

TESE INSTITUCIONAL 13

Súmula: No processo socioeducativo, ainda que presentes as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a aplicação da medida socioeducativa de internação quando, em situação análoga, no processo-crime, possa ser determinado o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial diverso do fechado. (I Encontro Estadual – 2017)

Proponente: Dr. Francisco Marcelo Freitas Pimentel Ramos Filho

Assunto: Direito da Criança e do Adolescente. Processo socioeducativo. Medida socioeducativa de internação. Proporcionalidade.

Fundamentação jurídica:

O adolescente, em decorrência da sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, deve ser tutelado pelo Estado, pela família e pela sociedade, como determina o caput do art. 227, da Constituição da República.

É também em decorrência do seu desenvolvimento incompleto que o adolescente, penalmente inimputável, não deve receber o mesmo tratamento dado ao adulto imputável, quando da prática de condutas contrárias a lei. Tanto que a própria Constituição estabeleceu, em seu art. 228, que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Ao ser responsabilizado pela prática de ato infracional (conduta descrita como crime ou contravenção penal), podem ser aplicadas ao adolescente as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as quais está a de internação.

A medida de internação é a que apresenta o maior grau de privação de liberdade do adolescente e, diante de sua gravidade (principalmente levando-se em consideração a condição peculiar do adolescente), possui aplicação restrita a casos excepcionais, devendo sua duração ser breve.

A brevidade e a excepcionalidade da medida de internação são reconhecidas: pelas Regras de Pequim (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores), mais especificamente na regra 17.1, “b” e “c”¹, pelas Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade, em sua regra n. 1², pela

¹ b) As restrições à liberdade pessoal do menor são impostas somente depois de um estudo cuidadoso e limitadas ao mínimo possível;

c) A privação da liberdade individual só é imposta se o menor for considerado culpado de um fato grave que implique violência contra outra pessoa ou de reincidência noutros crimes graves e se não existir outra solução adequada.

² Afirma que a reclusão de um jovem em um estabelecimento deve ser feita apenas em último caso e pelo menor espaço de tempo necessário.

Constituição da República, no inc. V, do §3º, de seu art. 227³ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no caput de seu art. 121⁴ e no §2º, de seu art. 122⁵.

Seguindo o mandamento de excepcionalidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina, em seu art. 122, de forma taxativa, as hipóteses de aplicação das medidas de internação, nos seguintes termos:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Não obstante tenha o Estatuto limitado a aplicação da medida de internação, não se mostra suficiente, para sua decretação, a verificação das referidas hipóteses, no caso concreto. Como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, não é suficiente para fundamentar a decretação da internação a simples incidência das hipóteses do art. 122 do Estatuto. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ato infracional equiparado ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da medida socioeducativa de internação, nos termos do art. 122, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, é insuficiente a justificar a medida excepcional a simples alusão ao art. 157 do Código Penal.
2. O consagrado princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição, não é aplicado somente ao denunciado no processo penal, e sim a todo acusado, inclusive ao menor infrator.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. ⁶

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE DA CONDUCTA. EXCEPCIONALIDADE NÃO-CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida mais gravosa é cabível, desde o início, quando há fundamentação adequada a demonstrar a imprescindibilidade da providência cominada à recuperação do adolescente, considerando-se, para tanto, as suas condições pessoais e as circunstâncias do caso concreto.

³ Obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

⁴ A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

⁵ Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

⁶ STJ. 6ª T. Ag.Rg. no HC nº 118009/SP. Rel. Min. Celso Limongi. J. em 26/04/2011.

2. Na hipótese, a segregação do menor foi aplicada em razão da gravidade inerente a infração praticada, sem contudo analisar as peculiaridades do caso concreto, não se verificando a excepcionalidade da situação versada a fim de justificar a providência adotada.
3. Ordem concedida para reformar o aresto impugnado e a decisão de primeiro grau tão-somente no tocante à medida aplicada, determinando-se que outra seja impingida, autorizando-se o paciente a aguardar em liberdade assistida o novo decurso, se por outro motivo não estiver internado.⁷

Para aplicação da medida de internação, portanto, é necessária a análise do caso concreto. E é nessa análise que se deve verificar, obrigatoriamente, a **proporcionalidade** da medida, como preveem as regras 5.1 e 17.1 “a”, das Regras de Pequim e a regra 54 das Diretrizes de Riad (Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência juvenil):

Regras de Pequim

5. Objetivos da Justiça de menores

5.1. O sistema da Justiça de menores deve dar a maior importância ao bem-estar destes e assegurar que qualquer decisão em relação aos Delinquentes juvenis seja **sempre proporcional às circunstâncias especiais tanto dos Delinquentes como do delito.**

17. Princípios relativos ao julgamento e à decisão

17.1. A decisão de qualquer autoridade competente deve basear-se nos seguintes princípios:

- a) **A decisão deve ser sempre proporcional não só às circunstâncias e gravidade da infração, mas também às circunstâncias e necessidades do jovem Delinquente, assim como às necessidades da sociedade;**

Diretrizes de Riad

54 . Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.

Em consequência da necessidade de proporcionalidade na aplicação das medidas socioeducativas, principalmente no que diz respeito às condições de pessoa em desenvolvimento, não se pode reprimir o adolescente de forma mais grave do que o adulto, como fica evidenciado na regra 54 das Diretrizes de Riad.

Assim, ao se aplicar, ao adolescente, a medida mais grave prevista no Estatuto, responsável pelo maior grau de privação de liberdade possível, deve-se verificar, cumulativamente:

- a) a presença de, pelo menos, uma das hipóteses do art. 122, do Estatuto;
- b) a inexistência de qualquer outra medida socioeducativa adequada, mesmo se aplicada em conjunto com medidas protetivas;

⁷ STJ. 5ª T. HC nº 150035/PE. Rel. Min. Jorge Mussi. J. em 19/08/2010.

c) se, em situação análoga, o adulto, processado criminalmente, ao ser condenado, iniciaria o cumprimento de sua pena em regime fechado.

A partir da análise dos dois primeiros requisitos acima listados, seria possível concluir pela viabilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação, no caso de um adolescente primário e confesso, responsabilizado por ato infracional análogo ao crime do art. 157, caput, do Código Penal, na forma tentada, cujo relatório técnico (e demais elementos do processo) tenha sugerido tal medida.

No entanto, um adulto, em situação análoga, em razão da quantidade de pena aplicada, iniciaria seu cumprimento no regime aberto, não experimentando **qualquer privação de liberdade** (principalmente pela inexistência, no Estado, das Casas de Albergado).

Não se mostra proporcional, nem mesmo justo, em condições semelhantes, tratar o adolescente com o mais alto grau de privação de liberdade (equivalente ao regime fechado dos imputáveis), enquanto se trata o imputável de forma consideravelmente mais branda, sem nenhum prejuízo a sua liberdade, mesmo tendo o desenvolvimento mental completo.

Não justifica a desproporcionalidade o fato de se tratar, para um, de medida socioeducativa, com nítido caráter pedagógico, e, para outro, de pena, com caráter punitivo mais evidente.

É inegável que a medida socioeducativa, notadamente, a de internação, carrega um elevado caráter punitivo. Nesse sentido:

Praticada a infração penal, nasce a pretensão punitiva do Estado; cometido o ato infracional, nasce a pretensão educativa. Ambas as pretensões devem ser realizadas após o devido processo legal. A primeira – pretensão punitiva – é enfocada sob o prisma da finalidade da pena, que se divide em retributiva e preventiva. **Sob o ângulo retributivo, representa a efetiva punição, em virtude do mal praticado pelo crime.** Sob a ótica da prevenção, envolve-se um complexo de funções: firmar a atuação do Direito Penal (prevenção geral positiva); estabelecer um instrumento de intimidação à sociedade (prevenção geral negativa); firmar um ponto para a reeducação (prevenção especial positiva); servir de mecanismo para segregação (prevenção especial negativa). A segunda – pretensão educativa – é calcada no prisma da finalidade da medida socioeducativa, que se lastreia na educação ou reeducação do adolescente; **secundariamente, não há como dissociar o aspecto punitivo.**⁸ (grifos nossos).

Além disso, mais notadamente no exemplo citado acima, não se pode dizer que uma privação violenta (eis que involuntária) de liberdade, integral, e que pode durar de seis meses a três anos, seja mais branda do que o cumprimento de uma pena em regime aberto, ainda que por período superior, limitando-se o apenado a comparecer em juízo periodicamente.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2014, p. 469.

Além disso, mais notadamente no exemplo citado acima, não se pode dizer que uma privação violenta (eis que involuntária) de liberdade, integral, e que pode durar de seis meses a três anos, seja mais branda do que o cumprimento de uma pena em regime aberto, ainda que por período superior, limitando-se o apenado a comparecer em juízo periodicamente.

A alta discricionariedade do magistrado, na aplicação de medidas socioeducativas, principalmente se levados em consideração a ausência de qualquer espécie de dosimetria e o poder de se ignorar as sugestões dos relatórios técnicos, não pode ser interpretada de forma a prejudicar o adolescente, conferindo-lhe tratamento mais grave do que o dado ao adulto. Nesse sentido, determina a regra 6.2, das Regras de Pequim, que esse poder discricionário do magistrado seja exercido de forma responsável. Vejamos:

6. Alcance do poder discricionário

6.1. Dadas as diferentes necessidades específicas dos menores e a diversidade de medidas possíveis, deve ser previsto um poder discricionário suficiente em todas as fases do processo e a diferentes níveis da administração da Justiça de menores, designadamente nas fases de instrução, de acusação, de julgamento e de aplicação e seguimento das medidas tomadas.

6.2. Contudo, devem ser feitos esforços no sentido de assegurar que este poder discricionário seja exercido de um modo responsável, em todas as fases do processo e a todos os níveis.

Em conclusão, no processo socioeducativo, ainda que presentes as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é vedada a aplicação de medida socioeducativa de internação, quando, no processo crime, em situação análoga, não se determine ao sentenciado o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado.

Fundamentação fática:

A medida socioeducativa de internação é a mais extrema de todas as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, causando ao adolescente ou ao jovem adulto um trauma irreparável, decorrente de uma terrível experiência de privação violenta de liberdade.

A experiência se torna mais terrível, ainda, no Centro de Socioeducação de Curitiba, onde vários adolescentes aguardam, após sentença, por inúmeros dias, de forma irregular (eis que privados de atividades pedagógicas, educativas, de lazer e, mesmo, de estrutura adequada) vaga em algum Centro de Internação, em decorrência dos altos índices de aplicação da medida de internação.

Não obstante, é notada, na Vara de Adolescentes em Conflito com a Lei de Curitiba, a banalização da medida, seja ignorando-se os relatórios técnicos, a excepcionalidade da internação ou, ainda, a proporcionalidade.

No que diz respeito à última hipótese, percebe-se a aplicação da medida de internação a adolescentes que, se adultos fossem, ao serem julgados e condenados pelas normas do Direito Penal, iniciariam o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, recebendo um tratamento bem menos gravoso.

Para exemplificar, faz-se necessária a apresentação de duas situações reais⁹:

Na primeira delas, um adolescente primário foi responsabilizado pela prática de atos infracionais análogos aos crimes de ameaça (por três vezes), dano (por duas vezes) e lesão corporal leve (por uma vez). Em decorrência de sua responsabilização, foi aplicada a medida socioeducativa de internação.

Tratando-se de processo criminal, um adulto que praticasse as mesmas condutas, ainda que apenado no máximo de cada uma das penas previstas, iniciaria o cumprimento da pena em regime aberto, pois a pena resultante seria de três anos e seis meses.

Em outra situação, notou-se a aplicação de medida de internação a um adolescente primário, que foi responsabilizado por ato infracional análogo ao crime de roubo simples, na modalidade tentada, após ter confirmado, espontaneamente, sua prática.

Um adulto, mesmo fixada a pena-base no máximo legal (dez anos), reduzida, na terceira fase da dosimetria, em razão da tentativa, na fração mínima (um terço), seria condenado à pena final de 6 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto.

Caso a situação fosse análoga à do adolescente, a pena-base certamente seria fixada no mínimo legal, de quatro anos e, ainda com a redução mínima, resultaria na pena final de dois anos e oito meses, a ser cumprida, inicialmente, em regime aberto.

Verifica-se, a partir dos casos acima expostos, que os adolescentes receberam tratamento consideravelmente mais gravoso do que o conferido ao adulto, no processo criminal. Em ambos os casos, os adolescentes receberam o mais alto grau de privação de liberdade, enquanto os adultos seriam apenados no grau mínimo (regime aberto).

Utilizou-se do processo socioeducativo e da ausência de dosimetria como forma de punir, mais gravemente, pessoas que deveriam ter tratamento mais brando, já que em situação de desenvolvimento.

Sugestão de operacionalização:

⁹ Foram omitidos dados pessoais do adolescente e da vítima, bem como data dos fatos e número dos autos, impossibilitando a identificação de pessoas, em razão do segredo de justiça.

Nos processos socioeducativos (processos de conhecimento), deverão os Defensores Públicos observar, principalmente após a conclusão da instrução processual, se um adulto, em situação análoga, iniciaria o cumprimento de pena em regime fechado.

Em sendo negativa a resposta, ainda que na presença das hipóteses dos incisos I e II, do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá se sustentar, nas alegações finais, em item ou capítulo próprio, a impossibilidade de aplicação de medida socioeducativa de internação, deixando de conferir ao adolescente tratamento mais grave do que o dado ao adulto.

Nas análises das sentenças, deparando-se com a desproporcionalidade, deverá ser interposto recurso de apelação, ainda que a o recurso trate, tão somente, da aplicação de medida socioeducativa.

Com a resistência do Tribunal local, a tese deverá ser levada adiante, a partir de recursos especial e/ou extraordinário, com agilidade, evitando-se a perda do objeto do recurso a partir da substituição da medida de internação por outra menos grave.

Nos processos de execução de medida socioeducativa de internação, deverão ser analisadas as sentenças de procedência, por meio do Defensor Público natural ou a partir de mutirões, e, deparando-se com a referida desproporcionalidade, será necessária a interposição de *habeas corpus*, para extinção ou substituição da medida.