira instância que optou por não aplicar ao menor nenhum tipo de medida sócio-educativa, partiu do fato de que os únicos indícios de sua participação no ato infracional eram comprovadas única e exclusivamente pelos depoimentos, da vítima e de testemunhas, colhidos na fase inquisitorial. Por outro lado, o acórdão reformatório desta decisão se esteia justamente em depoimentos prestados em inquérito policial e não confirmados em Juízo, desconsiderando o fato de que justamente esta confirmação seria a única forma de se obter certeza razoável da participação do menor no delito. A única medida sócio-educativa que dispensa prova inconteste é a advertência. Já as outras medidas (...), especialmente a internação, demandam certeza profunda da participação do adolescente no evento delituoso, o que não é o caso”.

se justifica quando a infração é grave e outra medida, mais branda, não se mostra eficaz para a recuperação do menor”.

HC 7.940. “A internação do menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa a reintegração do menor à sociedade”. Idem: HC 8.717, RHC 8.949.

RHC 9.315. “A medida de internação é considerada, *ex vi legis*, grave, devendo ser breve e excepcional” (v. arts. 121 e 122 do ECA).

HC 9.262. “Constituindo a medida de internação verdadeira restrição ao *status libertatis* do adolescente, deve sujeitar-se aos princípios brevidade e da excepcionalidade, só sendo recomendável em casos de comprovada necessidade e quando aconselhadas medidas menos gravosas”.

HC 10.570. “Em observância aos objetivos do sistema, a internação só é recomendada quando não pode ser aplicada nenhuma das outras medidas sócio-educativas nos termos previstos pelo § 2.º do art. 122 do ECA; em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada – sendo certo que não há tal conclusão no acórdão impugnado”.

RHC 7.447. “O Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser interpretado da maneira que melhor atenda aos interesses dessas pessoas. Com isso, resguarda-se também a sociedade. Medidas restritivas do exercício do direito de liberdade devem ser reservadas para casos extremos”.

HC 8.908. “O sistema implantado pelo ECA tem caráter educativo, e não punitivo. As medidas ali previstas buscam reintegrar o jovem ao meio social, pelo que devem ser observados os princípios da brevidade e da excepcionalidade”.

É interessante notar nestes diversos julgados que o motivo explicitado para a estrita observância das garantias processuais do adolescente autor de ato infracional parece repousar, na linha do Superior Tribunal de Justiça, justamente no caráter educativo da medida, revelado através de uma decisão justa. Há uma imensa série de acórdãos fundamentados na idéia de que, se se quer educar, deve-se fazer antes de mais nada, justiça.⁴ Para ser justo, indispensável que se

(4) O Supremo Tribunal Federal lançou as bases desta compreensão no primoroso acórdão do HC 75.629-8/SP, da lavra do Min. Marco Aurélio: “o sentimento de justiça é inerente à condição humana e uma das características que mais distinguem o homem das outras espécies. Precioso demais à convivência social, há de ser reforçado como fator de aperfeiçoamento da humanidade, sob pena de grassar a desordem, o caos (...). Pois bem, estamos diante de um caso em que se cuida de preservar num jovem a boa expectativa no poder da Justiça, na certeza de que os passos na direção do bem conduzirão *sempre* a uma vida digna. Se decidirmos de forma contrária, como convencê-lo de que vale a pena esforçar-se, reprimir seus impulsos mais egoístas da sobrevivência, não ceder diante dos irresistíveis chamados

cumpram as normas legais, se respeite o devido processo legal (nesse sentido HC 9.236, 8.887, 9.725, 11.325, 8.969, 98.906, RHC 9.608).⁵ Outros julgados reconhecem imperiosa a observância das garantias do cidadão processado dado mesmo o caráter misto das medidas sócio-educativas.⁶

2.3 Competência para aplicação de qualquer medida sócio-educativa

Um ano após a instalação do Superior Tribunal de Justiça entra em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, filhos que são, ambos, da Carta-mãe de 1988.

Nos primórdios da vigência do ECA, muitos promotores sustentavam caber-lhes a aplicação de medida sócio-educativa em meio aberto após concedida a remissão como forma de exclusão do processo. Já os Tribunais locais obstruíam tal pretensão. O STJ, através da Súm. 108, de 22.06.1994, após decidir inúmeros precedentes, estatuiu que: "a aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz". No recurso de mandado de segurança (RMS 1967-6/SP), um dos paradigmas⁷ da posição sumulada – após discorrer sobre o fato óbvio de que a aplicação de uma sanção, no Estado de Direito, compete ao juiz – demonstrou o relator a existência de dois tipos de remissão, a *ministerial*, antes (como forma de exclusão) e *judicial*, depois (como forma de extinção e suspensão) da instauração do processo. "Certamente a remissão acumulável com a aplicação da medida sócio-educativa há de ser apenas a que foi concedida judicialmente", positivou aquela decisão. Seguindo nesta linha, o próprio Tribunal de Justiça

do consumismo moderno, conformar-se e dar sua própria contribuição em favor da diminuição das desigualdades inerentes ao sistema capitalista?"

- (5) Eis o texto ementado destas decisões: "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 (...)". Em sentido convergente: RHC 8.612. "A regressão de medida reclama oitiva do menor-infrator (...) em observância ao caráter educacional de exceção da medida".
- (6) RHC 9.270. "Para que se alcancem os objetivos pretendidos pelas medidas sócio-educativas, impõe-se que, na imposição das sanções, seja observado, com extremo rigor, o princípio da ampla defesa. Portanto, a prévia audiência do menor infrator, quando possível, se faz indispensável para que se observe o respeito à sua dignidade como pessoa, harmonizando-se, assim, a censura à reeducação". Idem: HC 11.180 e 10.985.
- (7) Outros paradigmas: REsp 28.886/SP e 26.049/SP, ROMS 1.968/SP, REsp 24.442/SP e RHC 1.641/RS.

de São Paulo passou a obstar, de forma majoritária, a possibilidade de aplicação de qualquer medida sócio-educativa conjuntamente com remissão, seja ela ministerial ou judicial.⁸ Caso aplicadas, tais medidas não ensejam internação pelo descumprimento (art. 122, III, do ECA).⁹ É certo que, nos últimos tempos, diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça têm autorizado a aplicação de medida sócio-educativa com remissão (REsp 156.176/SP, 141.138/SP, 157.012/SP e 252.544/SP).

- (8) “Esta Câmara tem entendido que a concessão de remissão impede a imposição de qualquer medida sócio-educativa ao adolescente (Ap 16.775-0). Isto porque a ‘remissão representa a exclusão do processo. E, se remir é perdoar, há verdadeira *contraditio in terminis* no ato de perdoar e, ao mesmo tempo, sancionar, impondo qualquer medida ao adolescente’ (Ap 19.183-0). A jurisprudência é no sentido de que a ausência do devido processo legal viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual não é possível cumular-se à remissão medida sócio-educativa” (Ap 50.887-0/8-00, rel. Djalma Lofrano, TJSP, Câ. Esp.). “*Habeas corpus*. Concessão de remissão com aplicação de medida sócio-educativa sem instauração de procedimento. Inviabilidade. Exigência do devido processo legal. Ordem concedida” (HC 55.549.0/2, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.). “Segundo entendimento desta Câmara, a outorga de remissão impede a imposição de qualquer medida sócio-educativa ao adolescente” (TJSP, Acv 16.775-0, rel. Weiss de Andrade, TJSP, Câ. Esp.). “A remissão pré-processual do art. 126 do ECA mostra-se incompatível com a aplicação de medida sócio-educativa, quer pelo membro do *Parquet*, quer pelo magistrado, posto que em hipóteses tais, não se instaura o processo” (AgIn 19.961-0, rel. Yussef Cahali, TJSP, Câ. Esp.). “Há evidente *contraditio in terminis* no ato de remir para em seguida impor reprimenda, até porque este ato, sem a formal instauração da causa, atenta contra os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa” (ApCiv 18.730-0, rel. Yussef Cahali, TJSP, Câ. Esp.). No mesmo sentido (ApCiv 19.183, rel. Ney Almada): “Menor. Remissão. Cumulação com medida sócio-educativa. Incompatibilidade. Necessidade do devido processo legal. A remissão pré-processual é incompatível com a aplicação de medida sócio-educativa” (JTJ-LEX 150/73). “Realmente, a remissão pré-processual não se harmoniza com a aplicação de medidas sócio-educativas porque aquela, no caso, é perdão e forma de exclusão do processo (art. 126 do ECA). Portanto, a decisão agravada bem decidiu pelo arquivamento deixando de executar a medida sócio-educativa aplicada. Se fosse determinado o cumprimento da medida de liberdade assistida imposta, o menor iria sofrer evidente constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, reparável, inclusive, via de *habeas corpus* – passível de concessão até *ex officio*, inobstante a alegada ocorrência de coisa julgada cujo mérito não se faz necessário examinar” (AgIn 26.470-0/4, rel. Pereira da Silva, TJSP, Câ. Esp.).
- (9) “ECA. Regime de internação imposto por descumprimento de medida sócio-educativa anterior nos termos do inc. II do art. 122 do ECA e que fora imposta à concessão de remissão. Circunstância por si que não autorizaria a aplicação da internação-sanção. Ilegalidade existente. Ordem concedida” (HC 50.003.0/5-00, rel. Alvaro Lazzarini, TJSP, Câ. Esp.). “Trata-se de internação-sanção imposta em virtude de descumprimento pela paciente de medida sócio-educativa de liberdade assistida aplicada quando da homologação pelo Juízo da remissão concedida pelo

2.4 Restauração de decisões liberatórias de adolescentes avaliados favoravelmente por equipes técnicas. Necessidade de se bem fundamentar as decisões que restrinjam o direito de liberdade do cidadão

Inconformado com supostas liberações precipitadas de adolescentes internados, o Ministério Público da capital de São Paulo interpôs sucessivos agravos de instrumento solicitando ao Tribunal de Justiça local a concessão liminar de efeito suspensivo da decisão liberatória. Por várias vezes deferiu Corte Estadual, através de decisão monocrática do vice-presidente, o efeito suspensivo pugnado, ordenando a imediata recaptura dos jovens e sua recondução à Febem.

Contra tais decisões, em geral sumárias e mal fundamentadas, seja liminarmente, seja no mérito, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem em inúmeros *habeas corpus* impetrados pela defesa,¹⁰ restaurando a condição de liberdade pelo menos enquanto durasse o julgamento do agravo.

Num desses julgados acolheu-se expressamente a tese principal da defesa no sentido de que a medida sócio-educativa de internação não pode, nunca, ser determinada em sede de liminar: "Tendo o paciente obtido a progressão, o retorno ao regime anterior somente é possível com a garantia do contraditório, permitindo-lhe manifestar, por meio de advogado, a sua defesa. Tratando-se do direito à liberdade, outro entendimento não é possível. O nosso sistema constitucional não permite que qualquer pessoa seja privada da sua liberdade sem que lhe permita qualquer manifestação a respeito (art. 5.º, LIV, da CF), razão por que a regressão à medida de internação não poderia ser concedida em sede de liminar" (HC 8.443/SP).

Ministério Público. E é entendimento deste relator da impossibilidade de aplacação de qualquer medida sócio-educativa sem a existência do devido processo legal, no caso de procedimento de apuração de ato infracional. Ora, a própria liberdade assistida imposta de forma inadequada já consistiria constrangimento ilegal à paciente. Destarte, com maior razão a ilegalidade da conversão da liberdade assistida em internação-sanção" (HC 48.273.0/6, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.). No mesmo sentido: HC 48.273-0/6, rel. Alvaro Lazzarini). "*Habeas corpus*. Aplicação da internação-sanção em virtude do descumprimento de liberdade assistida imposta sem a existência de procedimento de apuração de ato infracional. Concessão da ordem" (HC 49.121.0/0-00, rel. Alvaro Lazzarini, TJSP, Câ. Esp.). "*Habeas corpus*. Conversão para internação de medida sócio-educativa imposta sem procedimento de apuração de ato infracional. Concessão da ordem" (HC 56.530.0/3-00, rel. Cunha Bueno). "Imposição de internação-sanção decorrente do descumprimento pelo menor de medida sócio-educativa imposta por ocasião da homologação da remissão pré-processual. Violação ao princípio do devido processo legal. *Habeas corpus* concedido de ofício e recurso prejudicado" (AI 47.031.0/5-00, rel. Cunha Bueno, TJSP, Câ. Esp.).

⁽¹⁰⁾ Confirmam-se, a propósito, os *Habeas Corpus* 8.443, 8.325, 7.940, 7.589, 7.495, 7.494, 8.550, 7.664, 7.683, 11.302, 7.448, 9.262, 8.129, 8.220, 8.034, 8.543, 8.717, 7.358, todos originários de São Paulo.

Todavia, foi a deficiência na fundamentação o pecado mais grave das decisões restauradoras do regime privativo de liberdade, e que mereceu maior censura pelos ministros julgadores:

HC 8.325. "Todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. É o que determina a própria CF, em seu art. 93, IX. Em especial quando ameaçada a liberdade de adolescente, tendo em vista a natureza sócio-educativa da legislação pertinente".

HC 7.940. "Deficientemente fundamentada a decisão do desembargador do Tribunal *a quo* que concedeu efeito suspensivo a agravo de instrumento ministerial, para impedir progressão de medida sócio-educativa deferida pelo julgador de 1.º grau de maneira fundamentada e com base em laudos técnicos, concede-se ordem pura permitir a progressão da medida de internação do menor para liberdade assistida, como originalmente determinado". Idem: HC 8.717.

HC 7.589. "É necessário (para que se ordene liminarmente a suspensão do desinternamento) que a decisão seja suficientemente fundamentada, com indicação objetiva dos motivos ensejadores da providência. Tal situação, todavia, não se encontra presente na espécie, pois o despacho sob enfoque apenas faz referência à gravidade dos fatos praticados pelo menor, porém não indica as razões do deferimento liminar da pretensão recursal". Idem: HC 7.494, 8.550, 7.683, 7.448, 8.543.

HC 7.445. "O *ius libertatis* dos adultos, acusados de graves crimes, só pode ser afetado provisoriamente mediante *decisum* concretamente fundamentado. Por maior razão, tal deve ser observado para com crianças e adolescentes". Idem: HC 8.129.

HC 9.262. "No caso, o magistrado de primeiro grau concedeu ao ora paciente o direito à progressão de medida sócio-educativa com base em laudos técnicos e em decisão fundamentada. Já a ilustre autoridade impetrada não fundamentou satisfatoriamente a decisão que conferiu efeito suspensivo ao agravo ministerial. Ademais não restou demonstrado a ocorrência de um dos requisitos autorizadores do efeito suspensivo, qual seja, o indispensável *periculum in mora*, consistente nem eventual risco de lesão irreparável".

RHC 8.949. "A decisão monocrática que determinou a medida de internação não fundamentou devidamente a opção pela medida mais gravosa, sendo que a simples alusão à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são suficientes para motivar a privação total de sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema (...). Por disposição constitucional (art. 93, IX), todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. No caso dos autos, havendo um leque de medidas a serem impostas ao paciente, deveria o juiz expor os motivos pelos quais optava pela de maior gravidade".

HC 8.228. "Proferida decisão fundamentada ordenando em favor do menor infrator a conversão de medida sócio-educativa de internação em liberdade

assistida, a suspensão liminar deste édito em sede de agravo de instrumento somente é admissível quando objetivamente demonstrado, por despacho motivado, as razões autorizadas da providência”.

HC 7.358. “A decisão fustigada não está fundamentada. A autoridade coatora não aponta qualquer fato, qualquer circunstância a ensejar suspensão dos efeitos da decisão agravada. É certo que se trata de decisão liminar com caráter de provisoriedade, mas, nem assim se pode menosprezar o comando constitucional (art. 93, IX), que é de clareza meridiana, não dando margem a dúvidas interpretativas”.

HC 7.358. “O bem em testilha merece consideração adequada. Se a segurança dos cidadãos na comunidade não pode ser olvidada, também não se pode ignorar a liberdade de um indivíduo que foi beneficiado por decisão de primeira instância, quando de regime de internamento passou à fase de liberdade assistida, tendo sido, essa liberdade, cerceada por uma decisão que encobre qualquer motivação. Já se decidiu (STJ, RHC 4.303/95, *DJ* 06.02.1996, p. 4.086): ‘O decreto de prisão preventiva, assim como todas as decisões judiciais, devem ser suficientemente fundamentadas, com destaque para as que implicam medida constritiva da liberdade. Inteligência do art. 315 do CPP e do art. 93, IX, da Constituição’. Do mesmo entendimento a seguinte decisão desse E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 42.417/94-RS, *DJ* 16.05.1994, p. 11.721). ‘Improvemento do agravo por acórdão desprovido de fundamentação. É imperativo legal, e atualmente constitucional, que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas’. Se tal entendimento é notório no âmbito do Direito Processual Civil, por maior razão deve sê-lo no contexto do Direito Processual Penal, haja vista relevância do *jus ambulandi*”.

A cassação do efeito suspensivo concedido liminarmente aos agravos, garantindo-se ao agravado o direito de permanecer em liberdade durante o correr do feito, ensejou que, quando do julgamento, já desistisse o Tribunal *a quo* de reordenar o recolhimento do adolescente: “Ocorre que ao agravo negou-se-lhe o efeito suspensivo. Vale dizer, foi o menor desde logo posto sob novo regime. Em consequência, passou a desfrutar de liberdade assistida e, decorridos mais de cinco meses, não é conveniente seu retorno à Febem. Essa alteração pendular na sua condição de infrator poderá desestabilizar o infrator e pôr a perder o trabalho reeducativo a que se submeteu nos sete meses de internação” (TJSP, AgIn 037.249-0/1, rel. Alves Braga).

2.5 Direito de o jovem ser ouvido pessoalmente antes da decisão que, em sede de execução, substitui, por internação, medida mais branda aplicada

Quando o jovem descumpre reiterada e injustificadamente medida anteriormente imposta, pode receber, nos termos do art. 122, III, medida de internação por até três meses (art. 122, § 1.º, do ECA). Tal medida é conhecida nos meios forenses como “internação-sanção”. Pois bem, na prática geral dos fóruns

paulistas esta medida é aplicada no curso dos procedimentos de execução da medida mais branda, por decisão judicial proferida após oitiva das partes (promotor e defesa). Dispensa-se, em geral, sobretudo na capital, a prévia ouvida pessoal do adolescente, notadamente quando a medida anteriormente descumprida foi a de semiliberdade. O Tribunal local tem consentido com este proceder. Contudo, de maneira pacífica e maciça o Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a indispensabilidade da prévia oitiva pessoal do adolescente antes de eventual decisão que lhe aplique medida privativa de liberdade. Dia a dia tem anulado decisões proferidas sem a ouvida pessoal do jovem implicado,¹¹ pelos mais diversos motivos:

HC 9.236. “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 consequência, é de rigor a prévia audiência do menor infrator no caso de regressão de uma medida menos grave para outra mais rigorosa” Idem: HC 8.887, 9.806, RHC 9.068.

HC 8.836. “A regressão do paciente foi determinada sem a necessária oitiva do mesmo, sem observância dos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, malferindo-se ainda o disposto no art. 110 do ECA”.

RHC 8.634. “O julgador, ao proceder a conversão da medida, deixou de acolher a manifestação da defesa; o adolescente sequer foi ouvido, sendo-lhe negado, assim, o exercício da ampla defesa. Dou provimento parcial ao recurso para, anulando a decisão ora recorrida, determinar a expedição de contramandado de busca, permanecendo o paciente em regime de semiliberdade até que nova decisão venha a ser proferida, observando-se-lhe os ditames legais e garantindo-lhe o exercício da ampla defesa”.

RHC 9.287. “A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA. No caso dos autos, o menor não foi ouvido, não tendo tido a oportunidade de se manifestar a respeito do descumprimento da medida sócio-educativa. (...) Esta Corte tem entendido que a decisão que determina a regressão de medida de semiliberdade para internação, por constituir restrição ao *status libertatis*, não

⁽¹¹⁾ Há decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a violação é tão grave que enseja concessão de liminar para atribuir efeito suspensivo em agravo interposto para questioná-la: “A internação é, sem dúvida, medida de natureza grave, cuja decretação depende diretamente da estreita observância das garantias previstas na CF, art. 5.º, LIV e LV, e no ECA, art. 110, III, IV e VI. Há que ser assegurado, ao adolescente, exercício do direito de defesa. Assim, conheço do *habeas corpus* e defiro pedido para atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento” (HC 9.328).

pode prescindir da oitiva do adolescente infrator, sob pena de nulidade, por ofensa ao postulado constitucional do devido processo legal”.

RHC 9.270. “É pacífica a jurisprudência a respeito da indispensabilidade da oitiva do menor para aplicação de medida sócio-educativa mais gravosa”. Idem: HC 10.985.

RHC 9.315. “A lei, em seu art. 111, V, deixa claro que precede à decisão de internamento a oitiva do adolescente. Neste sentido já se firmou jurisprudência desta E. Corte. Desta feita, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV), o magistrado só pode concluir pela ineficácia da liberdade assistida e sua substituição por medida mais severa, após ser dada ao adolescente a oportunidade de se justificar pessoalmente”.

HC 9.724. (Necessidade de oitiva do adolescente e da defesa técnica.) “A medida de internação é considerada, *ex vi legis*, grave, devendo ser breve e excepcional (v. arts. 121 e 122 do ECA). Ainda que o objetivo não seja exatamente o mesmo de pena privativa de liberdade, ela não deixa de ser uma segregação extrema. Ora, a lei, em seu art. 110, III, V e VI, deixa claro que precede à decisão de internamento a oitiva, se possível, do adolescente e, como corolário do art. 5.º, LIV e LV, da nossa *Lex Fundamental*, pelo menos a manifestação da defesa técnica, o que sequer foi tentado. Contrário, *data venia*, o procedimento relacionado à aplicação das medidas previstas no ECA passaria a ter um sabor quase kafkiano”. Idem: HC 9.725 e 8.874, RHC 8.606 e 9.332.

RHC 8.871. “A regressão não pode prescindir do devido processo legal, com a oitiva do adolescente”.

HC 11.302. “É posição desta Corte que a determinação de regressão de medidas reclama a oitiva do menor infrator para que se manifeste a respeito do descumprimento da semiliberdade originariamente determinada – que serviu de fundamento para a regressão à medida de internação mais rigorosa, em observância ao caráter educacional de exceção da legislação incidente e ao princípio constitucional da ampla defesa”. Idem: HC 10.776 e 10.637, RHC 8.612.

RHC 8.837. “A internação é, sem dúvida, medida de natureza grave, cuja decretação depende diretamente da estreita observância das garantias previstas na CF, art. 5.º, LIV e LV, e no ECA, art. 110, III, V e VI. Há que se ter assegurado ao adolescente, o exercício do direito de defesa”. Idem: HC 10.775, 8.908, 9.329, RHC 9.405.

RHC 8.873. “A decisão que determina a regressão da medida de semiliberdade para internação, por constituir restrição ao *status libertatis*, não pode prescindir da oitiva do adolescente infrator, sob pena de ofensa ao postulado do devido processo legal” (art. 110, III e V, do ECA).

HC 11.180. “Para que se alcancem os objetivos pretendidos pelas medidas sócio-educativas impõe-se que, na imposição das sanções seja observado, com

extremo rigor, o princípio da ampla defesa. Portanto, a prévia audiência do menor infrator se faz indispensável (...). Idem: HC 10.985.

HC 10.368. “A tese defendida pela impetração é no sentido de que é nula a decisão judicial que decreta regressão de liberdade assistida para internação sem oitiva do adolescente infrator. A irresignação merece acolhida, porquanto já decidiu esta Corte no mesmo sentido preconizado pela impetração”.

Eventual oportunidade para o jovem justificar-se após sua apreensão não afasta a nulidade do decreto de internação sem ouvi-lo.¹² Pelos mesmos motivos acima apresentados, o Superior Tribunal de Justiça declarou nulo processo onde não foi intimado o responsável pelo adolescente a fim de acompanhá-lo nos atos processuais necessários, em especial a audiência de apresentação.¹³

2.6 O rol do art. 122 é taxativo

Apegados à vigência da legislação anterior, na qual medida privativa de liberdade tinha como pressuposto uma categoria sociológica vaga, “o ato anti-social”, muitos operadores do direito ainda não se deram conta de que, com o advento do ECA, a medida de internação passou a ser regida pelo *princípio da legalidade estrita*. Vale dizer, somente pode ser aplicada nos casos previstos em lei, nas hipóteses definidas *a priori*, para situações de fato precisas. Absurdo que o cidadão não possa saber antecipadamente o que pode fazer ou deixar de fazer para evitar a perda de sua liberdade. Assim, não tem o magistrado, neste terreno, qualquer poder discricionário. Não pode, somente porque assim acha mais adequado aos superiores interesses do jovem, ministrar-lhe internação. Os casos de privação de liberdade são somente aqueles previstos no art. 122 (exceto a internação provisória) do Estatuto, sendo absolutamente ilegal a manutenção de jovem internado fora das hipóteses taxativamente descritas:

HC 8.868. “É nula a r. decisão cuja fundamentação não apresenta correlação com as hipóteses legais ensejadoras da medida privativa de liberdade. A infração

(12) RHC 9.332. “A decisão do acórdão recorrido de determinar a apresentação do paciente ao magistrado de primeiro grau tão logo seja apreendido para justificar-se, viola as garantias da ampla defesa. Não terá qualquer efeito uma justificação feita após a decisão do juiz de aplicar a internação-sanção. Ora, o convencimento do magistrado já estará formado, sendo inócua a justificação que se apresente”.

(13) HC 9.806. “No caso dos autos, os pais do paciente não se fizeram presentes na audiência de sua apresentação, quando lhe foi imposta medida sócio-educativa de internação por prazo indeterminado, pelo cometimento de ato infracional equivalente ao furto qualificado. Naquela assentada, a defesa pediu a presença dos pais do menor, demonstrando que não foram eles intimados por mandado para comparecimento ao ato, requerimento este que não mereceu a mínima consideração por parte do MM. Juiz, na sentença. Penso que assim agindo, a r. sentença negou ao paciente o direito de ser acompanhado por seus pais, sendo, por isso, nula”.

não é daquelas indicadas no inc. I (do art. 121). Não se demonstrou, na fundamentação dos decisórios, a reiteração no cometimento de outras infrações graves. Por igual, não realizou-se adequação típica em relação ao inc. III”.

RHC 7.259. “As medidas sócio-educativas são enumeradas conforme o critério *numerus clausus*. (...) O ato infracional é pressuposto da sanção (consequência lógica). Daí o art. 122 relacionar os casos de medida de internação, depender, como antecedente dos casos enumerados nos respectivos incisos. A norma indicada é categórica (...). Mirando o princípio da legalidade em toda sua abrangência, não se pode admitir a aplicação da medida sócio-educativa fora das balizas enumeradas pelo já referido artigo. Ter-se-ia inovação na fixação de pena *sine lege*. (...) A taxatividade dos incisos do art. 122 do ECA se alia, à precisão, com o caráter de excepcionalidade de internação, posto que a própria natureza grave ou gravíssima das infrações (diga-se, dotadas de excepcionalidade) é que autorizam medida extrema – internação”.

HC 10.776. “Esta turma tem entendido que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, eis que a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade – em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que visa a reintegração do menor à sociedade”. Idem: HC 10.216, 11.302.

HC 10.938. “Se a paciente não se amolda, com perfeição, aos requisitos do art. 122, a ela não se pode aplicar a medida de internação. Ademais, como ressalta a representante da Subprocuradoria Geral da República, a internação constituiu medida de exceção, devendo ser adotada somente nos restritos casos legais”.

Sendo, pois, taxativo, o rol do art. 122 do ECA, a internação não pode ser aplicada:

a) *Em casos de adolescente primário envolvido em ato equiparado a tráfico de drogas*

HC 13.084. (Decisão concessiva de liminar.) “Em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que considerado hediondo, e porte de arma, é inaplicável a medida sócio-educativa de internação, à ausência de previsão legal. Relevantes os fundamentos do pedido e conveniente a concessão da medida liminar, defiro-a, para determinar a aplicação provisória de medida sócio-educativa diversa da internação”. Idem: HC 13.192, 12.344 e 12.523 (decisões monocráticas concessivas de liminar).

RHC 9.688. “O art. 122 do ECA enumera de forma taxativa os casos em que se aplica a internação. Apesar do delito ser equiparado ao crime hediondo, é vedada a interpretação prejudicial ao menor. Precedentes”. Idem: RHC 8.908.

HC 10.294. “Ato infracional. Tráfico de entorpecentes. Internação. Ilegalidade. Lei 8.069/90”.

HC 10.938 e 9.619, RHC 7.447 e 7.259. Em todos estes julgados cassou-se a internação aplicada a adolescente primário acusados da infração de tráfico de drogas.

b) *Em casos de adolescente envolvido em atos que não sejam considerados graves*

HC 10.216. “Nos termos dos precedentes desta Turma, deve-se levar em conta a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável, não se podendo declarar genericamente a ocorrência do disposto no inc. II do art. 122 do ECA (HC 8.868/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ 01.07.1999). Assim, não restou demonstrada a reiteração no cometimento de infração grave, a sustentar o embasamento no inc. II *entendendo-se como graves os delitos apenados com pena de reclusão*. (Neste caso jovem havia sido internado pela prática de ato equiparado a porte de entorpecentes.)

HC 11.277. “Menor infrator. Uso de substância entorpecente. Internação. Não aplicabilidade. Não estando o uso de substância entorpecente elencado dentre as circunstâncias ensejadoras da medida, deve ser anulada a decisão que, equivocadamente, a determinou”.

c) *Em substituição à medida anterior, supostamente inadequada e descumprida, a não ser nas condições do art. 122, III, e no limite temporal do § 1.º do mesmo dispositivo*

A partir da interpretação dos arts. 113 e 99/100 do ECA, certo setor da magistratura e Ministério Público sustentam que, revelada por qualquer indicador a inadequação da medida mais branda em curso para enfrentar a problemática apresentada pelo jovem, pode e deve o juiz substituir esta aquela medida ineficaz por outra, de internação por até três anos. Conhecida como *regressão de medida*, a prática é difundida largamente nas instâncias judiciais paulistas,¹⁴

(14) O Tribunal de Justiça de São Paulo tem duas posições a respeito. Alguns julgados supõem cabível a regressão, sem restrições. Outras decisões, todavia, entendem que a norma geral do art. 113 deve ser harmonizada com a norma especial do art. 122, III, que trata de descumprimento de medida mais branda, de modo que, nestes casos, o limite de duração da internação seria de três meses. Neste sentido, confirmam-se os julgados do TJSP: “Sem olvidar a possibilidade das medidas sócio-educativas poderem ser, a qualquer tempo, substituídas (art. 99 c/c o art. 113 do ECA, não se pode deslembra que o art. 122, III, do ECA prevê a internação ‘por descumprimento

muito embora viole preceitos básicos, como o princípio da legalidade e anterioridade da lei e a regra hermenêutica de que o especial (art. 122, III e § 1.º) prevalece sobre o geral (arts. 99 e 113). Grande parte dos recursos que aportam ao Superior Tribunal de Justiça sustentando a ilegalidade da “regressão” não são apreciados no seu mérito porque também incorporam a tese preliminar de que a regressão foi aplicada sem a oitiva do jovem. Todavia, alguns julgados da Corte Federal chegaram a enfrentar a matéria:

HC 10.973. “Ao decidir pela manutenção da medida constritiva de liberdade imposta pelo juízo monocrático ao paciente, a r. Câmara Especial do Tribunal *a quo* ateve-se, somente, à leitura fria do disposto nos arts. 99 e 113 da Lei 8.069/90, os quais estabelecem que as medidas sócio-educativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, relegando ao *oblivio*, *concessa venia*, o rol taxativo das hipóteses em que cabe a medida, como evidenciam, com clareza solar, os arts. 101, par. ún., e 122, *caput* e § 2.º, bem como deixou de avaliar o cabimento de outra medida capaz de cumprir a finalidade de recuperação do menor, em desatendimento ao espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Existe uma outra série de julgados que simplesmente aderiram a um velho precedente do Supremo Tribunal Federal, HC 74.715/SP, no qual se pronunciou o descabimento da regressão com base no art. 99 do ECA, que somente se aplicaria às medidas de proteção. Nesta linha, transcrevendo a ementa da decisão referida, inclinam-se o HC 8.392, RHC 8.871 e 9.082. Por fim, alguns outros julgados implicitamente apenas refutam o cabimento da regressão: HC 10.680, 11.302 e 10.776.

reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta’, norma nitidamente especial em relação àquelas. Assim, *ex vi* deste último dispositivo, que cuida especificamente da reversão ao regime de internação por inobservação pelo infrator das regras de execução de outra medida, em caso de descumprimento reiterado e injustificado, a substituição a ser efetuada só o pode ser por internação. O agravo fica parcialmente provido apenas para estabelecer que o prazo da internação, determinado na sentença, é de no máximo três meses” (TJSP AgIn e Embargos de Declaração 52.004.0/6, rel. Alvaro Lazzarini). De idêntico teor: AgIn 52.899.0/7, rel. Alvaro Lazzarini. “*Habeas corpus*. Impetração em favor de menor face a regressão para medida sócio-educativa de internação pelo descumprimento da medida de liberdade assistida anteriormente aplicada. Decreto de internação sem prazo determinado, nos termos dos arts. 99, 100 e 113 do ECA. Inadmissibilidade. A internação-sanção não pode superar o prazo de noventa dias estabelecido em lei. Ordem concedida” (TJSP, HC 62.818.0/7-00, rel. Yussef Cahali). “Menor. Fuga do estabelecimento em que cumpria medida de semiliberdade (...). Ausência de elementos que motivassem tal descumprimento. Reversão à medida de internação limitada, porém, a três meses. Art. 122, III, do ECA que caracteriza como norma especial em relação aos arts. 99 e 113 deste Estatuto. Agravo parcialmente provido para determinar a internação do adolescente por noventa dias” (AgIn 35.734-0/0, TJSP, rel. Rebouças de Carvalho). AgIn 37.662-0. No mesmo sentido: HC 062.483.0/7-00, HC 66.709-0, AI 060.285.0/9, HC 55.241.0/7, AgIn 40.544-0/5 e AgIn 52.899.0/7.

2.7 Se o direito é outorgado ao maior, deve ser outorgado ao menor

Permitir-se a um menor inimputável tratamento mais severo do que receberia o maior imputável autor da mesma transgressão é algo que assombra os ministros do Superior Tribunal de Justiça, para quem os rigores na aplicação de uma medida, sobretudo a restritiva de liberdade, devem ser ainda maiores em se tratando de pessoa em desenvolvimento. De qualquer forma, sob o disfarce de medida simplesmente educativa, a internação, como já dito, por muitas vezes foi aplicada nas instâncias inferiores sem observância de benefícios outorgados a maiores situações que, à quase unanimidade, foram corrigidas no terceiro grau de jurisdição. Vejamos alguns exemplos:

HC 9.236. “Até no processo de execução penal, a regressão de um regime prisional para outro mais rigoroso deve ser precedida de audiência do condenado, audiência esta de caráter pessoal, entre o juiz e o preso. Tal providência com mais razão deve ser adotada nos processos que versam a política de reeducação de menores infratores, desprovida de caráter punitivo, na qual os nossos olhos devem sempre elevar-se para a magnitude da transformação do jovem em adulto honesto e participante da obra de construção de um mundo melhor”. Idem: HC 8.887, 11.325 e 9.806, RHC 9.068 e 8.869.

HC 8.868. “Se, para os penalmente imputáveis, a conduta atribuída à paciente (porte de entorpecentes) só poderia ensejar, no máximo, o regime semi-aberto visto que o injusto previsto no art. 16 da Lei 6.368/76 é apenado com detenção (o regime fechado só seria pertinente na regressão *ex vi* do art. 33, *caput*, 2.^a parte do CP), então não se pode, propriamente, e de imediato, asseverar genericamente a ocorrência do disposto no art. 122, II, do ECA (ainda que não seja, propriamente, *in casu*, uma pena)”.

HC 8.836. “Se mesmo na execução penal não se admite a regressão de regime de cumprimento de pena sem a ouvida pessoal do sentenciado, com muito maior razão quando se trata de menor infrator, quando a medida de internação somente deve ser determinada em casos excepcionais e por períodos curtos, visto que a criança ou o adolescente não devem ser privados do convívio da família”. Idem: HC 11.325.

HC 7.445. “O *ius libertatis* dos adultos, acusados de graves crimes, só pode ser afetado provisoriamente mediante *decisum* concretamente fundamentado. Por maior razão, tal deve ser observado para com crianças e adolescentes”. Idem: HC 8.129.

RHC 9.287. “A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA”.

HC 7.664. “Se para os adultos a segregação cautelar é excepcional e nunca deve ser duradoura – o que configura excesso de prazo – por maior razão isto se aplica aos menores”. Idem: HC 8.034.

HC 10.216. “Nos termos dos precedentes desta Turma, deve-se levar em conta a espécie de delito praticado, assim como a cominação abstrata da pena que receberia o menor se fosse imputável, não se podendo declarar genericamente a ocorrência do disposto no inc. II do art. 122 do ECA (HC 8.868/SP, rel. Min. Félix Fischer, DJ 01.07.1999). Dessarte, a conduta atribuída ao paciente – equiparada a porte de entorpecentes – não submeteria os penalmente imputáveis, ao menos inicialmente, ao regime fechado, uma vez que o art. 16 da Lei 6.368/76 é apenado com detenção, seria uma contradição admitir-se que um menor possa receber tratamento mais rigoroso que um adulto, ainda que reincidente”.

De outro lado, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça não cai na armadilha de aceitar o raciocínio inverso. Aquilo que não beneficia o maior, ou agrava sua condição, não se estende automaticamente aos jovens. Não cabe, por exemplo o instituto da deserção na área da infância e juventude:

Resp 172.096. “A apuração de ato infracional não visa a imposição de pena, senão apenas de medida de caráter preventivo e pedagógico. Observando-se por esse prisma, a norma insculpida no art. 595 do CPP não deve ser aplicada aos casos regulados pelo ECA. Isto porque tal norma é de aplicação restritiva. Trata-se de *santio juris* cuja previsão, ainda que de natureza processual, reflete-se no campo material. Aplicar subsidiariamente tal norma estaria, em última análise, indo de encontro com a própria finalidade do Estatuto que é o de ‘realçar a importância da família, fundamental para o aprendizado do *adolescente*’ (Alberto Silva Franco, Rui Stoco et alii. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., p. 406)”.

2.8 Só a gravidade da conduta não é suficiente para aplicar a internação

Por diversas vezes, também, lembrou-nos o Superior Tribunal de Justiça que a gravidade do ato infracional, como indicador isolado, não justifica a adoção da medida mais severa. Trata-se de condição necessária, mas não suficiente para a internação. Tampouco basta agregar-se à gravidade do ato infracional menções genéricas a passagens anteriores, maus antecedentes, vida ociosa, falta de respaldo familiar como se tais circunstâncias reclamassem, de forma natural, a segregação como estratégia ressocializadora. A caracterização da excepcionalidade motivadora da internação requer do magistrado um juízo mais profundo e considerações mais amplas sobre múltiplos aspectos do caso, que vá além dos habituais automatismos lógico-dedutivos utilizados nas sentenças.

HC 9.713. “Se o adolescente, além de trabalhar e estudar, cumprir toda a medida sócio-educativa de liberdade assistida, tendo o relatório técnico da Febem informado não revelar mais tendência infracional e ter condições de convívio social, o fundamento básico do acórdão atacado, *gravidade da conduta* (tentativa de latrocínio) não tem força bastante para afastar essas constatações, mesmo porque, a internação é medida extrema, cabível quando o caso não comporta outra menos grave”.

HC 7.589. “É necessário (para que se ordene liminarmente a suspensão do desinternamento) que a decisão seja suficientemente fundamentada, com indicação objetiva dos motivos ensejadores da providência. Tal situação, todavia, não se encontra presente na espécie, pois o despacho sob enfoque apenas faz referência à gravidade dos fatos praticados pelo menor, porém não indica as razões do deferimento liminar da pretensão recursal”. Idem: HC 7.494, 8.550, 7.683, 7.448 e 8.543.

HC 10.570. “O fundamento básico do acórdão, que consubstanciou-se na gravidade da conduta – não é suficiente para motivar a privação total da liberdade do menor, tendo em vista a própria excepcionalidade da medida de internação”.

HC 10.679. “O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou como contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do ECA. Exatamente porque ao menor infrator se aplicam medidas outras de cunho educativo e protetivo sem critérios rígidos de duração, já que vinculados exclusivamente à sua finalidade essencial”.

RHC 8.949. (Gravidade e antecedentes.) “A decisão monocrática que determinou a medida de internação não fundamentou devidamente a opção pela medida mais gravosa, sendo que a simples alusão à gravidade da infração e aos péssimos antecedentes do menor não são suficientes para motivar a privação total de sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada afronta aos objetivos do sistema. (...) A gravidade da infração e os péssimos antecedentes, a toda evidência, não são motivação bastante para privar o adolescente de sua liberdade, alento, inclusive, ao caráter excepcional de tal medida.

HC 10.938. (Antecedentes e gravidade.) “A decisão *a quo* que determinou a internação somente faz referência a um possível delito anterior, bem como à gravidade da infração atual. Estes motivos, contudo, não são suficientes para determinar a total privação de liberdade da menor, sob pena de se afrontar o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como objetivo a sua reintegração na sociedade”.

HC 10.216. (Antecedentes e ociosidade.) “A simples alusão à ‘gama de atos infracionais praticados, onde as remissões não se mostraram eficazes, sendo um menor não afeito ao trabalho lícito ou aos estudos’ não é suficiente para motivar a privação total da sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida sócio-educativa de internação, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema”.

2.9 O tempo cronológico não é decisivo

Se a gravidade do ato infracional não basta para legitimar a aplicação da internação, da mesma forma o tempo supostamente curto de duração deste

regime não se põe como obstáculo à progressão para medida mais branda. A privação de liberdade tem tempo indeterminado (art. 121, § 2.º, do ECA) justamente para que se possa respeitar o ritmo de cada pessoa, individualizando-se a reprimenda conforme as necessidades pessoais de cada um. Se lidamos com o universo subjetivo do homem e com o impacto gerado pela segregação e pela intervenção pedagógica em cada indivíduo, nosso tempo é o tempo psicológico. Aquele tempo traduzido no espaço dos relógios e calendários pouco tem, aqui, de significativo.

HC 11.276. "Como não se fixa prazo para o cumprimento da internação justamente porque as medidas previstas no ECA não têm caráter punitivo, mas educativo, não é o tempo de internação do menor, mas o seu comportamento nesse período e seu prognóstico de desenvolvimento social. Somente o fato de ter ficado internado por sete meses, tempo considerado exíguo pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Justiça, não impede a progressão".

HC 8.433. Se o órgão técnico, que acompanha o menor no seu dia-a-dia, concluiu que o mesmo tinha condições de retornar ao convívio social, com base em quê entendeu o julgador em contrário? O fato de o menor somente ter ficado internado por sete meses não é justificativa aceitável, pois parte de um dado que não tem respaldo fático.

2.10 A situação da Febem é, sim, relevante para se considerar qual a medida mais adequada

Uma decisão judicial que aplica internação nunca será justa se, na prática, não se observarem condições adequadas para seu cumprimento. Se o cunho aflitivo da experiência de isolamento transborda habitualmente os limites da decisão judicial, tal realidade deve afetar a escolha da medida. Trata-se de uma constatação tão óbvia quanto pouco assimilada nas decisões de primeiro e, sobretudo, de segundo grau no Estado de São Paulo. Nelas, privação de liberdade ainda é vista de forma quase idílica, como altamente pedagógica e amplamente capaz de converter jovens infratores em jovens virtuosos. O Superior Tribunal de Justiça, em mais de um julgado, nos convida a romper com esta indiferença quase autista à realidade:

RHC 7.447. "Na verdade, ainda que a internação possua como objetivo a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, impossibilitando a recuperação de qualquer infrator. Algumas delas têm sido inclusive focos de rebeliões, com reflexos negativos na opinião pública, que desacredita na instituição, como tem ocorrido com a Febem, onde se encontra o paciente".

HC 10.973. "Apesar da finalidade ressocializadora das medidas sócio-educativas, não se pode olvidar a realidade brasileira dos centros de recuperação que, como é cediço, não possuem o aparelhamento necessário à recuperação destes menores, servindo, no mais das vezes, para incitar a revolta e a

delinqüência, dadas as condições absolutamente desumanas em que esses menores são obrigados a viver quando internados.

Por tais motivos tem a mesma Corte lembrado também que a manutenção de medida privativa de liberdade de forma desnecessária pode causar prejuízos incorrigíveis aos internos:

HC 8.908. “Percebe-se que o menor desenvolveu comportamento adequado ao retorno ao convívio social, tornando-se prejudicial a manutenção da internação ao lado da influência negativa de menores infratores”.

2.11 Quando o jovem já cumpriu medida mais branda não se justifica a medida de internação

Nos termos do art. 113/100 do ECA a medida sócio-educativa se justifica segundo suas necessidades pedagógicas. Tais necessidades se modificam com o passar do tempo e como a vida corre menos lentamente que os processos (sobretudo na segunda instância), não é incomum ordenar-se internação por conta de fatores pretéritos totalmente superados pelo passar do tempo e pelo natural desenvolvimento do jovem. O caso mais comum se dá quando o jovem cumpre a medida mais branda fixada em primeiro grau e, após, o Tribunal provê recurso ministerial postulando medida mais severa:

HC 9.713. “Se o adolescente, além de trabalhar e estudar, cumprir toda a medida sócio-educativa de liberdade assistida, tendo o relatório técnico da Febem informado não revelar mais tendência infracional e ter condições de convívio social, o fundamento básico do acórdão atacado, gravidade da conduta (tentativa de latrocínio) não tem força bastante para afastar essas constatações, mesmo porque, a internação é medida extrema, cabível quando o caso não comporta outra menos grave. (...) Assim sendo, ante a situação do menor que, além de ter bom comportamento, exercer atividade laborativa e ter convívio familiar, encontrava-se às vésperas da avaliação final, eis que já esgotado o prazo de cumprimento da medida sócio-educativa, parece-nos mais prudente, em atendimento aos fins do Estatuto da Criança e do Adolescente, que seja concedido o *writ* para cassar o acórdão da Corte *a quo*, restabelecendo a decisão monocrática”.

RHC 9.315. “Se o jovem já completou 18 anos e não há notícia da prática de outro ato anti-social, qual a utilidade da internação?”

HC 8.908. “Já se passaram os seis meses estipulados para o cumprimento da liberdade assistida. Tendo o acusado cumprido, efetivamente, a totalidade da medida que lhe foi imposta, não se fala em nova internação”.

O grande precedente desta linha de decisão foi um acórdão do Supremo Tribunal Federal, magistralmente relatado pelo Min. Marco Aurélio: STF, HC 75.629-8/SP. “O paciente foi condenado à medida extrema de internação por haver desejado para si peças de roupa e calçados de outrem e para isso usou

a força. À época, o Juízo asseverou-lhe que, cumpridas as determinações que se lhe impunham, seria 'perdoado'. Deu-se-lhe nova chance, até mesmo em reconhecimento à falibilidade da natureza humana. O jovem redimiu-se perante o tecido social, mostrando boa vontade, apenas dos obstáculos (...). Honrou louvavelmente o ajuste a que se comprometeu. Eis, entretanto, que a outra parte foge-se ao compromisso: as demonstrações de bom comportamento, de lisura, enfim, de plena remissão não foram consideradas suficientes ao rigoroso crivo do órgão revisor que, de uma feita, ignorou todos os esforços do paciente (...). [Nestas condições] mostra-se um contra-senso anuir-se com uma decisão que redunde no agravamento do estado do paciente, resultado indiscutível da convivência com internos contumazes”.

2.12 Outras questões relevantes

2.12.1 Reconhecimento da prescrição

Na linha de se reconhecer o caráter sancionatório, punitivo mesmo, das medidas aplicáveis aos adolescentes infratores, bem como outorgar-lhes os mesmos direitos e garantias estabelecidos na lei penal para os maiores (vide tópico específico acima), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a pretensão sócio-educativa também se sujeita a extinguir-se em decorrência do advento da prescrição:

REsp 241.477. “A medida sócio-educativa, pois, também é punitiva. Mesmo a pena por crime, é sabido e proclamado na lei de execução penal, tem seu lado sócio-educativo: pune-se e tenta-se com a punição reeducar (...). Importante salientar as consequências jurídicas do caso sob análise, se a infração fosse aplicada por adulto imputável, aplicando-se as normas do Código Penal. Se o recorrido fosse imputável menor de vinte e um anos (...) já estaria de longe prescrita a pretensão punitiva do Estado. Destarte, não aplicar o instituto da prescrição ao atos infracionais, injustos fundamentadores da atuação do Estado, significa criar situações bem mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, o que é de todo irrazoável”.

2.12.2 Respeito à coisa julgada que beneficia o adolescente. Medida fixada por tempo determinado de seis meses

Alguns magistrados, ainda que afrontando o art. 121, § 2.º, do ECA, estabelecem medida de internação por prazo determinado. Com razoável frequência depara com sentenças de internação, executadas aqui na capital, aplicando a medida de internação por prazo fixo, sem ressalvas sinalizadoras de que tal prazo de cumprimento seria simplesmente mínimo, reclamando, após seu decurso, a reavaliação do regime. A jurisprudência do Tribunal de Justiça

local reconhece a ilegalidade na determinação de prazo para cumprimento da medida, de forma que, através de *habeas corpus* pode-se facilmente obter ordem para converter a internação em tempo indeterminado. Todavia, tal solução somente beneficia a defesa quando se tratar de prazo mínimo, ou de prazo fixo dilatado (por exemplo, de dois anos). Quando o tempo de cumprimento é mais reduzido, por exemplo, de seis meses, período inferior à media de permanência de um interno na Febem, interessa que a sentença seja cumprida. Mesmo admitindo-se a imprecisão técnica da decisão, o certo é que ela foi proferida, sem apelo ministerial, fazendo coisa julgada. Não obstante, os juízes de execução tendem simplesmente a ignorar coisa julgada, indeferindo sistematicamente pedidos de liberação formulados após o decurso do prazo. O Tribunal de Justiça não corrige a situação, mantendo cativo o jovem. O Superior Tribunal de Justiça, chamado em nosso socorro, não decepcionou:

HC 11.377. “O alegado constrangimento advém do fato de ter sido denegada medida liminar no *mandamus* impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando a imediata soltura da paciente, porque já cumprida a medida interativa, pelo prazo de seis meses, que lhe fora imposta pelo Juiz da Infância e Juventude, mediante sentença transitada em julgado. Evidente o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, visto que a segregação da menor, por tempo superior ao previsto na sentença, representa irreparável dano ao seu direito de locomoção e de convívio normal com seus familiares, não havendo, por outro lado, como ser denegada a ordem, ao final, visto não poder o Tribunal de Justiça afastar o império da coisa julgada, ainda que a internação no caso sob exame devesse, ser por tempo indeterminado, desde que não superior a três anos, e apenas as avaliações serem semestrais. Fixado, contudo, na sentença transitada em julgado que a internação se daria por seis meses – tempo determinado, portanto, sem recurso do Ministério Público, não há como exigir que se prive a paciente de sua liberdade após o decurso de tal tempo”.

2.12.3 Direito ao prazo em dobro pela defensoria

Houve juízes que denegaram, absurdamente, o prazo em dobro outorgado à Defensoria Pública pelo art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/50 e ratificado pela LC 80/94, supondo inaplicável a prerrogativa em feitos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O Superior Tribunal de Justiça também já corrigiu tal violação desta natureza.

REsp 160.749/RS. “Ementa: Recurso especial. Lei 8.069/90. Defensoria Pública. Contagem de prazo. Segundo precedentes, ‘em se tratando de parte representada pela Defensoria Pública, os prazos contam-se em dobro’. (...) Os membros da Defensoria Pública têm direito a contagem do prazo em dobro, inclusive nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e Juventude, *ex vi*, art. 128, I, da LC 80/94”. Nesse sentido é a jurisprudência adotada por esse colendo Superior Tribunal de Justiça. No corpo de acórdão vem transcrita ementa de julgado com idêntico teor: REsp 63.491/DF.

2.12.4 Reabertura do prazo e indispensabilidade da apelação quando o jovem relata desejo de recorrer

Como a sistemática recursal do ECA é do CPC (art. 198, *caput*), onde os prazos, preclusivos, fluem da data em que o advogado toma ciência da decisão, alguns juízes não reabrem novo prazo para apelo quando o jovem, intimado da sentença após o defensor, manifesta seu desejo de recorrer (art. 190, § 2.º, do ECA). Outra vez o STJ trouxe luz sobre a questão, deixando entrever inclusive que, tal como na esfera do processo penal, eventuais razões protocoladas fora do prazo não tornariam intempestivo o recurso interposto pelo próprio adolescente no momento de sua intimação da decisão.

REsp 160.749/RS. “Tendo sido o recorrente intimado da sentença proferida pelo juiz singular, que lhe aplicou medida de internação, e tendo manifestado o seu desejo de recorrer, não lhe pode ser negado o direito de apelar, sob o argumento de que o prazo para interposição do recurso só começa a fluir quando da intimação do defensor e este apresentou as razões recursais fora do prazo legal. Tal entendimento afronta o disposto no art. 190, § 2.º, da Lei 8.069/90, uma vez que torna irrelevante a vontade do adolescente e, por conseguinte, ineficaz a norma que determina seja intimado o menor infrator afim de que este manifeste o seu desejo de recorrer ou não da sentença”.

2.12.5 O prazo de reavaliação máximo conta a partir da internação provisória

Tormentosa questão despontada no cotidiano da execução da medida de internação é quanto ao termo inicial de contagem do prazo de reavaliação da medida. Se para os adultos aproveita-se, para todos os efeitos, o tempo da custódia cautelar no desconto da pena privativa de liberdade, reiteradas decisões têm subtraído dos adolescentes internados esta palmar garantia, em especial para que o tempo de internação provisória se integre na contagem do prazo de reavaliação da medida. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça em recentíssima decisão foi taxativo:

HC 12.596, j. 18.08.2000. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para assegurar ao paciente o direito de ser reavaliado no máximo em seis meses, a partir da sua internação provisória”.

3. Conclusão

Passados dez anos de vigência do ECA, a jurisprudência, em especial aquela sintonizada com os ditames do novo paradigma inaugurado pelo Estatuto, ainda encontra-se em formação. Está-se, em verdade, a construir dia a dia e cabe aos advogados fornecer o material de construção com que os tribunais erguem a

obra. Mais do que simples compilação de julgados o presente texto é um convite. Um convite para que, diante das ilegalidades verificadas em primeiro e segundo grau de jurisdição, não nos resignemos. O bom trabalho de advocacia não estará completado sem que recorramos à Corte de Brasília. Muito possivelmente encontremos ouvidos e amparos para os nossos reclamos no Superior Tribunal de Justiça.