

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

NATÁLIA PIFFERO DOS SANTOS

**MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: ANÁLISE DE
JURISPRUDÊNCIA**

Porto Alegre
2011

NATÁLIA PIFFERO DOS SANTOS

**MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO : ANÁLISE DE
JURISPRUDÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre
2011

NATÁLIA PIFFERO DOS SANTOS

**MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO : ANÁLISE DE
JURISPRUDÊNCIA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Departamento de
Ciências Penais como requisito parcial
para obtenção de grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Professor Ricardo Jacobsen Gloeckner

Professora. Roberta Camineiro Baggio

Porto Alegre
2011

“O mais triste de um passarinho
engaiolado é que ele se sente bem”
(Mário Quintana).

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Dr. Salo de Carvalho, que orientou de fato o presente trabalho, mas, em virtude de questões burocráticas, infelizmente não pôde estar presente na banca examinadora.

RESUMO

O presente trabalho trata da medida socioeducativa de internação, que é a resposta estatal privativa de liberdade ao adolescente que pratica ato infracional - conduta tipificada em lei como crime ou contravenção. A pesquisa pretende analisar os fundamentos teóricos contemporâneos justificativos de sua imposição, bem como os critérios utilizados para a escolha da medida extrema. Apesar de a legislação determinar que a sua fixação observe os princípios da brevidade e excepcionalidade, tem-se observado um elevado número de institucionalização de adolescentes, denotando a forma indiscriminada com que os operadores do direito vêm aplicando a medida. A legislação estatutária, apesar de ter uma redação clara, possui termos vagos, abrindo margem para que situações similares sejam tratadas de forma oposta, em virtude do entendimento do órgão julgador responsável pela decisão. Para verificar tal situação, o presente trabalho optou pela realização de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS e no Superior Tribunal de Justiça - STJ. O levantamento abrangeu os acórdãos proferidos em *habeas corpus*, no período de janeiro a abril de 2011, que versavam sobre (i)legalidade da imposição, em sentença condenatória, da medida de internação. A análise dos julgados permitiu perceber que no TJRS, em que a matéria é julgada por duas câmaras cíveis, há uma maior resistência em se estender aos adolescentes as garantias do direito penal e do processo penal, se comparado com o entendimento do STJ.

Palavras-chave: Ato infracional; Responsabilidade Juvenil; Medida Socioeducativa; Internação;

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| | |
| 1. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO | 11 |
| 1.1 SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO JUVENIL | 11 |
| 1.2 NATUREZA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS | 15 |
| 1.3 A CRISE NA INTERPRETAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO ECA..... | 20 |
| 1.4 MEDIDA DE INTERNAÇÃO: ART, 122 E SEGUINTE DO ECA | 23 |
| 1.4.1 Hipótese de cabimento da medida socioeducativa de internação | 26 |
| 1.4.2 Taxatividade das hipóteses do art. 122 do ECA: observância ao princípio da legalidade | 29 |
| | |
| 2.DETALHAMENTO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA REALIZADA | 32 |
| 2.1 DADOS PROCESSUAIS | 36 |
| 2.1.1 Impetrante | 37 |
| 2.1.2 Órgão Julgador..... | 38 |
| 2.1.3 Relator | 38 |
| 2.1.4 Comarca ou Estado de origem..... | 40 |
| 2.1.5 Liminar | 41 |
| 2.1.6 Manifestação ministerial..... | 42 |
| 2.1.7 Mês em que foi julgado..... | 43 |
| 2.1.8 Lapso temporal para decidir o pedido liminar..... | 44 |
| 2.1.9 Lapso temporal para o julgamento de mérito | 45 |
| 2.1.10 Forma como foi proferida a decisão | 46 |
| 2.2 ASPECTOS PESSOAIS | 47 |
| 2.2.1 Prática de outros atos infracionais..... | 47 |
| 2.3 ASPECTOS MERITÓRIOS..... | 48 |
| 2.3.1 Espécie de ato infracional | 48 |
| 2.3.2 Fundamentos da decisão | 49 |
| 2.3.3 Resultado do julgamento..... | 52 |
| | |
| 3. FUNDAMENTOS UTILIZADOS NAS DECISÕES: ANÁLISE DE ACÓRDÃOS PARADIGMAS..... | 54 |
| 3.1 GRAVIDADE DO ATO INFRACIONAL: INTERNAÇÃO NO CASO DE ATO INFRACIONAL PRATICADO SEM VIOLÊNCIA | 54 |
| 3.1.1 Jurisprudência do TJRS | 54 |
| 3.1.2 Jurisprudência do STJ..... | 60 |

| | |
|--|-----------|
| 3.1.3 Internação no caso de menor em risco | 64 |
| 3.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: IMEDIATO CUMPRIMENTO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA IMPOSTA NA SENTENÇA | 70 |
| 3.3 MEDIDA DE INTERNAÇÃO: VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA | 75 |
| | |
| 4. CONCLUSÃO | 79 |
| | |
| 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 81 |

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso é resultado da pesquisa sobre Sistemas Punitivos Contemporâneos: Fundamentação, Aplicação e Execução de Penas e Medidas de Segurança, sob a orientação do Professor Salo de Carvalho, que tem por objetivo analisar os fundamentos teóricos contemporâneos para justificação da imposição de medida socioeducativa de internação, bem como os critérios para a sua fixação.

A internação é uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069/90) como resposta estatal ao adolescente que pratica conduta tipificada como crime ou contravenção pela legislação penal (art. 103 do ECA). As disposições do Estatuto estão em conformidade com as normas jurídicas internacionais sobre o assunto, que são conhecidas como “Doutrina das Nações Unidas dos Direitos das Crianças”¹, que incorporou o paradigma da Proteção Integral.

Por ser medida privativa de liberdade, sua aplicação está condicionada aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à peculiar condição de desenvolvimento do adolescente. No entanto, tem chamado a atenção o número de adolescentes privados de liberdade. Apenas em Porto Alegre, há 79 adolescentes internados provisoriamente, 316 cumprindo medida de internação sem possibilidade de atividades externas (ISPAE), 95 cumprindo medida de internação com possibilidade de atividade externa (ICPAE), além de 25 jovens que tiveram a medida em meio aberto regredida pelo descumprimento².

A idéia de abordar a temática surgiu do trabalho desenvolvido no grupo de Assessoria Jurídica Universitária “G10”, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, que atua voluntariamente na defesa jurídica de adolescentes em conflito com a lei e do qual a autora é participante desde o

¹ Convenção Internacional sobre Direitos da Criança e do Adolescente, Regras de Beijing e Regras Mínimas da ONU para jovens privados de liberdade.

² Relatório feito pela FASE/RS, com dados referentes a novembro de 2011, disponíveis em http://www.fase.rs.gov.br/portal/index.php?menu=biblioteca_viz&cod_biblioteca=9&cat=Popula%E7%E3o+FASE

segundo semestre de 2010³. Nesses três semestres de atuação, foi possível perceber inúmeras violações a direitos e garantias dos adolescentes, perpetradas pelo poder judiciário, com destaque para a aplicação inadequada e indiscriminada da medida socioeducativa de internação.

O presente estudo se justifica em virtude da pouca atenção dada pela academia ao tema. Nas faculdades de direito, quando possuem em seu currículo cadeiras que abranjam o Estatuto da Criança e do Adolescente, estas são eletivas, como é o caso da UFRGS⁴. O desinteresse acadêmico na área pode comprometer a defesa dos direitos destes adolescentes submetidos ao poder (punitivo) socioeducativo estatal.

A hipótese central do trabalho é no sentido de que, apesar do rompimento com o paradigma da “Situação irregular” pela legislação sobre infância e adolescência atualmente vigente, os operadores do direito ainda não assimilaram totalmente a nova ordem jurídica. A “crise na interpretação”, salientada por Mendez⁵, faz com que se aplique as disposições do ECA com a concepção tutelar menorista. O resultado é a aplicação indevida de medidas socioeducativa, principalmente a de internação.

O presente trabalho pretendeu ir além da simples revisão bibliográfica, para analisar de que forma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça vêm julgando a matéria⁶. A pesquisa de jurisprudência foi realizada nos sítios dos respectivos tribunais e compreendeu os julgados proferidos em *habeas corpus* referentes à imposição, em sentença condenatória, de internação, no período de janeiro a abril de 2011.

A comparação dos acórdãos dos tribunais permitiu perceber uma maior propensão do tribunal regional de aplicar medida privativa de liberdade, ainda que com a supressão de alguns direitos dos adolescentes, para o “bem” do

³ O G10 existe formalmente desde o início de 2011. No entanto, a atuação na área do direito (penal) juvenil já era desempenhada antes, por diversos membros do atual G10, em outro grupo de Assessoria Jurídica Universitária (G9) cuja temática é Criança e Adolescente.

⁴ Conforme o currículo do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da UFRGS, disponível em http://www.ufrgs.br/ufrgs/ensino/graduacao/cursos/exibeCurso?cod_curso=310, apenas a cadeira eletiva Infância e Direitos Humanos aborda a temática.

⁵ MENDEZ, Emílio García. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: Ajuris, Esmg, Fesfep – RS: 2000.

⁶ O Supremo Tribunal Federal foi excluído da pesquisa, uma vez que no período compreendido entre janeiro de 2011 a março de 2011, apenas um julgado de *habeas corpus*, referente a ato infracional, foi encontrado. Nesse julgado (HC 10.6509/PE), o STF denegou a ordem, sob o argumento de que o ato infracional foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, sendo idônea a fundamentação que decretou a internação do adolescente.

menor “em situação de risco”. Tal circunstância demonstra a dificuldade dos operadores do direito em conceber a nova lógica proposta pelo Estatuto, em que o adolescente é visto como sujeito de direito, instituindo um sistema de responsabilização juvenil, em que as garantias do devido processo legal devem ser respeitadas.

1. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

1.1 Sistema de responsabilização juvenil

A Constituição de 1988, posteriormente regulamentada pelo ECA, criou um novo modelo jurídico de responsabilização dos adolescentes, rompendo com o paradigma do “menor em situação irregular”. Em substituição, foi incorporado, em nosso ordenamento, a Doutrina da Proteção Integral, fazendo com que o “menor”, passasse de objeto a sujeito de direito.

O art. 227, *caput*, da CRFB, trouxe uma norma de conteúdo afirmativo, que atende o princípio da igualdade material⁷, ao dispor que os direitos das crianças e dos adolescentes possuem prioridade absoluta:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se que com a nova ordem constitucional, o adolescente, assim como a criança, além de passar a ser considerado sujeito de direito, foi priorizado, em virtude do reconhecimento de sua peculiar condição de desenvolvimento. O legislador constitucional optou por separar os direitos das crianças e adolescentes - juntando-os em capítulo próprio, sem excluir os demais direitos que também são assegurados aos adultos -, no intuito de melhor garantir a sua efetivação.

⁷ “A absoluta prioridade é, na essência, a aplicação do princípio da igualdade a desiguais. Aqui reconhece-se a peculiar condição de pessoa com personalidade em desenvolvimento e aplica-se a regra de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Dessa forma, a igualdade será atingida por meio de tratamento desigual, que permite compensar as desigualdades (...) Da mesma forma, estabelece a Constituição Federal e a normativa infraconstitucional: a criança e o adolescente não podem ser tratado com igualdade em relação aos adultos” (SHECAIRA, 2008, p. 46).

Nesse contexto, tem-se o artigo 228 da CRFB, que expressamente garante à pessoa com idade inferior a dezoito anos o direito de não ser responsabilizado penalmente:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Da leitura do dispositivo constitucional, conclui-se não ser possível responsabilizar criminalmente o adolescente. No entanto, isso não significa a irresponsabilidade pela prática de seus atos, apenas que aos menores de 18 anos não é aplicável o sistema de responsabilização dos adultos (sistema penal). O próprio artigo supratranscrito prevê expressamente à sujeição às normas de legislação especial que, no caso, trata-se do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante destacar que essa mudança de paradigma, no que tange ao tratamento dispensado à criança e ao adolescente, não aconteceu no Brasil de forma isolada. Houve a coincidência histórica entre o processo de redemocratização brasileira, que culminou na Constituição de 1988, e a consolidação da “Doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança”⁸.

Saraiva⁹ esclarece que, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente representa marco divisório na questão da infância e da juventude no Brasil, incorporando as normas internacionais sobre o assunto:

Na esteira do texto constitucional (art. 227 da Constituição Federal de 1998, que se antecipou à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e do Adolescente, introduzindo no Brasil a Doutrina da Proteção Integral), o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe uma completa transformação ao tratamento legal da matéria. Em todos os aspectos, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral; em detrimento dos vetustos primados da arcaica Doutrina da Situação Irregular, que presidia o antigo sistema; operou-se uma mudança de referenciais e paradigmas na ação da Política Nacional, com reflexos diretos em todas as áreas, especialmente no plano do trato da questão infracional.

⁸ A doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança e do Adolescente não é composta apenas pelo próprio texto da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela assembléia das Nações Unidas em 1989 e promulgada no Brasil, através do Decreto 99.710/90. Fazem parte desta doutrina também as regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e Juventude (Regras de Beijing), as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade).

⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente o Ato Infracional*. 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

Possível afirmar que o Estatuto da Criança e do Adolescente se constitui na versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança. Foram incorporados definitivamente ao ordenamento jurídico brasileiro os fundamentos da Doutrina das Nações Unidas de Direito da Criança.

O ECA, ao definir, no *caput* de seu art. 2º, o conceito jurídico de criança e de adolescente¹⁰, rompeu com a doutrina da “situação irregular”, que presidia a ordem jurídica anterior e que tratava o “menor” como mero objeto do processo:

No que se refere ao caráter discriminatório que vigorava no próprio texto legal anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a ilustrar a lógica que presidia o revogado Código de Menores, basta lembrar de episódio expresso em um jornal de grande circulação do País que estampava manchete da página policial: ‘Menor assalta criança na frente da escola’. No texto, ‘menor’ era o tratamento dado ao adolescente autor da conduta infracional, enquanto criança, a vítima. Pela Doutrina da Situação irregular, havia duas infâncias no Brasil, uma infância dividida: aquela das crianças e dos adolescentes a quem os direitos eram assegurados, tidos em situação regular e em face dos quais a lei lhes era indiferente; e outra, a dos ‘menores’, objetos da ação da lei, por estarem em situação irregular. Ao romper com esta lógica, cumprindo a Doutrina da Proteção Integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente passa a conceber uma única infância, integrada. Reconhece uma só condição de criança e de adolescente, enquanto destinatário da norma, titular de direitos e de certas obrigações, sujeito de direitos, pessoa e peculiar condição de desenvolvimento, estabelecendo nova referência paradigmática¹¹.

Nesse cenário, Costa¹² refere que o ECA significou considerável avanço no tratamento dispensado à criança e ao adolescente, uma vez que incorporou o princípio da legalidade (art. 103 do ECA¹³). No sistema jurídico anterior, representado pelo revogado Código de Menores de 1979, prevalecia a concepção tutelar¹⁴, dispondo sobre proteção e vigilância de “menores em

¹⁰ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

[...]
¹¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente o Ato Infracional*. 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18.

¹² COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 56-61.

¹³ Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

¹⁴ “A filosofia que inspirou o sistema tutelar tem relação com o positivismo. É o que o delinqüente, em geral, e o menor, em particular, são sujeitos a quem não se pode atribuir uma responsabilidade penal decorrente do livre-arbítrio, são pessoas que infringem a norma não por sua própria vontade, mas por circunstâncias que lhes escapam ao controle. Por isso, a resposta adequada para o cometimento de um delito não será a imposição de sanções, mas

situação irregular”¹⁵. A definição de situação irregular correspondia a todos os menores “privados de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória”¹⁶, independentemente da prática de atos tipificados pela lei penal. Assim, a categoria “menor” era objeto de intervenção estatal sem limites e de maneira discricionária.

A superação da Doutrina da Situação Irregular, com a adoção da Doutrina da Proteção Integral, criou um novo paradigma conceitual e doutrinário, definido por Mendez¹⁷ como de “separação, participação e responsabilização”

O conceito de separação refere-se aqui à clara e necessária distinção, para começar no plano normativo, dos problemas de natureza social daqueles conflitos com as leis penais. O conceito de participação (admiravelmente sintetizado no art.12 da CIDN) refere-se ao direito da criança formar uma opinião e expressá-la livremente em forma progressiva, de acordo com seu grau de maturidade. Porém o caráter progressivo do conceito de participação contém e exige o conceito de responsabilidade, que a partir de determinado momento de maturidade se converte não somente em responsabilidade social pelo contrário, além disso e progressivamente numa responsabilidade de tipo especificamente pena, tal como o estabelecem os arts. 37 e 40 da CIDN.

A terceira etapa é a etapa da responsabilidade penal dos adolescentes que se inaugura na região, com o Estatuto da Criança e o Adolescente (ECA) do Brasil, aprovado em 1990. O ECA do Brasil constitui a primeira inovação substancial latino-americana a respeito do modelo tutelar de 1919. Durante mais de setenta anos, desde 1919 a 1990, as "reformas" às leis de menores constituíram apenas variações da mesma melodia.

sim a aplicação de medidas de caráter diverso, conforme o sujeito (medidas médicas, educativas, de ensino geral, de aprendizagem de habilidades específicas, como o ensino de um ofício, etc.)” (Shecaira, 2008, p. 34-35).

¹⁵ Art. 1º da Lei 6.697/79.

¹⁶ Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

¹⁷ MENDEZ, Emílio García. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: Ajuris, Esmp, Fesfep – RS, 2000, p. 8.

O modelo de responsabilidade penal dos adolescentes constitui uma ruptura profunda, tanto com o modelo tutelar, quanto com o modelo penal indiferenciado, que hoje se expressa exclusivamente na ignorante e cínica proposta de redução da idade na imputabilidade penal.

Por sua parte, o modelo do ECA demonstra que é possível e necessário superar tanto a visão pseudo progressista e falsamente compassiva, de um paternalismo ingênuo de caráter tutelar quanto a visão retrógrada de um retribucionismo hipócrita de mero caráter penal repressivo. O modelo da responsabilidade penal dos adolescentes (de agora em diante RPA) é o modelo da justiça e das garantias.

A responsabilização do adolescente, pela lógica do ECA, diferencia-se da do adulto, pois submete-se a um sistema de apuração próprio, mas isso não significa a irresponsabilidade juvenil. Portanto, conforme pontua Amaral e Silva¹⁸, a doutrina das Nações Unidas, incorporada pelo ECA, entende necessária para a educação da cidadania a conscientização do adolescente de sua responsabilidade social, sendo-lhe assegurado, no entanto, todas as garantias do devido processo legal e respondendo apenas por prática de condutas penalmente tipificadas.

O referido autor¹⁹ esclarece ainda que, no caso do Brasil, a responsabilidade penal juvenil foi fixada aos doze anos. No entanto, como adolescentes e adultos são diferentes, também o deve ser a sua responsabilização:

Não se confundindo imputabilidade e responsabilidade, tem-se que os adolescentes respondem frente ao Estatuto respectivo, porquanto são imputáveis diante daquela lei.

1.2 Natureza das medidas socioeducativas

¹⁸ AMARAL E SILVA. Antônio Fernando de. O estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade Penal. In: Ilanud, ABMP, SEDH, UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006, p.53

¹⁹ Idem, ibidem, p. 56.

Saraiva²⁰ afirma que o ECA, ao incorporar a Doutrina da Proteção integral, estabeleceu três níveis de níveis de proteção:

No nível primário onde se situam as Políticas Públicas gerais relativas à infância e à juventude no âmbito da educação, da saúde, da habitação, etc. (art. 4º do ECA e 227 da Constituição Federal);

No nível secundário onde se listam as chamadas medidas de proteção aplicáveis a crianças e adolescentes em situação de risco social e pessoal (art. 101, do ECA); e

No nível terciário, as medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais e as medidas socioeducativas (art. 112, do ECA).

As medidas socioeducativas constituem o terceiro nível de proteção previsto na legislação estatutária e só são aplicáveis no caso de prática de conduta tipificada como crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA). Assim, possível concluir que são a resposta estatal no caso de prática por adolescente de conduta prevista pela legislação penal como típica. Em decorrência da criação desse sistema próprio de sanções aplicáveis, nasce a discussão acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas.

Conforme salienta Costa²¹, citando Garrido de Paula, alguns autores entendem que as garantias do direito penal não seriam aplicáveis aos adolescentes em situação de conflito com a lei, uma vez que para estes bastaria a aplicação da Doutrina da Proteção Integral. Por esse viés, as medidas socioeducativas não teriam caráter punitivo, mas apenas pedagógico, o que tornaria sem sentido a aplicação de garantias penais, uma vez que os órgãos estatais estariam agindo exclusivamente em benefício do adolescente²².

Por outro lado, há corrente doutrinária que afirma se tratar de responsabilidade penal juvenil, pois o sistema de apuração e retribuição ao ato

²⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. *Desconstituindo o mito da impunidade: Um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002, p. 50-51.

²¹ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79-80

²² “O Direito da Criança e do Adolescente foi buscar no chamado garantismo penal, concepção indicativa do conjunto das garantias materiais e processuais que limitam a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo e que projetam uma intervenção estatal estritamente regrada, inspiração para o estabelecimento de seus pilares que, juntados a outros, especiais, determinaram a criação de algo novo. Isto não o transforma em Direito Penal, vez que suas bases são diversas, seus postulados são distintos, sua esfera de incidência outra. Apenas indica que também objetivou um sistema limitador da arbitrariedade do Estado e de respeito às liberdades individuais que, temperado pelos seus escopos próprios, redundou em algo que se confunde com o Direito Penal, mesmo porque, caracterizado este pela incidência de penas, confrontar-se-ia com a garantia de que menores de dezoito anos de idade são inimputáveis, ficando sujeitos a normas residentes em diploma especial (CF, art. 228)” (GARRIDO DE PAULA, 2006, p. 35).

infracional previsto no ECA nada mais é, conforme esta concepção, do que norma penal especial.

Shecaira²³ refere:

A idéia central é relativamente simples. A norma jurídica se compõe de duas normas: a primária (preceito), que impõe um padrão de conduta social, e a secundária, que estabelece a sanção aplicável para o caso de inobservância da norma primária.

Prossegue o autor, referindo que a medida socioeducativa é “*uma sanção de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta (prática de ato infracional) ao preceito da norma (Direito Penal Juvenil)*”.

Para Amaral e Silva²⁴, trata-se de resposta estatal que restringe direitos, inclusive a liberdade, em virtude da responsabilização do adolescente que praticou o ato delituoso. Assim, independentemente do nome dado pela legislação de regência, tais medidas possuem caráter penal especial, afirmando que “*Essa característica (penal especial) é indesmentível e, em antigas ou novas legislações, não pode ser disfarçada*”. O autor²⁵, todavia, ressalva:

Não defendo a carcerização do sistema sócio-educativo. Muito menos medidas meramente retributivas. Ao contrário, ao invocar o Direito Penal, preconizo a humanização das respostas, as alternativas à privação de liberdade, a descriminalização e a despenalização – o Direito Penal Mínimo.

Semelhante é o entendimento de Nicodemos²⁶, que pondera que as condutas proibidas, contrárias ao interesse social, quando praticadas por adolescentes serão consideradas negativas, sob o “*manto do direito penal*”:

²³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 186-187

²⁴ AMARAL E SILVA, Antônio Fernando de. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade Penal. IN: Ilanud, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.) *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006,, p. 57.

²⁵ Idem, ibidem, p. 49.

²⁶ NICODEMOS, Carlos. A Natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional, In: Ilanud, ABMP, SEDH, UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006, p. 70-77

Dessa maneira, fica evidente que as balizas políticas e jurídicas do Estatuto da Criança e do Adolescente, no que tange ao controle social do ato infracional praticado por adolescente, estão fundadas nos agentes de controle social formal, contemplando estes como um subsistema penal, de características especiais, considerando a condição dos juvenis como pessoas em desenvolvimento humano social e político que necessitam de uma contínua proteção especial.

Na concepção de Santos²⁷, “*As medidas privativas de liberdade (arts. 120 e 121) podem ser qualquer coisa, menos sócio-educativas:*”²⁸. Contudo, Machado²⁹ aponta que a sanção a ser aplicada ao adolescente é distinta da do adulto, por disposição expressa existente tanto na Constituição Federal quanto no ECA:

Se não houver no plano do ordenamento infra-constitucional essa distinção nítida de campos, abre-se a porteira para que o Estado – a exemplo do que ocorria sob o paradigma menorista – implemente mecanismos de controle social de natureza tipicamente penal, disfarçando-os de proteção; e, portanto, necessariamente violando todo o sistema de garantias da cidadania que a humanidade levou séculos para fazer positivar nos ordenamentos.

[...]

Ao assim determinar, a Assembléia Constituinte de 1988 – quando ponderou os valores individuais e sociais conflitantes na específica situação de prática de crime por adolescente – optou pela aposta social na enorme capacidade de auto-transformação que é própria do ser humano em fase de desenvolvimento, impondo prevalência ao aspecto educativo, e mitigando a incidência do valor paz pública (quando comparado ao crime do adulto). Mas sem deixar a paz pública desguarnecida, eis que admitiu expressamente a possibilidade de privação de liberdade, que é o mais grave mecanismo de natureza penal existente nos ordenamentos jurídicos democráticos

A autora³⁰, apesar de diferenciar o sistema de responsabilização penal e o previsto no ECA, ressalva que a sanção imposta ao adolescente, em decorrência da prática de ato tipificado pela lei penal tem por objetivo a “*proteção do interesse da coletividade pela paz pública, na medida em que a*

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.abmp.org.br/textos>. Acesso em 10.11.2011.

²⁸ ROSA afirma que na prática dos Juízos da Infância e Adolescência brasileiros o que se encontra é uma “maternagem sem limites”, uma vez que, com a finalidade pedagógica, a medida socioeducativa fomenta a normatização e a disciplina, no que o autor denomina “McDonaldização das medidas socioeducativas”, por oferecer respostas padrões que desconsideram o sujeito e suas demandas (ROSA, 2007, p. 117).

²⁹ MACHADO, Martha Toledo. Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente In: Ilanud, ABMP, SEDH, UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006, p. 107-109.

³⁰ Idem, ibidem, p. 92.

providência que o Estado aplica ao sujeito é privativa de liberdade ou passível de conversão em privação de liberdade”.

Saraiva³¹, nessa mesma linha, admite o conteúdo pedagógico da medida. Destaca, entretanto, que não há como se negar o conteúdo retributivo, vez que é aplicada ao autor de conduta tipificada em lei penal (ato infracional).

Em contrapartida, Rosa³², sem excluir as garantias de um devido processo legal, rejeita a idéia de aproximação a um “Direito Penal Juvenil”:

Rejeita-se, assim, neste escrito e de plano, a aproximação pretendida pelo Direito Penal Juvenil. É verdade que se argumentará, equivocadamente, que ao se propor o Garantismo Infracional se está se caminhando na mesma direção. Sem razão. Enquanto se mantiver a perspectiva pedagógica – reforma subjetiva do sujeito adolescente – das medidas socioeducativas, nada muda.

Rosa³³ argumenta ainda que as garantias processuais não são decorrentes do Direito Penal, mas da normativa aplicável aos atos infracionais, na Democracia Republicana. Ressalta, ainda, que a medida socioeducativa, numa perspectiva garantista, não pode pretender melhorar nem piorar o adolescente, devendo ser agnóstica: *“Na forma de instrumento democrático, pode-se apresentar alternativas, somente. O resto é ranço lombrosiano”.*

Assim, apesar das discussões existentes, parece evidente o conteúdo retributivo das medidas impostas aos adolescentes, uma vez que podem, ainda que apenas potencialmente, restringir a sua liberdade. Além disso, as medidas previstas no art. 112 – advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional – possuem como referência à própria pena³⁴.

³¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 3 ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006, p. 58.

³² ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. : Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 14-15.

³³ ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 15.

³⁴ “Mas a referência das medidas é sempre a pena. A advertência, materializada por meio da repreensão, da ameaça de sanções mais graves, corresponde a uma punição que encontra parâmetros na admoestação da Suspensão Condicional da Pena (art. 160 da Lei da Execução Penal). A obrigação de reparar o dano tem relação evidente com a prestação pecuniária do art. 45, § 1º, do Código Penal, bem como se assemelha a todas as condicionantes para a concessão de direitos na esfera da suspensão da pena (art. 78, § 2º, do Código Penal) e do Livramento Condicional (art. 83, IV, do Código Penal).

A afirmação do conteúdo penal da medida socioeducativa não visa trazer para o sistema estatutário o que há de pior no sistema punitivo adulto – estado desumano e degradante das prisões no Brasil. Também não se está a sustentar o carácter exclusivamente retributivo das sanções previstas pelo ECA. Ao contrário, o reconhecimento da natureza penal tem como o objetivo a adoção, pelo sistema estatutário, das garantias da legalidade e do devido processo legal, bem como de todos os direitos decorrentes. Nos dizeres de Shecaira:

Preconiza-se a humanização das respostas institucionais, fazendo-se com que a visão dominante entre muitos operadores de direito – deve-se punir para proteger o próprio adolescente – encontre na brevidade e excepcionalidade seus parâmetros.

1.3 A crise na interpretação e implementação do ECA

A resistência em se estender as garantias do processo e do direito penal aos adolescentes é um dos sintomas da dupla crise vivenciada: de implementação e de interpretação do ECA.

A primeira crise diz respeito à diferença entre a política pública previstas no Estatuto e a realidade política e social brasileira, em que jamais chegou a se configurar um estado de bem-estar social³⁵. Nesse aspecto, Saraiva³⁶ destaca que:

A prestação de serviços à comunidade, como medida sócio-educativa, é similar em tudo à modalidade de pena restritiva de direitos de mesmo nome, instituída na maioria das legislações penais de adultos desde os anos 70 na Europa. Foi introduzida no Brasil pela Reforma da Parte Geral de 1984, tendo sido seu alcance alargado pela Lei 9.714/98. A liberdade assistida nada mais é do que o probation da legislação anglo-americana, que encontra parâmetro legal aproximado em nossa suspensão condicional da pena. O regime da semiliberdade é a perspectiva juvenil do sistema progressivo das penas privativas de liberdade, prevista no Código Penal. Por fim, a internação, prevista nos arts. 121 e seguintes da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, é o principal eufemismo para as penas privativas de liberdade dos arts. 33 e seguintes do Código Penal” (SHECAIRA, 2008, p. 188 -189.)

³⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

³⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um ensaio sobre Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002, p. 57.

Ocorre que a ausência de programas de efetivação de medidas socioeducativas e a não satisfação dos três planos de garantia em que se sustenta o ECA geraram uma crise de implementação do sistema, circunstância que põe em cheque toda a proposta do ECA.

O autor prossegue argumentando que associada à crise de implementação, há a crise da não percepção de um Direito Penal Juvenil:

O Estatuto prevê soluções adequadas e efetivas à questão da chamada delinqüência juvenil e o que nos tem faltado é a efetivação destas propostas, seguramente por ausência de decisão política, mas não apenas por isso, também pela inação da sociedade, que parece, em especial em nossos centros urbanos maiores, adormecida, indiferente ao destino de nossas crianças e jovens, prioridade absoluta da Nação brasileira.

Em relação à crise de interpretação Mendez³⁷ afirma:

A crise de interpretação do ECA se vincula hoje muito mais especialmente com as "boas" práticas tutelares compassivas ou, o que dá no mesmo, com a persistência de uma cultura – agora supostamente progressista do messianismo, o subjetivismo e a discricionariedade

Assim, percebe-se que ainda hoje há confusão entre a antiga Doutrina da Situação Irregular e a proposta trazida pela Convenção Internacional de Direitos da Criança. Essa situação acaba confundindo operadores jurídicos e a própria sociedade, fazendo com que seja aberto espaço político para proposições contrárias ao Estatuto, que se sustentam no argumento falacioso de que a legislação atual gera impunidade dos adolescentes³⁸.

Costa³⁹ aponta que o combate ao crime é o ponto de convergência entre políticos, “*preocupados em tranquilizar a classe média e branca*” em face das inseguranças das grandes cidades:

Em síntese, o Direito Penal, assim considerado tem a promessa e a solução para a violência e a criminalidade: a prisão e a pena. Para justificar tal promessa identifica a criminalidade como atributo de uma minoria qualificada como bandidos e marginais. A violência acaba por

³⁷ MENDEZ, Emilio Garcia. *Adolescente e Responsabilidade penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: Ajuris, Esmp, Fesfep –RS, 2000, p. 6.

³⁸ COSTA, Ana Paula Motta. COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p., p. 71.

³⁹ Idem, ibidem, p. 35-38

sustentar um modelo de combate, de guerra contra a criminalidade, vendo o criminoso como inimigo a ser combatido com segregação⁴⁰

Nesse contexto, apesar de o sistema de medidas socioeducativas ser claro, possui lacunas, deixando amplo espaço para a discricionariedade na aplicação e na execução das medidas socioeducativas⁴¹. Mendez⁴², revisitando Ferrajoli, afirma que “*a ausência de regras nunca é tal; a ausência de regras é sempre a regra do mais forte*”.

De fato, as lacunas deixadas pela legislação fazem com que a aplicação e execução das medidas socioeducativas dependam da interpretação dos diversos operadores de direito, os quais estão inseridos na realidade e no contexto social atual⁴³. Tal fato abre brecha para a referida crise de interpretação do ECA, que é assim descrita por Mendez⁴⁴:

A crise de interpretação configura-se, então, como a releitura subjetiva e discricional e corporativa das disposições garantistas do ECA e da Convenção Internacional dos Direitos das Criança. Dito de outra forma, a crise de interpretação configura-se no uso do Código ‘tutelar’ de uma lei como o ECA, claramente baseada no modelo de responsabilidade.

Em outras palavras, a crise de interpretação do ECA está relacionada com a não superação total, por parte dos operadores de direito, do paradigma da “Doutrina da Situação Irregular”, fazendo com que, na prática, em determinadas situações tidas como grave, seja relativizado o princípio da legalidade na aplicação e na execução das medidas socioeducativas.

⁴⁰ No Rio Grande do Sul, é interessante notar os dados que demonstram o perfil do adolescente submetido ao controle estatal. No ano de 2007, 98% dos jovens eram do sexo masculino. 72% possuíam entre 16 e 18 anos, sendo que 58,7% estavam cursando entre a 4ª e a 7ª série. 51% dos adolescentes apresentavam uma defasagem escolar de 04 a 06 anos. Com relação aos atos infracionais que determinaram o ingresso do adolescente no sistema, mais de 66% deles eram análogos a crimes contra o patrimônio, havendo destaque para o delito de roubo, responsável por 53% das internações. Dados disponíveis em http://www.fase.rs.gov.br/arquivos/1190635845Apresentacao_Fase.pdf. Acesso em 23.11.2011.

⁴¹ COSTA, Ana Paula Motta. *op. cit.*, p. 82.

⁴² MENDEZ, Emilio Garcia. *op. cit.*, p. 14.

⁴³ COSTA, analisando a sociedade contemporânea e a criminalização da pobreza, conclui que “*Cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer como produto de predisposições e intenções criminosas. Os pobres, ao invés de fazerem jus aos cuidados de assistência, merecem ódio e condenação. Comportamentos como abuso de álcool, de jogos de azar, de drogas, assim como a vadiagem e a vagabundagem, dependendo de quem os pratica, são objeto de criminalização*” (COSTA, 2005., p. 32).

⁴⁴ MENDEZ, Emilio Garcia. *op. cit.*, p 16.

1.4 Medida de internação: art. 121 e seguintes do ECA

A medida de internação é a mais grave prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo ser comparado, no âmbito penal, com o regime prisional fechado. Pode ser aplicada com ou sem possibilidade de atividades externas, sendo que a restrição deve vir expressa na sentença, conforme disposição do art. 122, § 1º, do ECA.

Por consistir em privação de liberdade de adolescente, a medida deve obedecer aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Da mesma maneira, a “Doutrina das Nações Unidas de Direitos da Criança” prevê a privação de liberdade do adolescente como intervenção de *ultima ratio*⁴⁵.

A brevidade, segundo Saraiva⁴⁶, possui relação direta com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, considerando a capacidade de mutabilidade do adolescente nesta fase da vida⁴⁷. Além disso, o autor aponta para o caráter contagioso inerente a todo espaço de internação coletiva. Fazendo um paralelo com o sistema de saúde, a internação se equipararia a UTI, ou seja, ambos devem estar reservados para os casos realmente graves e serem utilizados pelo menor tempo possível. Assim, verifica-se que a medida de internação é um mal, havendo inclusive o risco de “etiquetamento social”:

Outro risco resultante da alternativa pelo internamento está no reconhecimento do adolescente no lugar de infrator, onde a privação de liberdade no círculo de sua relação acaba por constituir-lo nesse

⁴⁵ “Por ser a mais grave intervenção no destino dos adolescentes infratores, a privação da liberdade deve ser pautada pelos cuidados que três grandes instrumentos internacionais – Convenção Internacional sobre Direitos da Criança e do Adolescente, Regras de Beijing e Regras Mínimas da ONU para jovens privados de liberdade – prevêem quando envolvem o aprisionamento de adolescentes: *ultima ratio* da intervenção, caráter excepcional, menor duração possível. Todos aqueles que são privados de liberdade e reafirma-se, devem ser poucos- só o serão como condição para o cumprimento da medida sócio-educativa. Isto é, a contenção é o meio para que o fim pedagógico seja cumprido”(SHECAIRA, 2008,. p. 205).

⁴⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p.170-171.

⁴⁷ “E para quem acha que 3 anos de internação não é muito, convém lembrar a diferente dimensão subjetiva do tempo para crianças/adolescentes em relação a adultos/idosos, que transforma o limite de 3 anos em algo próximo da eternidade.” (SANTOS, [200?], p. 6).

espaço de reconhecimento, produzindo um deplorável “etiquetamento social”, com seqüelas de superação nada simples⁴⁸.

Desse princípio, também surge a determinação de que a medida de internação seja imposta pelo menor tempo possível, não podendo ultrapassar os três anos, conforme disposição do § 3º do art. 121 do ECA. Ainda a previsão de avaliação periódica da necessidade de manutenção da medida, as quais deverão ocorrer no máximo a cada seis meses⁴⁹.

O Princípio da excepcionalidade, assim como da excepcionalidade, parte do pressuposto de que a internação é um mal⁵⁰, necessário ante a incapacidade do ser humano de desenvolver novas alternativas. Saraiva⁵¹ sinaliza que somente se justifica como mecanismo de defesa social, pois “*não há nada mais falacioso do que o imaginário de que a privação de liberdade poderá representar um bem para o adolescente a que se atribui a prática de uma ação delituosa*”.

Santos⁵² adverte:

A produção social da criminalização se desdobra na consequência ainda mais grave da reprodução social dessa criminalização: quanto maior a reação repressiva, maior a probabilidade de reincidência, de

⁴⁸ SARAIVA, João Batista Costa. *op. cit.*, p. 171.

⁴⁹ “É oportuno abordar acerca da aplicação temporal das medidas socioeducativas, em especial da medida de internação. Como o Estatuto não estabelece penas correspondentes aos atos infracionais praticados, sua aplicação ocorre sempre por tempo indeterminado, estando sempre sujeita à avaliação judicial. Este aspecto pode-se dizer que, em sentido estrito, é contrário ao princípio da legalidade, pois não delimita tempo para execução das sanções aplicadas, nem proporcionalidade entre delitos e penas, estabelecendo apenas alguns delimitadores de tempo. Como por exemplo: tempo máximo para a prestação de serviços à comunidade de seis meses (art. 117 do ECA), tempo mínimo para a liberdade assistida de seis meses (art. 118, § 2º, do ECA), tempo máximo de internação provisória para a conclusão de procedimento de apuração de quarenta e cinco dias (art. 183 do ECA), tempo máximo para a regressão de meio-aberto de noventa dias (art. 122, § 1º, ECA) e tempo máximo para a internação de três anos (art. 121, § 3º do ECA)”. (COSTA, 2005, p. 88-89).

⁵⁰ “Todos nós sabemos dos efeitos nocivos da institucionalização. Infelizmente, as internações determinadas para uma suposta reeducação, continuam sendo realizadas em lugares que atentam, abertamente, não apenas contra o próprio ideal da reeducação, como também contra as formas mais elementares de respeito à dignidade humana”. (BARROSO FILHO, [2000?]). No mesmo sentido: AMARAL E SILVA, Fernando do. “Proteção” – *Pretexto para Controle Social Arbitrário de Adolescentes e a Sobrevivência da “Doutrina da Situação Irregular*”. IN <http://www.abmp.org.br/textos> Acesso em 08.11.2011).

⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e o Ato Infraciona*. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 172.

⁵² SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescentes Infrator e Direitos Humanos*. [200?] Disponível em <http://www.abmp.org.br/textos>. Acesso em 10.11.2011.

modo que sanções aplicadas para reduzir a criminalidade ampliam a reincidência criminal.⁵³

Portanto, nota-se que os princípios da brevidade e da excepcionalidade se complementam, visando obstar a aplicação da medida de internação, reservando-a apenas para os casos que ela se afigura imprescindível, não havendo outra medida adequada.

Em relação ao respeito à peculiar condição de desenvolvimento do adolescente, Shecaira⁵⁴ afirma, referindo-se ao período da Adolescência:

Esse período é turbulento, cheio de transformações hormonais profundas que influenciam a adaptação cultural, tão importante ao processo de inserção social. Mas se ele for marcado pela violência estatal, social, familiar ou comunitária, pouco terá de transição. Aquilo que poderia ser uma espécie de incubadora de um novo ser transformará aquele jovem em um adulto que não passou pela fase de redefinição pessoal. Não se está aqui a defender a não responsabilização do adolescente que delinqüe. Mas é importante que se avalie que nesse período de forma inequívoca, o ser em mudança precisa ser condicionado a um novo nível de percepção de seus atos.

Encarcerar alguém por quase nada significará matar o período em que a concepção da própria existência se forma. Fazê-lo, mais do que criar uma autocrítica em quem infringiu a lei é transformar uma pessoa num adulto infantilizado, sem crítica pessoal, e que certamente terá muito mais chance de reincidir em idade adulta. Não é por outra razão que o reconhecimento da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento significa relativizar as condutas praticadas por adolescentes em conflito com a lei, encarando-os com mais tolerância, o que é essencial à própria interpretação de seus atos [...].

O respeito à condição peculiar de desenvolvimento do adolescente complementa os dois outros princípios, uma vez que impõe que as infrações cometidas por adolescentes sejam encaradas com maior tolerância e, conseqüentemente, a sanção privativa de liberdade seja aplicada apenas em casos extremos. Além disso, esse princípio também rege a execução da medida. Uma vez que o adolescente possui especial condição de desenvolvimento, sua internação deverá ocorrer em local apropriado, em que haja o suprimento de suas demandas.

⁵³ Nesse sentido, “O subjetivismo, segundo o qual (§ 2º do art. 122) “em nenhuma hipótese será aplicada internação, havendo outra medida adequada”, constitui porta aberta ao arbítrio.” (AMARAL E SILVA, [200?]).

⁵⁴SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 163.

1.4.1 Hipóteses de cabimento da medida socioeducativa de internação

Com base nos princípios da brevidade e da excepcionalidade, o Estatuto limitou à possibilidade de aplicação da internação a três hipóteses previstas nos incisos do art. 122 do ECA: a) *tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa*; b) *por reiteração no cometimento de outras infrações graves*; c) *por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta*.

Importante salientar que a simples subsunção da conduta à previsão do art. 122 do ECA não autoriza a determinação de internação. Costa⁵⁵ pontua que o art. 122, § 2º, do ECA⁵⁶, torna praticamente facultativa ao juiz a fixação da medida de internação.

Contudo, Santos⁵⁷ destaca:

As inversões da prática judicial são parte daquela lógica diabólica: a medida de internação – inaplicável se existir outra “medida adequada” (art. 122, §2o) –, torna-se o carro-chefe das medidas “sócio-educativas”, substituindo todas as outras, sem ser substituída por nenhuma, como se as hipóteses de internação (infração com violência, reincidência e descumprimento injustificado de medida anterior, art. 122) fossem suficientes por si mesmas, independente da ausência de outra medida adequada, como exige a lei.

A primeira hipótese prevê que apenas os crimes praticados com violência ou grave ameaça contra a pessoa podem ser sancionados com medida de internação. No entanto, como aponta Costa⁵⁸, o referido dispositivo legal não vincula ao capítulo do Código Penal de crimes contra a pessoa. Há,

⁵⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 87- 88.

⁵⁶ Art. 122 [...]

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

[...]

⁵⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *O adolescentes Infrator e Direitos Humanos*. [200?] Disponível em: <http://www.abmp.org.br/textos>. Acesso em 10.11.2011.

⁵⁸ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

portanto, certa indeterminação quanto às condutas podem ser sancionadas com a medida de internação.

Saraiva⁵⁹ frisa que, sob a ótica de um “rigor garantista”, o ideal seria que a lei tivesse previsto expressamente os tipos penais a que a conduta sancionável com internação se subsume. Contudo, como não foi essa solução adotada pela nossa legislação especial, há de se considerar as elementares do tipo. Necessário, portanto, que a grave ameaça ou a violência contra a pessoa integrem o tipo penal, enquanto elementar típica.

Além disso, não é qualquer violência ou grave ameaça que estará apta a permitir a internação do adolescente. A conduta deve ser análoga a delito grave. Caso, contrário, poderia se afirmar que o crime de lesão corporal leve ensejaria internação de adolescentes. No entanto, essa interpretação parece equivocada. O referido delito, no âmbito penal, é considerado de menor potencial ofensivo, sendo de competência dos Juizados Especiais Criminais, que possuem expressamente o objetivo de aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62 da Lei 9.099/95).

Ora, se para os adultos a própria lei não recomenda a privação de liberdade, com maior razão não se pode internar um adolescente que praticou a mesma conduta, considerando sua especial condição de desenvolvimento. Além disso, como salienta Shecaira⁶⁰:

Observa-se que as brigas entre adolescentes são relativamente comuns nas escolas e na cercanias, e qualquer pessoa de bom senso não proporá a internação nessas hipóteses.

A segunda razão que enseja a privação da liberdade do adolescente corresponde à reiteração no cometimento de outras infrações graves. A legislação é omissa quanto à definição de “reiteração” e de “infração grave”, permitindo que se façam várias leituras das duas expressões, tornando subjetiva sua aplicação⁶¹.

⁵⁹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescentes e Ato Infracional*. 3 ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 174.

⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

⁶¹ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 88.

Saraiva⁶² esclarece que o instituto da reincidência não se confunde com a reiteração, previstas nos incisos II e III do ECA:

A respeito da reiteração, faz-se oportuno destacar que este conceito não se confunde com o de reincidência, que supõe a realização de novo ato infracional após o trânsito em julgado de decisão anterior. Por este entendimento se extrai que reiteração se revela um conceito jurídico de maior abrangência que o de reincidência, alcançando aqueles casos que a doutrina penal define em relação ao imputável como 'tecnicamente primário'.

Consolida-se o entendimento que a configuração de uma ação reiterada supõe a prática de pelo menos três condutas. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo adolescente quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais.

Por ato infracional grave se tem entendido aquele a que a Lei Penal comina pena de reclusão no preceito secundário da norma.

Cumpra-se destacar, porém, que a decisão pelo internamento deverá ocorrer 'em ultima alternativa', como expressamente disposto no § 2º do art. 122, considerando o princípio da excepcionalidade, de caráter norteador do sistema.

O conceito de reiteração é mais amplo do que o conceito de reincidência e de antecedentes, por alcançar situações em que o direito penal consideraria o autor do fato tecnicamente primário. Contudo, só é possível considerar, para efeitos de se caracterizar a reiteração, sentenças condenatórias transitadas em julgado, em observância ao princípio de presunção de inocência.

A última hipótese de internação se caracteriza por ser uma regressão pelo descumprimento reiterado da medida socioeducativa anteriormente imposta, sendo conhecida como "internação-sanção"⁶³: Para este caso, por se tratar de internação instrumental, a legislação prevê um prazo máximo de três meses. Shecaira⁶⁴ refere que não é a substituição da medida anteriormente

⁶² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescentes e Ato Infracional*. 3 ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 175.

⁶³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 212.

⁶⁴ Em sentido contrário, SARAIVA: "A chamada internação-sanção visa a impor ao adolescente a retomar as metas estabelecidas na execução da medida socioeducativa em meio aberto descumprida, de modo que ao Juízo de Execuções se faculta a possibilidade de, diante da disposição do adolescente em retornar a medida anterior, reinseri-lo a qualquer tempo no programa a que estava submetido.

Cumprida em sua integralidade a internação-sanção, em três meses, se deverá ter por extinta a medida socioeducativa anterior cujo descumprimento ensejou a sanção"(SARAIVA, 2006, p. 180).

imposta, uma vez que após ser desinternado o adolescente deverá voltar a cumprir a medida em meio aberto.

O ECA novamente faz referência à “reiteração”, assim um único descumprimento não autoriza a decretação da “internação-sanção”. Além disso, apenas o descumprimento da medida em meio aberto aplicada em virtude de sentença condenatória, pode ensejar a regressão para a medida de internação, sob pena de se privar a liberdade do adolescente sem o devido processo legal⁶⁵.

1.4.2 Taxatividade das hipóteses do art. 122 ECA: observância ao princípio da legalidade

A medida de internação somente é cabível nos casos previstos no art. 122. Assim, a simples gravidade em abstrato da conduta não possui o condão de autorizar a medida extrema de internação.

O legislador elegeu a violência ou grave ameaça contra a pessoa, assim como a reiteração de atos infracionais graves, como critérios para a justificação da medida extrema. No entanto, há crimes considerados pelo sistema penal como hediondos, que prescindem da violência, quais sejam, estupro com violência presumida e tráfico ilícito de entorpecentes.

Em tais casos, como demonstrará a presente pesquisa, há tendência jurisprudencial de aplicar a medida de internação, mesmo inexistindo previsão legal. O argumento é no sentido de que a intenção do legislador seria a de abarcar todas as condutas graves, uma vez que a legislação acerca dos crimes hediondos é posterior ao ECA⁶⁶.

⁶⁵ COSTA afirma: “Portanto, a aplicação da internação sanção, ou regressão, decorrente do descumprimento injustificado de medida em meio-aberto, sendo está aplicada na origem, de forma culminada com a remissão, portanto como resultado de transação entre o adolescente e o representante do Ministério Público, sendo dispensado o devido processo legal, constitui-se em uma das maiores fragilidades contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de um desrespeito ao próprio espírito da Lei, identificado com o princípio da legalidade e suas decorrências” (COSTA, 2005, p. 92).

⁶⁶ SHECAIRA afirma: “Em relação ao tráfico de entorpecentes não ser ato infracional autorizador da internação, a jurisprudência do STJ é pacífica, embora alguns Tribunais de Justiça dos Estados continuem a dizer que o são”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão, 2008, p. 210).

Tal solução não se parece em conformidade com o ordenamento constitucional vigente. Saraiva⁶⁷ argumenta a impossibilidade de se aplicar a internação em caso de crime que não contenha como elementar típica a grave ameaça ou violência contra pessoa, referindo que *“qualquer hipótese nesse sentido será admitir o inadmissível, a analogia em malam partem, insuportável em um Estado Democrático de Direito”*.

Assim, o autor conclui que apenas com alteração legislativa será possível a aplicação de medida de internação em caso de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas, uma vez que o Estatuto atualmente não prevê essa possibilidade.

A doutrina, em matéria penal, assevera que ser possível realizar interpretação extensiva em prejuízo do réu. Zaffaroni refere que, em decorrência do princípio *in dubio pro reo*, *“Em princípio rejeitamos a ‘interpretação extensiva’, se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da lei, porque isso seria analogia”*⁶⁸.

Tal entendimento se aplica no âmbito do ato infracional, uma vez que neste também deve ser respeitado o princípio da legalidade, principalmente quando se está diante de norma que prevê aplicação de medida sancionatória privativa de liberdade.

A negativa de aplicação do princípio da estrita legalidade, admitindo a interpretação extensiva ou analógica do art. 122 do ECA, parte da premissa de que a internação possui conteúdo exclusivamente pedagógico, sendo benéfica ao adolescente. Nessa ótica, são retirados direitos do adolescente para o seu próprio “bem”, valendo-se do princípio do superior interesse do adolescente⁶⁹.

⁶⁷ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescentes e Ato Infracional*. 3 ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 174-175.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, v. 1. Parte Geral*. 7ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 155.

⁶⁹ *“Dado o contexto original em que surgiu este princípio e a indeterminação quanto ao seu conteúdo, muitos estimam que sua utilidade prática é nula ou mínima no contexto atual de reconhecimento de direitos específicos para as crianças e os adolescentes e, em consequência, chegam a manifestar que havia sido preferível não incluí-lo no texto da Convenção. De fato, é fácil encontrar no funcionamento concreto dos chamados sistemas tutelares de menores alusões pseudodoutrinárias a um intangível interesse ou bem-estar do menor, que se invoca como justificção última de todo tipo de decisão”* (SARAIVA, 2006, p. 42).

Esse entendimento subtrai a condição de sujeito em peculiar condição de desenvolvimento, titular de direitos e obrigações⁷⁰.

Nesse contexto, Saraiva⁷¹ argumenta:

A medida socioeducativa adequadamente aplicada será sempre boa, mas somente será sempre boa se o adolescente se fizer sujeito dela. Ou seja, somente será boa se necessária, e somente será necessária quando cabível, e somente cabível nos limites da legalidade, observado o princípio da anterioridade penal.

Costa⁷² lembra que os adolescentes estão sujeitos às normas penais, no que tange a tipicidade de suas condutas. Referindo Jescheck, a doutrinadora afirma:

No entanto, também são orientações decorrentes da legalidade a proibição de analogia e a exclusão da possibilidade de aplicação do direito consuetudinário em prejuízo ao réu, orientações estas que dizem respeito ao processo de interpretação e aplicação das normas e dirigem-se ao juiz

Assim, parece mais acertada a concepção de que o rol trazido pelo art. 122 do ECA é taxativo, em observância ao princípio da estrita legalidade. O princípio do superior interesse do adolescente, atualmente, só pode ser lido no contexto de garantias processuais e penais, sendo utilizado como um limitador da pretensão punitiva estatal⁷³. Adverte Shecaira⁷⁴ que “*Tudo o mais cairá na velha figura do Juiz de Menores que, como ‘bom pai de família’, deverá olhar o que há de melhor para aquele adolescente em conflito com a lei*”.

⁷⁰ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescentes e Ato Infracional*. 3 ed., rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 42.

⁷¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um ensaio sobre Direito (Penal) Juvenil*. Brasília: Saraiva, 2002, p. 70.

⁷² COSTA, Ana Paula Motta. COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72-73.

⁷³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

⁷⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 165.

2. DETALHAMENTO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA REALIZADA

No dia 16 de abril de 2011 foi iniciada pesquisa de jurisprudência, com objetivo de analisar as matérias discutidas em *habeas corpus*⁷⁵, referentes a medida socioeducativa de internação. A intenção da pesquisa não é a de realizar um compêndio de jurisprudência, mas a de promover um estudo acerca do tratamento dado atualmente pelos tribunais selecionados aos adolescentes em conflito com a lei, com foco nos casos de internação, a fim de constatar ou não as divergências na aplicação do Estatuto, salientados pela revisão bibliográfica realizada sobre o tema.

Em um primeiro momento, foi delimitado em que órgãos seria procedida a pesquisa. O critério utilizado para tanto foi o da regionalidade, sendo escolhido o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. No entanto, entendeu-se pela necessidade de comparação das teses adotadas nas decisões do TJRS com os entendimentos acolhidos pelos Tribunais Superiores, razão pela qual também o Superior Tribunal de Justiça – STJ - foi objeto desta pesquisa. Esclarece-se que o Supremo Tribunal Federal foi excluído deste estudo, em virtude da inexpressividade do número de julgados sobre a temática, conforme referido na introdução deste trabalho.

Ainda nessa primeira fase, decidiu-se pela restrição da busca aos julgados realizados nos meses de janeiro a março de 2011, porque se acreditou que o período de três meses era o suficiente para os fins deste trabalho⁷⁶. No entanto, após efetivada a pesquisa, percebeu-se a escassez de julgamentos realizados no mês de janeiro, razão pela qual a busca foi expandida, abrangendo também o mês de abril.

⁷⁵ O *Habeas Corpus* encontra previsão no inciso LXVIII do art. 5º da CRFB: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. “Percebe-se, assim, e de pronto, que o *habeas corpus* é um instituto plasmado na Constituição da República, com a finalidade de proteger a liberdade de locomoção – de ir, vir e permanecer -, de pessoa física”(TUCCI, 2009, p. 345).

⁷⁶ Trata-se de trabalho requisito para a conclusão da graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Assim, uma pesquisa que abrangesse período muito longo, obteria número um grande número de julgados, o que seria incompatível com este tipo de trabalho, que possui, inclusive, limitação de 100 páginas, conforme art. 3º da Resolução COMGRAD nº 2/2004. IN < http://www6.ufrgs.br/direito/?page_id=41 > Acesso em 06.11.2011.

Inicialmente, utilizou-se as palavras-chave “eca”, “ato infracional” e “internação”. Verificou-se que no TJRS, a palavra-chave internação veiculava mais resultados do que as demais. Em contrapartida, no STJ, os números de acórdãos obtidos pelas palavras-chave “eca” e “ato infracional” foram similares⁷⁷. Analisando os resultados obtidos - excluindo-se os acórdãos repetidos, bem como as decisões não proferidas em habeas corpus-, verificou-se que no período de 01/01/2011 a 31/03/2011, os resultados obtidos pelas 03 palavras-chave totalizaram 31 acórdãos (18 decisões provenientes do TJRS e 13 do STJ). No entanto, desse universo, apenas 09 julgados (29,03%) correspondia ao objeto de estudo. Do restante, 04 acórdãos (12,09%) versavam sobre regressão de media socioeducativa, 08 casos (28,82%) questionavam a internação provisória, 05 julgados (16,13%) tratavam da semiliberdade, 03 acórdãos (9,68%) discutiam a prescrição e 02 decisões (6,34%) versavam sobre a insignificância da conduta.

Com base nesses dados, foi possível concluir que todos os resultados que interessavam o presente estudo, puderam ser encontrados com a utilização da palavra-chave “internação”. Assim, resolveu-se expandir a pesquisa para o mês de abril, utilizando apenas esta palavra-chave. Esclarecida a escolha da palavra-chave única, prossegue-se ao detalhamento da pesquisa jurisprudencial realizada.

No sítio do TJRS⁷⁸, com a utilização da ferramenta “pesquisa avançada”, houve a restrição da análise a *Habeas Corpus* julgados pelas Câmaras Cíveis⁷⁹ entre 01/01/2011 a 30/04/2011. Utilizando-se a palavra-chave “internação”, apareceram 22 referências.

O mesmo procedimento foi realizado no sítio do STJ. No entanto, pelo fato de o sítio do STJ não possibilitar a restrição da busca a uma determinada classe processual, foram utilizadas as palavras-chave “habeas corpus” e

⁷⁷ No período inicial da pesquisa, abrangido pelos meses de janeiro a março de 2011, no sítio do TJRS para a palavra-chave “eca”, foram obtidos 05 resultados. Enquanto, para “ato infracional”, foram veiculados 11 resultados. Para “internação”, logrou-se encontrar 15 resultados. Situação semelhante não se encontrou no sítio do STJ. A palavra-chave “eca” foram veiculados 12 resultados. Já para “ato infracional”, foram encontrados 15 resultados. Em contrapartida, para “internação” houve a correspondência de 14 julgados.

⁷⁸<http://www1.tjrs.jus.br/site/>

⁷⁹ A competência para julgar “os recursos e ações em geral oriundos da aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente” é da Sétima e Oitava Câmaras Cíveis (Art. 18, inciso IV, alínea “c” do Regimento Interno do TJRS).

“internação”, sendo encontrados 34 resultados, no período compreendido entre 01/01/2011 a 30/04/2011.

No STJ, foi realizado um primeiro filtro, descartando-se todos os julgados que não foram proferidos em *habeas corpus*. Assim, foram excluídos, em princípio, três agravos regimentais em reclamação e um embargo de declaração em *habeas corpus*, restando 31 julgados para análise.

Foi criado um banco de dados, em que estas 52 decisões foram salvas, sendo separadas em pastas distintas, conforme o órgão julgador, bem como pelo mês em que ocorreu a sessão de julgamento.

Posteriormente, realizou-se novo filtro, agora verificando as matérias discutidas na impetração, uma vez que a presente pesquisa restringe-se à imposição da medida socioeducativa de internação em sentença, conforme previsão dos artigos 122, incisos I e II do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁰. O inciso III do referido dispositivo legal foi excluído deste estudo, por se caracterizar como uma “regressão de regime”. A medida socioeducativa imposta, quando da sentença condenatória, necessariamente foi diversa da de internação, sendo esta somente aplicada após o descumprimento reiterado da medida original.

No TJRS, verificou-se que considerável parte dos julgados (10 acórdãos) debatia a (i)legalidade da internação provisória⁸¹. Além disso, cinco decisões versavam sobre regressão de medida socioeducativa por descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta e uma sobre internação compulsória de imputável. Assim, excluídas estas decisões cuja temática não se enquadravam no presente trabalho, restaram apenas 06 acórdãos selecionados no TJRS.

Em contrapartida, no STJ, verificou-se um maior volume de julgamentos sobre a imposição de medida internação, sendo selecionados para o presente trabalho 18 acórdãos. Os acórdãos descartados discutiam os seguintes temas: (a) cumprimento de medida socioeducativa por pessoas que

⁸⁰ 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.

⁸¹ Para fins desta pesquisa, considerou-se internação provisória toda aquela regulada pelo artigo 108 do ECA, que estabelece que “A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias”.

já atingiu a maioria civil (02 decisões); (b) internação provisória (02 decisões); (c) semiliberdade (03 decisões); (d) regressão de medida socioeducativa, conforme art.122, inciso III, do ECA (01 decisão); (e) medida de segurança aplicada a inimputável ou a semi-imputável (03 decisões); e (f) cumprimento de pena, de acordo com disposições da Lei de Execução Penal (01 decisão).

Assim, após esse segundo filtro, restaram apenas 24 julgados, como objeto de estudo da presente pesquisa. Para armazenar essa seleção final, foi criado novo banco de dados, sendo os acórdãos salvos em pastas, de acordo com o órgão julgador, e subpastas, conforme o mês de julgamento.

Finalizado o referido levantamento jurisprudencial, houve a elaboração de uma tabela, em que as decisões foram organizadas conforme padrões - criados de acordo com dados considerados relevantes para a pesquisa -, os quais consistem em:

- i) número do processo, que indica o cadastramento no respectivo tribunal;
- ii) impetrante do *habeas corpus* (defensor particular ou defensoria pública);
- iii) órgão judiciário responsável pelo julgamento
- iv) nome do magistrado relator do processo;
- v) comarca ou estado de origem do processo, no caso de se tratar de julgado do TJRS ou do STJ, respectivamente;
- vi) apreciação de pedido liminar, no intuito de se verificar se houve ou não o deferimento;
- vii) ocorrência de manifestação do Ministério Público pela concessão ou pela denegação do pedido veiculado na impetração;
- viii) mês em que foi realizada a sessão de julgamento (janeiro, fevereiro, março ou abril);
- ix) tempo decorrido entre a impetração e o julgamento da liminar, tendo sido criado para fins de classificação 04 agrupamentos de julgados, conforme o lapso temporal (mesmo dia; até uma semana; mais de uma a duas semanas; e mais de duas semanas até um mês);

- x) lapso temporal decorrido entre a impetração e a data da sessão de julgamento, sendo os julgados agrupados em 06 grupos classificatórios (até duas semanas; de uma até duas semanas, mais de duas semanas a um mês; mais de um mês a três meses, mais de três meses a seis meses; mais de seis meses a um ano; e mais de um ano);
- xi) forma como foi proferida a decisão definitiva (julgamento colegiado ou monocrático);
- xii) existência de registro de prática infracional diversa pelo mesmo adolescente;
- xiii) a que espécie de delito o ato infracional praticado é análogo (v.g., roubo, furto, homicídio, estupro);
- xiv) fundamento da decisão para conceder ou não a ordem de *habeas corpus*, sendo criada 04 categorias de classificação (questão prejudicial, questão objetiva, questão principiológica e questão subjetiva);
- xv) resultado do julgamento (concessório, denegatório ou sem apreciação de mérito);

Conforme as informações levantadas, foram criadas tabelas, em que os dados coletados foram analisados em relação ao universo da pesquisa. Quanto aos valores percentuais, optou-se por incluir números inteiros e centesimais, procedendo-se o arredondamento para o valor imediatamente superior, conforme a casa dos milésimos fosse igual ou superior a cinco. Assim, somando-se todos os valores percentuais das tabelas é possível não se atingir ou se superar o valor de cem por cento, em virtude de distorções decorrentes do referido arredondamento.

2.1 Dados processuais

Agrupou-se, neste tópico, todos os dados levantados que são referentes ao próprio procedimento da impetração, tais como órgão julgador,

relator, etc. Neste item, também se encontram as informações relativas ao processo em que foi proferida a decisão combatida por meio da impetração.

2.1.1 Impetrante

Nesse ponto, dividiram-se os processos em dois grupos, os impetrados: a) pela defensoria pública e b) por defensor particular. Resolveu-se chamar assim este último, apenas para fins de classificação. Sabe-se que para impetrar um *habeas corpus* a condição de advogado é prescindível. No entanto, pelos sítios dos tribunais, não se tem acesso a essa espécie de dado, razão pela qual todos os *habeas corpus* não oriundos da defensoria pública, desimportando a qualificação de quem de fato os impetrou, estão classificados no segundo grupo.

Em relação a esse quesito, observa-se que apenas um *habeas corpus* julgado pelo TJRS foi impetrado pela defensoria pública, o que corresponde a 16,67% das impetrações nesse tribunal.

| Defesa técnica | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| Defensoria Pública | 01 | 16,67% |
| Defensor particular | 05 | 83,33 |
| Total | 06 | 100 |

Exatamente o oposto ocorre em relação aos julgados do STJ. Dos 18 *habeas corpus* desse tribunal, objeto da análise, apenas 02 foram protocolados por defensor constituído, o que corresponde a 11,11% dos acórdãos decididos pelo referido tribunal.

| Defesa técnica | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| Defensoria Pública | 16 | 88,89% |
| Defensor particular | 02 | 11,11% |
| Total | 18 | 100 |

Assim, no universo da pesquisa, a defesa do paciente foi realizada por particular em 29,17% dos casos.

2.1.2 Órgão julgador

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi responsável por 25% (06 acórdãos) dos julgamentos, objetos da presente pesquisa. Interessante destacar que nesse tribunal, não há câmara especializada, sendo a matéria sobre ato infracional decidida por duas câmaras cíveis (7ª e 8ª Câmaras Cíveis), que também são responsáveis pelo julgamento de causas referentes à matéria de família e sucessões

Verificou-se que não houve uma simetria entre o número de processos julgados por cada um dos órgãos dos tribunais. No caso do TJRS, dos 06 acórdãos, 05 foram julgados pela Sétima Turma Cível, o que representa 83,33% dos processos julgados por este tribunal.

| Órgão julgador | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| 7ª Turma do TJRS | 05 | 83,33% |
| 8ª Turma do TJRS | 01 | 16,67% |
| Total | 6 | 100 |

O STJ, por sua vez, julgou 75% dos acórdãos. Também não possui turma especializada para decidir esta matéria. No entanto, quem julga estas questões neste tribunal são as turmas responsáveis pela matéria penal.

Neste tribunal, houve apenas uma pequena desigualdade, competindo a 5ª Turma o julgamento de 10 dos 18 processos decididos por esse tribunal, o que representa 55,56% dos processos julgados.

| Órgão julgador | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| 5ª Turma do STJ | 10 | 55,56 |
| 6ª Turma do STJ | 08 | 44,44 |
| Total | 18 | 100 |

2.1.3 Relator

No TJRS, quatro desembargadores distintos figuram como relatores, sendo três deles vinculados a Sétima Câmara Cível (Sérgio Fernando de Vasconcello Chaves, Des. André Luiz Planella Villarinho, Jorge Luís Dall’Agnol). Nesse tribunal, não se verifica uma relevante disparidade entre o número de processos relatados, talvez em decorrência do pequeno volume de julgados selecionados nesse órgão. Sérgio Fernando de Vasconcello Chaves e André Luiz Planella Villarinho foram relatores de 02 acórdãos, cada, correspondendo a 33,33% dos julgamentos. Os outros dois relatores foram Andrés Luiz Planella Villarinho e Rui Portanova, que figuraram como relatores em 16,67% (01 processo) dos casos desse tribunal.

| Relator | Nº de processos | % de processos |
|--|------------------------|-----------------------|
| Des. Sérgio Fernando de Vasconcello Chaves | 02 | 33,33 |
| Des. André Luiz Planella Villarinho | 01 | 16,67 |
| Des. Jorge Luís Dall’Agnol | 02 | 33,33 |
| Des. Rui Portanova | 01 | 16,67 |
| Total | 06 | 100 |

Quanto ao magistrado responsável pela relatoria, no STJ já não se verifica paridade na divisão dos processos. A relatoria dos 18 processos competiu a quatro ministros distintos.

Interessante notar que dois ministros se destacavam na relatoria de *habeas corpus* em matéria de medida socioeducativa de internação. Na Sexta Turma, OG Fernandes foi relator de 07 processos, o que corresponde a 38,89% dos processos julgados pelo Tribunal Superior e 87,5% dos processos julgados pela Sexta Turma. Gilson Dipp desempenhou a relatoria de 06 julgados, correspondendo a 33,33% dos acórdãos selecionados nesse tribunal e 60% dos julgamentos proferidos pela Quinta Turma do STJ.

| Relator | Nº de processos | % de processos |
|---------------------|------------------------|-----------------------|
| Min. Napoleão Nunes | 04 | 22,22 |

| | | |
|-----------------------------------|-----------|------------|
| Maia Filho | | |
| Min. Maria Thereza de Assis Moura | 01 | 5,56 |
| Min. OG Fernandes | 07 | 38,89 |
| Min. Gilson Dipp | 06 | 33,33 |
| Total | 18 | 100 |

2.1.4 Comarca ou Estado de origem

Nos processos julgados pelo TJRS, analisou-se a comarca de origem do processo. Nos julgamentos proferidos pelo STJ, no entanto, verificou-se apenas o Estado de origem de cada ação impugnativa.

Em relação ao TJRS, todas as impetrações foram provenientes da Mesorregião metropolitana (municípios de Porto Alegre, Montenegro e Gravataí), como se verifica na tabela abaixo:

| Origem do Processo – TJRS | Nº de processos | % dos processos |
|----------------------------------|------------------------|------------------------|
| Porto Alegre | 03 | 50 |
| Montenegro | 01 | 16,67 |
| Gravataí | 02 | 33,33 |
| Total | 06 | 100 |

No período analisado, das 05 regiões brasileiras, apenas os tribunais de estados da região norte não tiveram suas decisões impugnadas, por meio de habeas corpus, no STJ.

Novamente houve a confirmação das expectativas, tendo a região sudeste (estados de Rio de Janeiro, de São Paulo e de Minas Gerais) sido a responsável pelo maior número de julgados, correspondendo a 55,56% dos processos (10 julgados).

Interessante notar que a Região Centro-Oeste, representada apenas pelo Distrito Federal e Mato Grosso do Sul, deu origem a 27,78% dos processos, sendo expressivo o número de *habeas corpus* cuja decisão combatida proveio do Distrito Federal (04 casos).

A região Sul foi representada exclusivamente pelo Rio Grande do Sul, tendo apenas duas decisões combatidas no STJ. Por fim, a região nordeste (Pernambuco) deu origem a apenas um processo.

| Origem do Processo STJ | Nº de processos | % dos processos |
|-----------------------------------|------------------------|------------------------|
| Distrito Federal | 04 | 22,22 |
| Mato Grosso do Sul | 01 | 5,56 |
| Rio de Janeiro | 01 | 5,56 |
| São Paulo | 07 | 38,89 |
| Minas Gerais | 02 | 11,11 |
| Pernambuco | 01 | 5,56 |
| Rio Grande do Sul | 02 | 11,11 |
| Total | 18 | 100 |

2.1.5 Liminar

Verificou-se ser muito mais expressivo o número de indeferimento (66,67% dos casos) de liminares. Esse dado assume proporções ainda mais significativas no TJRS, em que houve pedido liminar em todos os processos, mas em nenhum houve o seu deferimento.

| Liminar | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| Deferida | 00 | 0 |
| Parcialmente deferida | 00 | 0 |
| Indeferida | 06 | 100 |
| Não houve | 0 | 0 |
| Total | 06 | 100 |

No STJ, a maioria das decisões também foi nesse sentido, no entanto o percentual se limitou a 55,56% dos casos (10 processos). Em contrapartida, a concessão do pedido *in limine*, seja ela parcial ou total, 27,78% dos casos (05 casos).

Não houve apreciação de pedido liminar - seja porque não foi requerido pela defesa, seja porque o processo já se encontrava devidamente instruído para o julgamento definitivo – em apenas 03 casos (16,67% dos processos).

| Liminar | Nº de processos | % de processos |
|-----------------------|------------------------|-----------------------|
| Deferida | 04 | 22,22 |
| Parcialmente deferida | 01 | 5,56 |
| Indeferida | 10 | 55,56 |
| Não houve | 03 | 16,67 |
| Total | 18 | 100 |

2.1.6 Manifestação ministerial

O Ministério Público, na condição de fiscal da Lei, manifestou-se em aproximadamente 95,83% dos julgados analisados. Em apenas 01 processo, oriundo do STJ, não foi mencionada a juntada do parecer ministerial.

É interessante notar que em apenas 02 processos a manifestação ministerial foi pela concessão da ordem. No TJRS, em que apenas uma vez o agente ministerial exarou manifestação favorável ao pleito defensivo, o julgamento da câmara foi em sentido diverso. Nota-se que no TJRS, a manifestação favorável do *parquet* corresponde a 16,67% de todos os julgados desse tribunal (06 processos). Portanto, observou-se que a maioria absoluta das manifestações ministeriais é pela denegação da ordem, correspondendo a 83,33% dos processos julgados no TJRS.

| Manifestação ministerial | Nº de processos | % de processos |
|---------------------------------|------------------------|-----------------------|
| Pelo provimento | 01 | 16,67 |
| Pelo parcial provimento | 00 | 0 |
| Pelo desprovimento | 5 | 83,33 |
| Pelo não conhecimento | 00 | 0 |
| Ausente | 00 | 0 |
| Total | 06 | 100 |

Já no STJ, o único parecer pela concessão da ordem foi acolhido. O percentual de manifestações ministeriais favoráveis à defesa, mesmo se considerarmos o parecer pelo provimento parcial, não supera 11,11% dos processos.

Em contrapartida, o *parquet* exarou opinião contrária ao pleito defensivo em 77,78% dos casos do STJ. A margem de ausência de

manifestação nesse tribunal foi de 5,56% dos acórdãos (01 processo). Igual percentual foi atingido por parecer ministerial pelo não conhecimento da impetração, o qual não foi acolhido pelo STJ.

| Manifestação ministerial | Nº de processos | % de processos |
|---------------------------------|------------------------|-----------------------|
| Pelo provimento | 01 | 5,56 |
| Pelo parcial provimento | 01 | 5,56 |
| Pelo desprovimento | 14 | 77,78 |
| Pelo não conhecimento | 01 | 5,56 |
| Ausente | 01 | 5,56 |
| Total | 18 | 100 |

Assim, considerando ambos os tribunais, é clara a tendência do parecer ministerial pela denegação da ordem, atingindo percentual próximo a 80% dos casos.

2.1.7 Mês em que foi julgado

Após o segundo filtro, em que foram retirados os acórdãos que versavam sobre temática diferente da presente pesquisa, verificou-se que todos os processos que haviam sido julgados em janeiro foram excluídos. Assim, restaram apenas os meses de fevereiro, março e abril.

No TJRS, fevereiro foi o mês em que ocorreram 50% (03 acórdãos) das decisões selecionadas. Em março houve apenas um julgamento, enquanto em abril foram proferidas duas decisões.

Verificou-se, portanto, que nesse tribunal não houve uma grande disparidade entre o número de julgados em cada mês.

| Mês da sessão de julgamento | Nº de processos | % de processos |
|------------------------------------|------------------------|-----------------------|
| Fevereiro | 03 | 50 |
| Março | 01 | 16,67 |
| Abril | 02 | 33,33 |
| Total | 06 | 100% |

O fato de a maior parte dos processos terem sido julgados em abril foi decorrência do volume de decisões proferidas nesse mês pelo STJ.

Enquanto em fevereiro e março o Tribunal Superior julgou dois e três processos, respectivamente, em abril esse número se elevou para treze processos, o que corresponde a 72,22% dos acórdãos selecionados nesse tribunal.

| Mês da sessão de julgamento | Nº de processos | % de processos |
|------------------------------------|------------------------|-----------------------|
| Fevereiro | 02 | 11,11 |
| Março | 03 | 16,67 |
| Abril | 13 | 72,22 |
| Total | 18 | 100% |

2.1.8 Lapso temporal para decidir o pedido liminar

Após realizar um levantamento preliminar, optou-se, no intuito de classificar esse dado, por criar 04 faixas temporais: a) mesmo dia; b) até uma semana; c) mais de uma semana a duas semanas; d) mais de duas semanas a um mês.

Em todos os processos do TJRS, houve decisão sobre o pedido liminar. O tempo decorrido da impetração para a apreciação da liminar, em 100% dos casos (06 casos), foi inferior a uma semana, sendo que em um dos casos houve a apreciação no mesmo dia em que impetrada a ordem.

| Lapso temporal | Nº de presos | % de presos |
|-------------------------------|---------------------|--------------------|
| Mesmo dia | 01 | 4,76 |
| Até uma semana | 05 | 42,86 |
| Mais de uma a duas semanas | 0 | 28,57 |
| Mais de duas semanas a um mês | 0 | 23,81 |
| Total | 06 | 100 |

Foram apreciadas, nos processos em análise, 15 pedidos liminares no STJ. Nesse tribunal, 40% (06 casos) dos pedidos liminares foram apreciados

entre uma e duas semanas da impetração. Até uma semana, foram apreciadas as liminares de 26,67% dos casos (04 processos). Nos demais casos (33,33%), houve o transcurso de mais de duas semanas, não superando no entanto o limite temporal de um mês.

| Lapso temporal | Nº de presos | % de presos |
|-------------------------------|---------------------|--------------------|
| Mesmo dia | 0 | 0 |
| Até uma semana | 04 | 26,67 |
| Mais de uma a duas semanas | 06 | 40 |
| Mais de duas semanas a um mês | 05 | 33,33 |
| Total | 15 | 100 |

Considerando os dados totais, a liminar foi apreciada em tempo inferior a uma semana em mais de 47,62% dos casos. Esse lapso temporal, em processo algum, foi superior a um mês.

2.1.9 Lapso temporal para o julgamento de mérito

Da mesma forma, quanto ao tempo decorrido entre a impetração e o julgamento definitivo, resolveu-se dividir os processos em faixas temporais distintas: a) até duas semanas; b) mais de duas semanas a um mês; c) mais de um mês até três meses; d) mais de três meses a seis meses; e) seis meses a um ano; e e) mais de um ano.

No TJRS, em todos os processos o julgamento definitivo ocorreu em menos de três meses, ficando 83,33% dos casos (cinco processos) na faixa de tempo superior a um mês e inferior a três meses.

| Lapso temporal | Nº de presos | % de presos |
|-------------------------------|---------------------|--------------------|
| Até duas semanas | 0 | 0 |
| Mais de duas semanas a um mês | 01 | 16,67 |
| Mais de um mês até três meses | 05 | 83,33 |
| Mais de três meses a | 0 | 0 |

| | | |
|-----------------------------|-----------|------------|
| seis meses | | |
| Mais de seis meses a um ano | 0 | 0 |
| Mais de um ano | 0 | 0 |
| Total | 06 | 100 |

Por outro lado, no STJ, o mesmo percentual de casos (83,33%) foram julgados em tempo superior a três meses, correspondendo a 15 processos. Nenhum processo nesse tribunal obteve seu julgamento em menos de um mês. Em contrapartida, em um caso, a turma levou mais de um ano para julgar o mérito da impetração.

| Lapso temporal | Nº de presos | % de presos |
|---------------------------------|---------------------|--------------------|
| Até duas semanas | 0 | 0 |
| Mais de duas semanas a um mês | 0 | 0 |
| Mais de um mês até três meses | 03 | 16,67 |
| Mais de três meses a seis meses | 07 | 38,89 |
| Mais de seis meses a um ano | 07 | 38,89 |
| Mais de um ano | 01 | 5,56 |
| Total | 18 | 100 |

Interessante notar que em ambos os tribunais, não houve julgamento definitivo antes de transcorrido pelo menos duas semanas da impetração.

2.1.10 Forma como foi proferida a decisão

Nesse tópico, investigou-se se a decisão foi proferida de forma colegiada ou monocrática. No entanto, após o levantamento destes dados, percebeu-se que apenas no TJRS houve uma decisão definitiva da impetração proferida de forma monocrática, correspondendo a 16,67% dos julgados do tribunal regional e a apenas 4,17% de todos os acórdãos selecionados.

2.2 Aspectos pessoais

Nesse ponto, foram considerados os dados relativos à vida pregressa do adolescente. No entanto, a única informação que permitiu a realização deste levantamento quantitativo foi a atinente à prática de outros atos infracionais.

2.2.1 Prática de outros atos infracionais

Os acórdãos, tanto no TJRS quanto no STJ, não fazem distinção entre maus antecedentes⁸², reincidência⁸³ e prática posterior de novo ato infracional, apenas referindo a existência de outros processos para apuração de ato infracional instaurados contra o mesmo adolescente.

No TJRS, dos seis acórdãos selecionados, quatro não mencionaram a (in)existência de prática de outros atos infracionais, correspondendo a expressivos 66,67% dos casos. Portanto, em duas oportunidades houve referência a esse dado, sendo que em uma delas foi ressaltada a primariedade do adolescente.

| Prática de outros atos infracionais | Nº de casos | % dos casos |
|--|--------------------|--------------------|
| Sim | 01 | 16,67 |
| Não | 01 | 16,67 |
| Não menciona | 04 | 66,67 |
| Total | 06 | 100 |

De outra banda, no STJ, em 13 processos houve referência à prática infracional anterior pelo adolescente, representando expressivos 72,22% do

⁸² Pré-existência de condenação transitada em julgado, por outra prática de ato tipificado pela lei penal, que não caracteriza a reincidência. Nesse sentido: “Com efeito, sob o império de uma nova ordem constitucional e ‘constitucionalizando o Direito Penal’, somente podem ser valorados como ‘maus antecedentes’ decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes”(BITTENCOURT, 2009, p. 178).

⁸³ Art. 63 do Código Penal Brasileiro: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”

total de acórdãos selecionados desse tribunal (18 processos). Três processos nesse tribunal são omissos quanto a este aspecto, os quais correspondem a 16,67% dos julgamentos selecionados no Tribunal Superior. Assim, em apenas dois acórdãos proferidos nesse tribunal foi feita referência à inexistência de prática infracional pelo paciente (11,11% dos casos).

| Prática de outros atos infracionais | Nº de casos | % dos casos |
|--|--------------------|--------------------|
| Sim | 13 | 72,22 |
| Não | 2 | 11,11 |
| Não menciona | 03 | 16,67 |
| Total | 18 | 100 |

2.3 Aspectos meritórios

Agrupou-se todos os dados levantados, que fizeram referência à espécie de ato infracional e ao julgamento do *habeas corpus*.

2.3.1 Espécie do ato infracional

Quanto à espécie de delito, em que pese fazerem parte da presente pesquisa apenas 24 julgados, o número total foi superior, uma vez que em alguns processos o adolescente havia praticado diversos fatos, correspondentes a mais de um ato infracional. Quanto a esse dado, só foi computado mais de um delito por processo, quando se verificou a prática de infrações análogas a delitos diversos.

Confirmando as expectativas, a maior incidência foi de prática de ato infracional análogo a delito contra patrimônio (roubo, furto e receptação), que representou quase metade (46,42%) dos casos.

Também foi expressivo o número de infrações que envolvem substâncias entorpecentes (posse de drogas para consumo próprio, tráfico

ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas). Ao total, foram 12 imputações, equivalentes a 42,85% dos casos.

Atos infracionais contra a dignidade sexual (estupro) foram responsáveis por 3,7% dos casos (01 fatos), mesmo percentual atingido pelo porte ilegal de armas.

Nos julgados proferidos pelo TJRS, os delitos contra o patrimônio (roubo) e os delitos relacionados a drogas (tráfico e associação) corresponderam a 42,86% dos julgados, cada.

| Delito | Nº de casos | % dos casos |
|---------------------------|--------------------|--------------------|
| Roubo | 03 | 42,86 |
| Furto | 0 | 0 |
| Receptação | 0 | 0 |
| Uso de drogas | 0 | 0 |
| Tráfico de Drogas | 2 | 28,57 |
| Associação para o tráfico | 1 | 14,29 |
| Porte de arma | 0 | 0 |
| Estupro | 1 | 14,29 |
| Sem dados | 0 | 0 |
| Total | 07 | 100 |

No STJ, também houve paridade entre o número de delitos contra o patrimônio (roubo, receptação e furto) e crimes associados a drogas (tráfico, associação e posse para uso).

| Delito | Nº de casos | % dos casos |
|---------------------------|--------------------|--------------------|
| Roubo | 06 | 28,57 |
| Furto | 03 | 14,29 |
| Receptação | 01 | 4,76 |
| Uso de drogas | 01 | 4,76 |
| Tráfico de Drogas | 07 | 33,33 |
| Associação para o tráfico | 01 | 4,76 |
| Porte de arma | 02 | 9,52 |
| Estupro | 0 | 0 |
| Sem dados | 0 | 0 |
| Total | 21 | 100 |

2.3.2 Fundamentos da decisão

Nesse aspecto, analisou-se os fundamentos de todos os julgados selecionados. Foi possível perceber alguns padrões de fundamentação, o que permitiu que fossem criadas algumas categorias classificatórias.

Os fundamentos foram classificados por esta pesquisa da seguinte maneira:

- i) Questões Prejudiciais, quando a decisão entendeu ter ocorrido fato superveniente prejudicial à apreciação do mérito da impetração, bem como não ser adequada a via eleita;
- ii) Questões objetivas, em que foram classificadas as fundamentações sedimentadas nas circunstâncias do ato infracional perpetrado e na (in)existência de previsão legal;
- iii) Questões principiológicas, em que foram colocadas as decisões cujos fundamentos se basearam em princípios, tanto do Estatuto de Criança e do Adolescente como da Constituição da República Federativa do Brasil;
- iv) Questões subjetivas, considerando assim os julgamentos em que as circunstâncias pessoais do adolescente foram levadas em conta;

Observou-se que em algumas decisões, os magistrados se utilizaram de até três fundamentos distintos, para embasar a decisão. Assim, o número de fundamentos encontrados supera em mais de 75% a quantidade de acórdãos selecionados nessa pesquisa.

Esclarece-se que no TJRS, a categoria “questões objetivas” foi representada apenas pelo argumento calcado na gravidade em abstrato do ato infracional praticado.

| Fundamento | Nº de julgados⁸⁴ | % de julgados⁸⁵ | Nº de fundamentos | % de fundamentos⁸⁶ |
|-------------------|------------------------------------|-----------------------------------|--------------------------|--------------------------------------|
|-------------------|------------------------------------|-----------------------------------|--------------------------|--------------------------------------|

⁸⁴ Foi levado em conta o número de julgados em que a referida fundamentação foi utilizada.

⁸⁵ Para encontrar o percentual de cada fundamentação em relação ao número de julgados, considerou-se o número total de acórdãos selecionados por esta pesquisa (06 julgados no

| | | | | |
|---------------------------|-----------|---------------|-----------|------------|
| Questões prejudiciais | 03 | 50 | 03 | 37,5 |
| Questões objetivas | 02 | 33,33 | 02 | 25 |
| Questões principiológicas | 02 | 33,33 | 02 | 25 |
| Questões subjetivas | 01 | 16,67 | 01 | 12,5 |
| Total | 06 | 133,33 | 08 | 100 |

Em contrapartida, no STJ, quando invocada a gravidade do delito, sempre servia como reforço ao argumento de (in)existência de previsão legal.

| Fundamento | Nº de julgados | % de julgados | Nº de fundamentos | % de fundamentos |
|---------------------------|-----------------------|----------------------|--------------------------|-------------------------|
| Questões prejudiciais | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Questões objetivas | 18 | 100 | 18 | 52,94 |
| Questões principiológicas | 10 | 55,56 | 10 | 29,41 |
| Questões subjetivas | 06 | 33,33 | 06 | 17,65 |
| Total | 18 | 188,89 | 34 | 100 |

Verificou-se, assim, a importância das questões objetivas nas decisões dos tribunais, tendo aparecido como fundamento em todos os julgados proferidos pelo STJ e em 33,33% dos acórdãos selecionados no TJRS.

TJRS e 18 no STJ). No entanto, como já esclarecido, em algumas decisões foram utilizados mais de um argumento, razão pela qual o número de fundamentos ultrapassa o de julgamentos.

⁸⁶ Nesta coluna, verificou-se a proporção entre o número de aparições de determinados fundamentos, em relação ao total de argumentos encontrados.

Também foi significativo o número de decisões embasadas nos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente os da excepcionalidade e da proteção integral, figurando como fundamentação de metade das decisões selecionadas neste trabalho.

Interessante destacar que as circunstâncias pessoais jamais foram utilizadas de forma isolada, corroborando a convicção do magistrado que já estava baseada em outro fundamento aqui classificado como objetivo.

Por fim, todas as questões prejudiciais foram invocadas apenas pelo TJRS, representando uma significativa ocorrência naquele tribunal, pois presente em 50% das decisões.

2.3.3 Resultado do julgamento.

Na maioria dos julgados (54,17%), a ordem foi denegada. Esse percentual foi ainda maior, quando consideramos o TJRS de forma isolada. Em 05 processos o tribunal denegou a ordem, o que representa 83,33% dos casos selecionados nesse tribunal. Esse valor ficou ainda mais expressivo quando atentamos ao fato de que no outro acórdão houve a extinção do processo sem julgamento de mérito, por haver recurso de apelação, pendente de julgamento, que versava sobre a mesma matéria. Dessa forma, notou-se que em nenhum julgado o pleito defensivo foi acolhido.

| Resultado do julgamento | Nº de casos | % dos casos |
|-----------------------------------|--------------------|--------------------|
| Extinção sem julgamento de mérito | 01 | 16,67 |
| Concessão da ordem | 0 | 0 |
| Concessão parcial da ordem | 00 | 0 |
| Denegação da ordem | 05 | 83,33 |
| Total | 06 | 100 |

Em contrapartida, a presente pesquisa encontrou situação diversa no STJ. Em 50% dos julgados analisados nesse tribunal, a decisão concedeu o

habeas corpus. Se considerarmos as concessões parciais do *writ*, o percentual de acórdãos que acolheram pleitos defensivos, atingiu 50% dos casos julgados no Tribunal Superior.

| Resultado do julgamento | Nº de casos | % dos casos |
|-----------------------------------|--------------------|--------------------|
| Extinção sem julgamento de mérito | 0 | 0 |
| Concessão da ordem | 06 | 33,33 |
| Concessão parcial da ordem | 03 | 16,67 |
| Denegação da ordem | 09 | 50 |
| Total | 18 | 100 |

3. FUNDAMENTOS UTILIZADOS NAS DECISÕES: ANÁLISE DE ACÓRDÃOS PARADIGMAS

Com o intuito de reforçar o cenário esboçado pelo levantamento dos dados quantitativos, optou-se por selecionar acórdãos, os quais serão chamados de paradigmas, analisando-os detalhadamente. Essa escolha se deu com base na relevância da fundamentação da decisão, na tentativa de escolher aquelas representativas de uma das categorias de fundamentos: a) questões prejudiciais; b) questões objetivas; c) questões principiológica e d) questões subjetivas⁸⁷. No entanto, em relação às questões prejudiciais, por não haver o enfrentamento da matéria atinente ao presente estudo (medida socioeducativa de internação), preferiu-se não selecionar nenhum julgado representativo.

3.1 Gravidade do ato infracional: internação no caso de ato infracional praticado sem violência

Relevante o número de acórdãos em que se discutiu a possibilidade de aplicação de medida de internação pela prática de ato infracional análogo a delito grave, principalmente quando este é considerado hediondo, ainda que não praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Foi possível perceber uma diferença no entendimento acolhido pelos dois tribunais objetos da pesquisa.

3.1.1 jurisprudência do TJRS

⁸⁷ Item “b” do ponto 2.3 deste trabalho.

Neste momento, passa-se a analisar o acórdão exemplificativo da tendência jurisprudencial do TJRS:

HABEAS CORPUS. ECA. INTERNAÇÃO. SENTENÇA. ILEGALIDADE INEXISTENTE. 1. Imperiosa a denegação da ordem de habeas corpus quando inexistente qualquer ilegalidade na privação de liberdade do adolescente, pois decorre de sentença com trânsito em julgado, tendo **em mira a gravidade do ato infracional praticado**. 2. Considerando que a autoria e a materialidade do ato infracional estão devidamente comprovadas, não há que se falar em ilegalidade na medida socioeducativa de internação aplicada ao paciente, pois em consonância com o previsto no artigo 122 do ECA. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº **70040905887**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 23/02/2011) – grifos.

A ementa supratranscrita é genérica, permitindo que se infira da sua leitura apenas o fundamento da gravidade em abstrato do delito. Ainda, referiu de forma vaga que se trata de hipótese prevista no art. 122 do ECA, não especificando em qual(is) dos incisos o caso se subsume. Assim, é necessária a leitura do inteiro teor do acórdão, para que se apreenda as especificidades do julgado:

[...]

Com efeito, tenho, pois, que é imperiosa a denegação do writ quando resta claro inexistir qualquer ilegalidade na determinação judicial hostilizada, pois o infrator recebeu a medida socioeducativa de internação, que, conforme leciona WILSON DONIZETI LIBERATI (in “Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente”, 3ª ed., Malheiros Editores, pág. 90/91), essa medida *“tem seu parâmetro na legislação penal correspondente ao regime fechado, que é destinado aos condenados considerados perigosos e que tenham praticado crimes punidos com pena de reclusão superior a oito anos (CP, art. 33, §2º, a)”*.

Diz o ilustre jurista que, *“ao especificar o referido regime, o Código Penal determina que a execução imposta será em estabelecimento de segurança máxima ou média. Portanto, conclui-se que a internação, como medida socioeducativa de privação de liberdade, deve ser cumprida em estabelecimento que adote o regime fechado.”*

Com efeito, sendo da maior gravidade o fato delituoso praticado pelo infrator, que está tipificado nos art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e considerando que a autoria e a materialidade do ato infracional estão devidamente comprovadas, conforme se vê a fl. 36, 54/56 e 235/240, não há falar em ilegalidade na medida socioeducativa de internação aplicada ao paciente, pois em consonância com o previsto no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que o jovem reitera em prática infracional grave. Dessa forma, está bastante claro que incorre qualquer ilegalidade no fato do jovem permanecer internado sem atividades externas.

No caso, a defesa impetrou o presente *habeas corpus* alegando que o ato infracional praticado pelo adolescente (tráfico de drogas) não comportaria a medida de internação, pois não havia sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Referiu que o cumprimento de medida socioeducativa no ano de 2006, em virtude de outro episódio infracional, caracterizava reincidência, mas não teria aptidão de configurar reiteração, nos termos do art. 122, inciso II, do ECA.

Acolhendo o parecer ministerial, os julgadores denegaram a ordem. Os fundamentos que orientaram o presente julgado giraram em torno de três vértices: (a) gravidade em abstrato da infração; (b) aspectos pessoais do adolescente; e (c) aproximação da medida socioeducativa de internação com o regime prisional fechado.

O primeiro argumento justificou a medida de internação na gravidade em abstrato do ato infracional praticado. Em que pese não ter havido violência ou grave ameaça à pessoa, o crime correspondente ao ato infracional é equiparado a hediondo, conforme dispõe o art. 5º, inciso XLIII, da CRFB⁸⁸.

No entanto, essa hipótese não está enquadrada em algum dos incisos do art. 122⁸⁹ do ECA, que trazem o rol dos casos em que a medida socioeducativa de internação é cabível.

Assim, é possível notar que a decisão faz interpretação extensiva do art. 122, para abranger aquelas situações em que a conduta, pela legislação penal, é regradada pelas normas da Lei nº 8.038/90 (Crimes Hediondos). Contudo, o referido dispositivo do ECA regula hipóteses de privação de liberdade do adolescente, ou seja, situações em que se permite a restrição de direito fundamental previsto constitucionalmente⁹⁰. Além disso, a medida socioeducativa de internação se aproxima da pena de reclusão em regime fechado existente no sistema penal, conforme admitido no próprio voto.

⁸⁸ “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Art. 5º, *caput*, da CRFB.

Conforme já visto⁹¹, não é possível, em prejuízo ao acusado –seja ele adolescente ou adulto –, conferir interpretação à lei além do que permite a redação do dispositivo. Em observância ao princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CRFB), do qual decorrem tanto a reserva legal quanto a taxatividade, só é possível aplicar penas conforme previsão de lei, em sentido estrito. Sequer os princípios podem ser utilizados de maneira a criar novas hipóteses sancionatórias, não prevista em lei. Conforme alerta SHECAIRA, o arbítrio na escolha de critérios interpretativos pode resultar na prática na negação do princípio da legalidade⁹².

O segundo eixo de argumentação, refere-se a questões pessoais do adolescente. A decisão mencionou a existência de práticas infracionais anteriores, justificando a internação no inciso II do art. 122 do ECA. No entanto, tal circunstancia é apenas citada no final do acórdão, a fim de corroborar a fundamentação já exposta quanto à gravidade do delito praticado.

Importa lembrar que o conceito de reiteração não se confunde com o de reincidência ou o de antecedentes criminais. Não há definição do instituto na Lei Especial, contudo, conforme Saraiva⁹³, “*consolida-se o entendimento de que a configuração de uma ação reiterada supõe a prática de pelo menos três condutas*”.

Assim, o conceito de reiteração não é pré-fixado pela legislação, sendo necessário que se explicita o motivo pelo qual se entendeu estar configurada a reiteração, a fim de que se permita às partes, assim como à sociedade em geral, desempenhar controle sobre a fundamentação⁹⁴, inclusive com a sua eventual impugnação. Portanto, no presente caso, quanto ao aspecto da reiteração é possível se vislumbrar carência de fundamentação no julgado.

⁹¹ Ponto 1.4.2 deste trabalho.

⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.140-143.

⁹³ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 3ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 175

⁹⁴ Nesse sentido, GOMES FILHO, referindo que a figura do juiz iluminista, que era a “Boca da Lei” deu lugar a um juiz com função de importante ator político, pois de fato cria o direito, ao suprimir lacunas legislativa, resolver antinomias e criar a lei. “*Nessa ótica, como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito do próprio processo para situar-se no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função judiciária*” (GOMES FILHO, 2009, p.59-60)

Saliente-se, ainda, no ponto que o argumento de que o adolescente praticou atos infracionais pretéritos, a fim de justificar a sua internação, nos remete ao conceito de meta-regras:

Com efeito, a lingüística contemporânea faz distinção entre *langue* e *parole* no sentido de que a primeira é objetiva e geral e pode ser encontrada em um livro gramatical ou no dicionário. Porém, a *parole* é a língua falada nas ruas, de maneira prática e concreta. De forma análoga, especialmente Fritz Sack desenvolveu assunto voltado para a criminologia, afirmando que ao lado das regras jurídicas que pretendem regular comportamentos, existe um conjunto de regras de interpretação e de aplicação das regras gerais ou meta-regras. Portanto, as meta-regras consistem em regras sociais objetivas da sociedade e que estão ligadas a estruturas objetivas e baseadas sobre relações de poder. As meta-regras apresentam um aspecto objetivo (pois são baseadas em estruturas comportamentais da sociedade) e um aspecto subjetivo (pois constituem mecanismos psíquicos e atitudes subjetivas que atuam na mente do intérprete)⁹⁵.

Assim, o adolescente que já possui alguma passagem anterior por prática de ato infracional fica estigmatizado pelo próprio sistema. O ato infracional - que deveria ser o objeto de julgamento e não o sujeito que o praticou - pode não ser apto a ensejar a medida extrema de internação. Entretanto, em virtude da reiteração, a privação de liberdade se justifica. Fica claro, nesse âmbito, que o jovem que já foi processado por ato infracional é visto como alguém inferior, precisando de ajuda, razão pela qual, nessa ótica, seria necessária a institucionalização deste jovem.

No presente caso, essa situação fica ainda mais manifesta. Conforme se depreendeu das razões da defesa, o adolescente apresentava apenas uma condenação anterior que, conforme já referido, não caracteriza reiteração na ótica do entendimento majoritário. Tal circunstância evidenciou o prejuízo causado principalmente à defesa. Como já salientado, o acórdão se omite em esclarecer por que entendeu caracterizada a hipótese do inciso II do art. 122 do ECA. A fundamentação clara e completa é essencial ao exercício da ampla defesa, inclusive, por permitir a interposição de eventuais recursos aos tribunais superiores, que exigem o prequestionamento da matéria.

⁹⁵ BACILA, Carlos Roberto. Reescrevendo a História do Direito Penal a Partir dos Estigmas: Roteiro de uma tese. IN: *Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 4, Unibrazil: Curitiba, 2008, p. 08. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/165/120>. Acesso 15.11.2011.

De outra banda, o terceiro fundamento girou em torno da comparação da medida socioeducativa de internação com o regime fechado no âmbito penal. A decisão citou doutrina de Wilson Donizeti Liberati, sustentando o entendimento explicitado pelo Relator.

Assim, notou-se que o presente julgado aproxima a medida socioeducativa do instituto da pena, podendo se inferir um reconhecimento do caráter sancionatório da medida aplicada aos adolescentes. No entanto, apesar desse reconhecimento, a decisão entendeu que não há ilegalidade, referindo genericamente que comprovada a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, o qual é sancionado com pena de reclusão em regime fechado na esfera penal.

Registra-se, novamente, que a violência e a grave ameaça não são inerentes ao delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. Quanto à reiteração infracional, remete-se ao já explanado, no sentido de que não houve fundamentação acerca de tal circunstância. Apesar da omissão, pelo relatório do acórdão, foi possível concluir que a reiteração foi considerada caracterizada pelo tribunal gaúcho com base em apenas uma condenação anterior.

Nesse aspecto, possível vislumbrar que os estigmas⁹⁶ do tráfico e da prática anterior de ato infracional foram fundamentais na aplicação da medida socioeducativa de internação:

Mas o problema é que hoje a legislação muitas vezes não mais criminaliza condutas de alguns estigmatizados só que, em compensação, na hora de aplicar o Direito, as meta-regras/estigmas ditarão como o operador do Direito irá proceder. Na verdade os juristas estudam inúmeros métodos de interpretação (hermenêutica), mas pouco estudam métodos reais de aplicação do Direito com as regras práticas (meta-regras/estigmas), tema que me parece fundamental para a Sociologia e a Assistência Social, além, é claro, do próprio Direito que, ao cerrar os olhos para a realidade pura em detrimento das regras jurídicas que atingem um pequeno número de pessoas, parece-se com um piloto de um carro de corrida que não anda muito, mas o piloto não quer saber, afinal, o problema dele é dirigir, não se interessando o louco pela mecânica do seu veículo. Além do mais, como se pode fazer valer efetivamente o caput do artigo 5º da Constituição Federal se não procurando

⁹⁶“O estigma só existe em razão das meta-regras. Se não fosse assim, o estigma seria apenas um sinal objetivo, sem repercussão social, sem gerar conflitos sociais, sem gerar consequências efetivamente práticas nas vidas das pessoas. De tanto ouvirmos piadas sobre certas pessoas, de tanto ouvirmos conceitos equivocados, de tanto lermos histórias doidas sobre raças, religiões, mulheres, presos, pobres, enfermos, lesionados, idealistas, ou simplesmente outsiders, tendemos a acreditar que isso é uma regra, ou melhor, uma sentença inabalável, como se as nossas próprias sentenças judiciais fossem sinônimo de atos perfeitos” (BACILA, 2008, p. 13).

torná-lo efetivo e não peça meramente decorativo? “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade...”⁹⁷

Dessa forma, a internação do adolescente foi mantida, mesmo inexistindo correspondência com as hipóteses legais. A gravidade do delito, somado às condições pessoais do adolescente, foi considerada suficiente pelo tribunal regional para a aplicação da medida extrema que possui inequívoco caráter retributivo, o qual não foi desconsiderado pelo órgão julgador. No entanto, a inexistência de previsão legal para a medida sancionatória aplicada, permite que se conclua que houve relativização do princípio da estrita legalidade no caso em concreto.

3.1.2 Jurisprudência do STJ: não configuração das hipóteses do art. 122 do ECA.

Expressivo o número de julgados no STJ em que houve análise da adequação da medida de internação imposta pelo tribunal de origem, considerando o rol taxativo do art. 122 do ECA. A solução encontrada pelo tribunal superior, na maior parte dos casos⁹⁸, é diversa da exposta anteriormente. A ementa abaixo ilustra a situação:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90, ou seja, quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, ressalvadas as hipóteses nas quais outras medidas menos severas forem suficientemente adequadas; quando houver o reiterado cometimento de outras

⁹⁷ BACILA, Carlos Roberto. Reescrevendo a História do Direito Penal a Partir dos Estigmas: Roteiro de uma tese. IN: *Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 4, Curitiba Unibrasil, 2008, p. 20-21. Disponível em

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/165/120>. Acesso 15.11.2011.

⁹⁸ Vide ponto 3.1.3 do presente trabalho.

infrações graves; ou ainda, quando haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

2. A gravidade abstrata do ato infracional equiparado ao crime de tráfico não constitui fundamentação idônea para a aplicação da medida socioeducativa mais gravosa, conforme reiterada jurisprudência desta Corte.

3. Somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, no mínimo, três ou mais condutas infracionais graves. Precedentes desta Casa.

4. Ordem concedida para anular o acórdão apenas na parte referente à aplicação da medida socioeducativa, a fim de que seja imposta ao paciente medida diversa da internação, devendo aguardar a nova decisão em regime de semiliberdade.

(HC 166796/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

No presente caso, o adolescente foi surpreendido na posse de 39,6 g (trinta e nove gramas e seis centigramas) de maconha; 7,5 (sete gramas e cinco centigramas) de crack e 37,4 (trinta e sete gramas e quatro centigramas) de cocaína. Absolvido em primeiro grau, o Ministério Público recorreu, tendo sido provida a apelação pelo tribunal paulista, oportunidade em que foi aplicada a medida de internação.

A decisão do TJSP entendeu que *“não pode ser considerado corrente o entendimento de que a internação seria medida autorizada somente nos casos de violência direta à pessoa. Esse entendimento, aliás, levaria à absurda conclusão de que o legislador considerou o tráfico de drogas menos grave que uma lesão leve ou uma ameaça, e que a internação estaria então autorizada nesses últimos casos”*. Acrescentou ainda que *“Não foi esse o espírito da lei. O legislador quis restringir a internação às infrações de gravidade evidente, situação na qual se enquadra perfeitamente o desenvolvimento do tráfico de drogas”*.

Essa decisão mencionou ainda a existência de prática infracional pretérita, enquadrando a hipótese no inciso II do art. 122 do ECA. A ementa do julgado consignou: *“Ausência de condições pessoais favoráveis. Reincidência. Ociosidade. Uso de drogas. Ausência de respaldo familiar. Internação cabível e recomendada para a ressocialização do representado”*.

A lógica do julgado do TJSP, evidenciada pelo argumento de que se prevalecesse o entendimento de que o rol do art. 122 é taxativo, levaria a conclusão de que a imposição da medida de internação estaria autorizada em delitos menos graves que o tráfico de entorpecentes, não parece ser a mais

adequada. O art. 122 do ECA de fato prevê que atos infracionais cometidos mediante violência e grave ameaça podem ser sancionados com a medida de internação. No entanto, da leitura do art. 121⁹⁹ c/c o art. 122¹⁰⁰, § 2º, ambos do ECA, permite a conclusão de que não basta subsunção a algum dos incisos do *caput* do art. 122 do ECA, para que a aplicação da medida mais gravosa esteja autorizada.

Os exemplos utilizados pelo TJSP (lesão corporal leve e ameaça), apesar de praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa (inciso I do art. 122 do ECA) não comportam medida de internação. Tais delitos, no âmbito penal, são considerados de menor potencial lesivo, tramitando pelo rito previsto na Lei 9.099/95, em que o objetivo é “*reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade*” (art. 62 da Lei nº 9099/95). .

Apenas uma leitura isolada e legalista do art. 122 nos permitiria concluir pela possibilidade de internação em tais casos. Isso porque o Brasil está inserido num cenário internacional de proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente. As normas de Beijing e as Diretrizes de Riad possuem dispositivos expressos vedando a concessão de tratamento mais gravoso ao adolescente do que o dispensado a um adulto¹⁰¹. Importante destacar que a nossa Constituição prevê, no § 2º, do art. 5º, que o rol de garantias previstos neste dispositivo não exclui demais direito decorrentes de

⁹⁹ Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Attingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

¹⁰⁰ Art. 122. [...]§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

¹⁰¹ Art. 3.1 das Regras de Beijing: “As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos”. Art. 54 das Diretrizes de Riad :“Com o objetivo de impedir que se prossiga à estigmatização, à vitimização e a incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo o ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem”.

princípios constitucionais ou de tratados internacionais de que faça parte o Brasil.

Assim, a leitura em conjunto de tais dispositivos, permite que se conclua pela impossibilidade de aplicação da medida de internação em casos que a lei penal concede tratamento mais brando ao autor do fato.

Seguindo essa linha de raciocínio, o *habeas corpus* impetrado no STJ foi concedido. O STJ fundamentou a decisão na inexistência de previsão legal para a aplicação da medida de internação, ressaltando o princípio da excepcionalidade, que está expresso no art. 121 do ECA. Nessa perspectiva, há de se considerar que as hipóteses legais de internação são taxativas. Ao contrário do entendimento do tribunal paulista, não é possível a interpretação analógica ou extensiva do referido dispositivo, a fim de abarcar outras hipóteses tidas como de “*gravidade evidente*”. Assim, a prática de ato infracional análogo a delito equiparado a hediondo, como ocorre com o tráfico ilícito de entorpecentes, por si só não autoriza a imposição da medida extrema de internação, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade¹⁰².

Quanto à reiteração de prática infracional, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento que esta só se caracteriza com a existência de três atos infracionais graves praticados anteriormente¹⁰³. No presente caso, contudo, o adolescente registrava duas condenações anteriores pela prática de tráfico de drogas. Portanto, entendeu o Tribunal Superior que o adolescente não se enquadrava em nenhuma das circunstâncias que autorizavam a imposição de internação.

Assim, a ordem foi concedida para anular o acórdão apenas no que se refere à medida aplicada, ressaltando que o adolescente deveria aguardar o novo julgamento cumprindo medida de semiliberdade.

¹⁰² “A Constituição Federal de 1988 não previu expressamente a idéia de proporcionalidade, podendo o princípio ser extraído de diversas normas contidas no texto constitucional. Muitos dispositivos poderiam ser invocados, dos quais seriam pinçados elementos para a composição do quadro constitucional da proporcionalidade: art. 1º, III,; art. 3º, I, art. 5º, caput, incisos II, V, XXXV e LIV. O certo é que, ao se estabelecer uma escala de valores conformadores do sistema, criou-se naturalmente um mecanismo de equilíbrio das conseqüências jurídicas decorrentes dessa escala axiológica, o que permite dizer existir um princípio constitucional implícito da proporcionalidade” (SHECAIRA, 2008. p. 149).

¹⁰³ Na decisão em análise, o Relator Ministro OG Fernandes afirmou que “os antecedentes considerados pela Corte a quo não justificam a adoção da referida medida, visto que não preenchido o requisito quantitativo reconhecido pela jurisprudência dominante, no sentido de que somente ocorre reiteração de conduta infracional pelo menor, quando, no mínimo, são praticadas três ou mais condutas infracionais graves”.

Interessante destacar o entendimento do tribunal quanto à medida a ser aplicada em tais casos. Na presente pesquisa foi possível verificar que em seis julgados foi determinada a colocação do adolescente em semiliberdade, seja até o advento de nova decisão, seja em caráter definitivo.

Ocorre, no entanto, que a medida socioeducativa de semiliberdade também se caracteriza pela restrição de liberdade. O Estatuto é omissivo ao regular esta medida, dispondo, no entanto, que se aplica, no que couber, as regras da internação (art. 120, § 2º do ECA). Assim, parte da doutrina¹⁰⁴ afirma que também a semiliberdade só é aplicável nas hipóteses do art. 122 do ECA. Além disso, por restringir o direito à liberdade do adolescente, esta medida, ao ser aplicada, deve observar os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Assim, parece que a decisão que determina a aplicação de medida de semiliberdade deve ser fundamentada nas peculiaridades do caso em concreto, demonstrando a inadequação de outra medida menos severa, uma vez que também se está a restringir a liberdade do adolescente.

3.1.3 Internação no caso de “menor em situação de risco”

A decisão a ser analisada foi considerada paradigmática, em virtude de sua fundamentação, que distoia consideravelmente das demais encontradas no STJ por esta pesquisa. No caso, foi imputada a prática de ato infracional análogo ao delito de furto qualificado tentado. O acórdão do STJ, que manteve a medida de internação, restou assim ementado:

¹⁰⁴ SARAIVA refere que “As medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internamento) são somente aplicáveis diante das circunstâncias efetivamente graves, enquanto mecanismo de defesa social, observando-se com rigor o estabelecido nos incs. I a III do art. 122, devendo reservar-se para os casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça ou reiteração de atos infracionais graves” (SARAIVA, 2006, p. 173). Em sentido oposto, tem-se SHECAIRA, que afirma “Passados alguns anos da edição do Estatuto, o regime de semiliberdade tem se destinado, por exemplo, àquele que, sendo primário, não pratica ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa (art. 122, I, do ECA), uma vez que o rol do art. 122 que dispõe sobre a medida mais grave de internação é taxativo” (SHECAIRA, 2008, p. 203).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE FURTO TENTADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. MENOR EM SITUAÇÃO DE RISCO. ADOLESCENTE QUE RECONHECEU PRATICAR CONDUTAS INFRACIONAIS EM RAZÃO DE SUA DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. JOVEM QUE OSTENTA DIVERSAS PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. INEFICÁCIA DAS MEDIDAS MAIS BRANDAS ANTES APLICADAS. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO CONTROLE FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDA EM MEIO ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

I. Não se vislumbra arbitrariedade na imposição da medida socioeducativa de internação, considerando-se as circunstâncias pessoais do ora paciente, que demonstra estar em situação de risco, sendo necessária a sua separação do meio social para garantir a sua integridade física e psicológica.

II. Não obstante a excepcionalidade da medida restritiva de liberdade, bem como o fato de a conduta infracional não ter sido praticada mediante o emprego de violência e ameaça à pessoa, trata-se de adolescente que ostenta dependência toxicológica severa, tendo reconhecido praticar atos infracionais análogos a crimes contra o patrimônio em razão do seu vício.

III. Instâncias ordinárias que reconheceram a existência de diversas passagens pela Vara da Infância e da Juventude, sendo anteriormente aplicada ao menor medida socioeducativa em meio aberto, que não o impediu de praticar novas condutas infracionais, mormente em razão da necessidade de garantir o seu consumo de drogas.

IV. Embora a progressividade das medidas socioeducativas seja a regra, com a adoção, sempre que possível, das menos gravosas em primeiro lugar, deve-se considerar que o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste em garantir a proteção plena do adolescente, por se tratar de pessoa em desenvolvimento, sendo cabível a internação para resguardar a sua incolumidade física e mental e para tentar reinserir-lo na sociedade.

V. Hipótese na qual o Magistrado de 1º grau, ao impor a medida excepcional, sopesou a prática reiterada de atos infracionais análogos pelo menor, a sua dependência toxicológica, a ausência de submissão do adolescente ao controle dos seus genitores, a sua personalidade, a ineficácia das medidas socioeducativas mais brandas, sem que se vislumbre o constrangimento ilegal indigitado pelo impetrante.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC 170740/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011)

O presente caso é originário de acórdão proferido pelo TJRS. Apesar de não ter feito parte da presente pesquisa, entendeu-se ser oportuna a análise dos argumentos utilizados nesse acórdão. Verificou-se que a fundamentação seguiu a mesma linha do primeiro *decisum* aqui analisado, também proferido pelo TJRS. Ao contrário do ocorrido nos demais casos encontrados pela pesquisa, o STJ manteve a decisão do tribunal gaúcho.

Após busca no sítio do STJ pelo número de origem do HC 170740/RS, encontrou-se no TJRS o seguinte acórdão:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. A falta do laudo interdisciplinar não constitui causa de nulidade do procedimento. Inteligência do art. 186 do ECA e da conclusão nº 43, do Centro de Estudos do TJRS. Precedentes jurisprudenciais. Inviável o abrandamento da medida sócio-educativa aplicada (internação com possibilidade de atividades externas), em razão dos diversos antecedentes do adolescente. Inteligência do art. 122, incisos II, do ECA. Estando o adolescente envolvido com drogas, a medida protetiva de tratamento à drogadição é uma imposição que vem em seu próprio benefício, podendo ser aplicada cumulativamente, e de ofício pelo Tribunal. RECURSO NÃO PROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70035103795, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 08/04/2010)

O adolescente foi julgado pela prática de ato infracional de furto qualificado por rompimento de obstáculos e mediante concurso de pessoas, na sua forma tentada (Art. 155, § 4º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, do CP). A *res furtiva* era um aparelho de DVD avaliado em R\$ 100,00¹⁰⁵.

A decisão fundamentou a aplicação de ICPAE com base na reiteração do adolescente em atos infracionais graves. O voto vencedor, adotando o parecer do Ministério Público, consignou:

Não se pode ignorar a incidência do preceito do inciso II, do artigo 122, do ECA, vez que o adolescente possui diversos antecedentes, já lhe tendo sido aplicadas outras medidas sócio-educativas, que não foram eficazes em conscientizar e orientar o adolescente. Tal situação revela um grave desvio de conduta, bem como a ausência de limites comportamentais, razão pela qual se impõe aplicação de medida mais severa.

A decisão do STJ seguiu o mesmo entendimento. Utilizou, todavia, como fundamento as condições pessoais do adolescente:

Não obstante a excepcionalidade da medida restritiva de liberdade, bem como o fato de a conduta infracional não ter sido praticada mediante o emprego de violência e ameaça à pessoa, trata-se de adolescente que ostenta dependência toxicológica severa, tendo

¹⁰⁵ O valor de R\$ 100,00 é tido como patamar para aplicação do princípio da insignificância em casos de furto, conforme orientação jurisprudencial do STJ (HC 196.252/MG, Rel. MIN. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2011, DJe 11/05/2011; HC 192.446/RS, Rel. MIN. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 27/04/2011)

reconhecido praticar atos infracionais análogos a crimes contra o patrimônio em razão do seu vício.

De fato, as instâncias ordinárias reconheceram que o menor ostenta diversas passagens pela Vara da Infância e da Juventude, sendo-lhe anteriormente aplicada medida socioeducativa em meio aberto, que não o impediu de praticar novas condutas infracionais, mormente em razão da necessidade de garantir o seu consumo de drogas.

Assim, resta evidenciada a inaptidão do menor para cumprir com os deveres exigidos em caso de aplicação de medida socioeducativa em meio aberto.

O enunciado “diversas passagens pela Vara da Infância e Juventude” é retórico. Da leitura do inteiro teor do acórdão proferido pelo TJRS, verificou-se que o adolescente possuía registro de três ocorrências infracionais. Em que pese ser este o número necessário para a caracterização da reiteração em atos infracionais, no caso, inexistia qualquer sentença condenatória anterior contra o jovem. Assim, se o fato tivesse sendo julgado no âmbito penal, o agente seria considerado tecnicamente primário. Em outras palavras, nenhum desses registros poderia ser usado contra o réu.

No ponto, interessante é a solução encontrada pelo voto divergente, proferido por Rui Portanova:

A leitura da certidão de antecedentes da apelante dá conta de que todos os três registros referem-se a processos ainda em andamento.

Portanto, numa leitura constitucionalmente adequada é lícito afirmar que o representado é primário e não possui antecedentes.

Desta forma, ainda que a certidão de antecedentes do adolescente apresente três registros, estes não podem ser considerados como suficientes para concretizar a hipótese de internação prevista no inciso II do artigo 122 do ECA.

À vista da inexistência dos antecedentes e da análise do fato a seguir, rogo vênha ao eminente Relator para divergir em relação a medida socioeducativa aplicada ao adolescente

(...)

Logo, o representado é primário e não possui nenhum antecedente.

Ou seja, estamos aqui restringindo o direito fundamental à liberdade de ir e vir sem nenhuma previsão legal, sem que se possa, sequer, alegar que o adolescente tenha uma conduta assídua de envolvimento em atos infracionais no passado.

Fundamentos para aplicação da prestação de serviços à comunidade cumulada com liberdade assistida. – grifou-se.

Ainda, em seu voto, Rui Portanova admitiu o caráter sancionatório da medida socioeducativa de internação, afirmando que “*Estou, apenas, entendendo que a internação deve ser guardada para casos mais contundentes. Por isso que - vencido pela realidade - reservo a internação para*

os casos em que – infelizmente – vou concordar em punir mais com o objetivo retributivo do que socializador”.

Assim, a solução encontrada pelo voto vencido parece ser a que mais se coaduna com as normas constitucionais vigentes, uma vez que entendeu pela impossibilidade de utilização de processos em andamento contra o adolescente. Tal solução já é adotada no âmbito do direito penal¹⁰⁶.

Além disso, sem descartar o objetivo pedagógico das medidas, o caráter retributivo, principalmente da medida de internação, é destacado por Portanova. Sob essa perspectiva, não é possível ampliar o rol taxativo previsto no art. 122 do ECA, para abranger aquelas situações em que o adolescente encontra-se em situação de risco, como ocorreu no caso, sob pena de se voltar para uma concepção tutelar¹⁰⁷. Conforme ressaltou Mendez¹⁰⁸:

A derrogação do velho Código de Menores do Brasil de 1979 pelo ECA em 1990, não constituiu nem o resultado de um rotineiro processo de evolução jurídica, nem uma mera “modernização” de instrumentos jurídicos. Existem hoje sobras das evidências que demonstram que tal substituição resultou uma verdadeira (e brusca) troca de paradigma, uma verdadeira revolução cultural.

Para aqueles que foram conscientes da verdadeira profundidade e natureza das transformações, era claro que não se tratava somente de erradicar em forma definitiva das **más** práticas autoritárias, repressivas e criminalizadoras da pobreza. Se tratava (e se trata ainda), além disso e sobretudo, de eliminar as “boas” práticas “tutelares e compassivas”. Se partia aqui da constatação, lamentavelmente confirmada pela história em forma reiterada, sobre que as piores atrocidades contra a infância se cometeram (e se cometem ainda hoje, muito mais em nome do amor e da compaixão que em nome da própria repressão. Se tratava (e ainda se trata) de substituir a **má**, porém também “boa” vontade, nada mais – porém também nada menos – que pela justiça. No amor não há limites, na justiça sim. Por isso nada contra o amor quando o mesmo se apresenta como um complemento da justiça. Pelo contrário, tudo

¹⁰⁶ VIANI, Silvano. *Técnica de Aplicação da Pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 51-56.

¹⁰⁷ SHECAIRA explica que “A filosofia que inspirou o sistema tutelar tem relação com o positivismo. É que o delinqüente, em geral, e o menor, em particular, são sujeitos a quem não se pode atribuir uma responsabilidade penal decorrente do livre-arbítrio, são pessoas que infringem a norma não por sua própria vontade, mas por circunstâncias que lhes escapam ao controle. Por isso, a resposta adequada para o cometimento de um delito não será a imposição de sanções, mas sim a aplicação de medidas de caráter diverso, conforme o sujeito (medidas médicas, educativas, de ensino geral, de aprendizagem, de habilidades específicas, como o ensino de um ofício, etc.)”. Ainda, quanto ao Código de Menores de 1979, que marca o segundo momento da etapa tutelar no Brasil, afirma que “O código criado no final do regime militar ratificava uma visão consolidada e ultrapassada, que ignorava garantias às crianças e adolescentes, como se fossem objetos do direitos, e não sujeitos dele” (SHECAIRA, 2008. p. 34-41).

¹⁰⁸ MENDEZ, Emílio García. *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: Ajuris, Esmp, Fesfep – RS: 2000.

contra o “*amor*” quando se apresenta como um substituto, cínico ou ingênuo da justiça.

Atente-se, ainda, que o ECA possui um sistema secundário de garantias para as situações em que a criança ou o adolescente se encontra em situação de risco. As medidas protetivas estão arroladas nos incisos do *caput* do art. 101 do ECA¹⁰⁹. Assim, parece que o estatuto não se coaduna com a aplicação de medida socioeducativa de internação, para proteger o adolescente que possui envolvimento com drogas e não possui uma família que o acolha. Para tais situações, o legislador criou o referido rol de medidas protetivas, as quais, diferentemente das medidas socioeducativas, não possuem caráter sancionatório.

Interessante notar que o entendimento expresso pelo voto divergente é similar ao que permeia os demais julgados proferidos pelo STJ, que são objetos desta pesquisa. A alteração no entendimento do Tribunal Superior parece ser decorrência da afirmação feita pelo próprio adolescente, que admitiu praticar pequenos furtos, para adquirir e fazer uso de substâncias entorpecentes.

Novamente ressalta-se que a situação pessoal do adolescente, ainda que grave, não pode ser utilizada como fundamento para aplicação de uma sanção mais grave do que a prevista pela legislação para o fato. Entendimento em sentido diverso, faria com que fosse sustentada a possibilidade de se aplicar medida socioeducativa (com evidente caráter retributivo) sem prática de conduta tipificada como crime e sem previsão legal (ofensa ao princípio da estrita legalidade), simplesmente em virtude das condições sociais e pessoais

¹⁰⁹ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta.

ostentadas pelo adolescente, sob o argumento falacioso do “Melhor Interesse do Adolescente”¹¹⁰.

3.2 Presunção de inocência: imediato cumprimento da medida socioeducativa imposta na sentença

Interessante destacar os casos em que, com fundamento no princípio da celeridade e da imediata integração do adolescente, foi negado o direito de apelar em liberdade. O seguinte acórdão, proferido pelo TJRS, ilustra a situação acima descrita:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NA RESOLUÇÃO JUDICIAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. (Habeas Corpus Nº **70040282667**, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Julgado em 23/02/2011)

Apenas a leitura do inteiro teor do acórdão permite o entendimento da lógica que permeou o julgamento:

(...)

Exame dos autos dá conta de que o paciente, depois de processada a representação oferecida pelo Ministério Público, teve aplicada pela magistrada apontada como coatora a medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividades externas, diante da prática do delito de atentado violento ao pudor, perpetrado em continuidade delitiva.

Nessa circunstância, não há dizer ilegal a ordem emanada pela magistrada, que entendeu por bem, diante do caso concreto, **receber a apelação no efeito meramente devolutivo**. Inexiste constrangimento ilegal contra o paciente, não só porque vem sendo efetivamente cumpridos os ditames da sentença, mas porque o que se pretende, com tal imposição, é que **as regras do ECA sejam de logo postas em prática, atentando-se para a celeridade e a imediata integração do adolescente aos programas que buscam sua ressocialização e reeducação**.

Nesse contexto, ausente ilegalidade ou abusividade na sentença que determinou a internação do paciente, deve ser mantida a segregação, **ainda que o adolescente seja primário ou possua residência fixa ou, ainda, tenha respondido a todo procedimento em liberdade**, pois tais hipóteses não constituem obstáculo à manutenção da custódia.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS.ECA. ATO INFRACIONAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. Excesso de prazo de

¹¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 163-166.

internação provisória. Flexibilização. Possibilidade em face da gravidade das infrações e ausência de contribuição judicial para eventual atraso processual, estando a instrução encerrada. O fato de o adolescente ser primário e ter bons antecedentes não é causa por si só suficiente para sua colocação em liberdade. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70012715009, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 15/09/2005).

Nesses termos, denego a ordem. – grifou-se.

Da leitura, verificou-se que o acórdão, fundamentando-se em princípios e “nas regras do ECA”, entendeu pela legalidade do recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, uma vez que a imediata “integração no sistema” (internação em alguma das unidades da FASE) tem como objetivo a reintegração e a reeducação do adolescente.

A decisão não esclarece quais as regras do ECA sustentariam o não recebimento da apelação no seu duplo efeito. De fato, até o advento da Lei 12.010/2009, havia a previsão no art. 198, inciso VI, do ECA, de que as sentenças seriam recebidas apenas no efeito devolutivo. Além deste dispositivo legal ter sido revogado pela lei mencionada, nos parece que há tensão com a garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso LVII, da CRFB¹¹¹.

Nesse aspecto, cita-se doutrina de Kaminsk¹¹²:

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Art. 5º, LVII, da CF) é o que explicita o tão consagrado princípio da presunção de inocência. Segundo o princípio, ninguém será reputado culpado por um ato antes de ter contra si uma decisão penal irrecorrível. Este é um princípio que sempre foi considerado implícito em nossa legislação, mas que, mesmo explícito em norma constitucional, não é muito observado. Tratando-se de pessoa presumidamente inocente até o trânsito em julgado da decisão, não é possível que sobre alguém apliquem medidas de coerção pessoal, senão medidas de caráter cautelar e provisório, limitadas ao estritamente necessário.

Interessante atentar que no presente é destacada a primariedade do adolescente. Além disso, a decisão refere que o representado respondeu ao processo em liberdade.

O acórdão não faz menção a qualquer mudança na situação fática que justificasse a necessidade do adolescente ser internado antes do julgamento

¹¹¹ “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

¹¹² KAMINSKI, André Karst. *O Conselho Tutelar, a criança e o ato infracional: proteção ou punição*. Canoas: Ulbra, 2002, p. 75

da apelação interposta pela defesa. Assim, possível concluir que a alteração das circunstâncias, a autorizar o recolhimento do adolescente a uma das unidades de internação, decorreu exclusivamente da existência de sentença condenatória em primeiro grau.

A decisão analisada se sustenta na imediata reeducação do adolescente para justificar o instantâneo cumprimento da medida imposta em sentença recorrível. Tal fundamentação deixa transparecer que os julgadores se filiam ao entendimento que considera exclusivamente o caráter pedagógico das medidas previstas no ECA¹¹³.

No entanto, como já analisado neste trabalho¹¹⁴, é inegável o caráter sancionatório das medidas, principalmente quando privativa de liberdade, como é o caso em análise. O próprio art. 112, § 1º, do ECA¹¹⁵ demonstra o caráter retributivo das medidas socioeducativas, uma vez que vincula a escolha da medida imposta à gravidade e às circunstâncias do ato infracional praticado.

Assim, se considerado o caráter sancionatório da medida de internação, uma internação antes do trânsito em julgado da sentença só pode se revestir de natureza cautelar, não podendo ser um cumprimento antecipado da decisão, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência. Sob essa ótica, seria necessária, para a decretação e a manutenção da internação cautelar, a existência de alguma das circunstâncias previstas no art. 174 do ECA¹¹⁶, sendo aplicável subsidiariamente o disposto no art. 312, *caput*, do CPP¹¹⁷.

¹¹³ Interessante notar que esse julgado foi proferido pela mesma 7ª Câmara do TJRS, com a mesma composição (André Luiz Planella Villarinho, Jorge Luís Dall’Agnol, Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves) da primeira decisão analisada, em que houve a aproximação da medida socioeducativa de internação com o regime fechado de cumprimento de pena.

¹¹⁴ Vide ponto 1.2 deste trabalho.

¹¹⁵ “A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração”.

¹¹⁶ “Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela **gravidade do ato infracional e sua repercussão social**, deva o adolescente permanecer sob internação para **garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública**” - grifos.

¹¹⁷ Nesse sentido, SARAIVA esclarece que “Enquanto mecanismo de Defesa Social, efetivado em caráter cautelar, para a internação provisória (processual), ou em flagrante, exigem-se os pressupostos da “gravidade do ato”, “sua repercussão social” e ainda a “manutenção de ordem pública”, premissas fixadas no art. 174 do Estatuto, aplicável subsidiariamente o disposto no art. 312 do CPP, por força das disposições do art. 152 do Estatuto.” (SARAIVA, 2006, p.99). Acrescenta SHECAIRA que “a custódia processual só é devida quando estiver em consonância com o art. 312 do Código de Processo Penal, que regula os critérios para a fixação da prisão

Reforçando esse entendimento, recentemente no âmbito penal, o STF, em sessão plenária, assentou que qualquer prisão antes do trânsito em julgado da decisão possui natureza cautelar, ainda que pendente apenas o julgamento, pelo respectivo Tribunal Superior, do agravo para conhecimento de Recurso Extraordinário *latu sensu*¹¹⁸. Para chegar a esta conclusão, o Ministro Relator Eros Grau afirmou que a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação só poderia ter duas naturezas: a) cautelar, necessitando que os requisitos do art. 312 estejam preenchidos para que seja justificada; ou b) antecipatória da execução. Ressaltou que esta última afronta a presunção de inocência, prevista constitucionalmente.

A decisão acima referida está em consonância com a doutrina penal prevalente¹¹⁹. Tal entendimento é aplicável ao cumprimento antecipado de medidas socioeducativas, se não ignorarmos convenientemente seu caráter retributivo.

Todavia, é possível perceber que no acórdão paradigma ora analisado houve a denegação da ordem, justamente sob o entendimento de que a medida possui caráter pedagógico. Assim, para sua efetividade, deveria ser aplicada de imediato, em observância ao princípio da celeridade que rege os procedimentos estatutários. Ficou claro que esse entendimento, ao sopesar os princípios colidentes (celeridade/efetividade e segurança jurídica/presunção de inocência), deixa prevalecer, no caso em concreto, o primeiro grupo. Uma vez que a efetiva reintegração do adolescente está em consonância com o espírito estatutário do melhor interesse do adolescente.

Possível vislumbrar que, com a desconsideração conveniente do caráter retributivo da medida, foi dado tratamento mais gravoso ao adolescente do que o dispensado a um adulto. Retirou-se garantias constitucionais, com a alegação genérica de que tal forma de agir se coaduna com as “regras

cautelar, e quando for o caso de aplicar a medida de internação (art. 122 do ECA), o que só deverá ocorrer quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente impostas” (SHECAIRA, 2008. p. 175).

¹¹⁸ HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048

¹¹⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. 3 ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 312-325;

estatutárias”¹²⁰. Nesse ponto, é importante sempre ter em mente ao alerta de SARAIVA para que o direito à celeridade do processo não se traduza em “*injustiça rápida*”¹²¹.

Além disso, o princípio do melhor interesse do adolescente foi utilizado como argumento para justificar o tratamento mais severo, podendo se verificar uma inversão ideológica. Salo anota que, conforme Sanchez, entende-se por reversibilidade “*a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si*” (SANCHEZ *apud* CARVALHO, 2008, p. 104). Prossegue o autor¹²²:

Notadamente quando se opera com o poder punitivo, ou seja, com violências organizadas dirigidas contra pessoas e coletivos vulneráveis, fundamental ter presente a alta capacidade de mutação do discurso e das práticas (reversibilidade). No âmbito de atuação de agências de punitividade, o pressuposto de respeito mínimo aos direitos humanos é a inflexível vigilância do seu cotidiano, pois ao laborar com violência, as possibilidades de extravasamento do poder são constantes.

[...]

Parece, portanto, que os pontos nodais de discussão entre direitos humanos, criminologia, política criminal e direito penal estão radicados em duas concepções distintas sobre o Estado e suas instituições: concepção otimista (romântica) dos poderes (punitivos), que pressupõe suas ações e omissões como legítimas e tendentes à efetivação dos direitos humanos – o Estado, como entidade derivada do contrato social, criaria condições de anulação das perversidades do homem natural e alavancaria o processo civilizatório; concepção pessimista (trágica) dos poderes, que pressupõe violência contra direitos humanos em seu agir (direitos individuais) ou omitir (direitos coletivos) – o *lúpus artificialis*, detentor de desejos e vontades de violência, longe de anular as perversidades do *lúpus naturalis*, as potencializa, pois criado e operado por ele.

No julgado, fica evidenciado o alinhamento à concepção romantizada dos poderes punitivos estatais. Nos argumentos do acórdão, a legitimidade da internação antes do trânsito em julgado da sentença condenatória estaria no caráter pedagógico da medida aplicada, que, na visão dos julgadores, beneficiaria o adolescente. A instituição é vista na decisão como entidade apta a efetivar os direitos do adolescente.

¹²⁰ GOMES FILHO aponta como deficiente as motivações tautológicas ou que envolvem uma petição de princípio, ressaltando que são muito comuns em provimentos cautelares. Explica que “*são apresentadas falaciosamente, como se fossem razões, as próprias palavras do legislador*”. (GOMES FILHO, 2009 p.79).

¹²¹ SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*. 3ed. rev e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p 132-134.

¹²² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 104-105.

3.3 Medida de internação: violência contra a pessoa

Outro grupo de julgados que merecem atenção no STJ, diz respeito àqueles em que o crime foi efetivamente praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. A emente abaixo é representativa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONDUTA EFETIVAMENTE PRATICADA COM GRAVE AMEAÇA À PESSOA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO JUSTIFICADA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. TESE PREVALENTE NA 3ª SEÇÃO DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente permite a aplicação da medida socioeducativa da internação, por prazo indeterminado, na hipótese de ato infracional praticado com grave ameaça ou violência contra pessoa, desde que não ultrapassado o prazo máximo legal e se não houver outra medida mais adequada ao caso.

2. A medida de internação está em harmonia com os princípios do Estatuto menorista diante da natureza do ato infracional cometido, perpetrado em concurso de agentes e com o emprego de arma de fogo.

3. Mostra-se devidamente justificada a imposição da medida de internação, conforme determina o art. 122, inciso I, do ECA.

4. Segundo a orientação prevalente na Terceira Seção desta Corte, originada a partir do julgamento do EREsp nº 961.863/RS (julgado em 13.12.2010), para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, não há a necessidade de apreensão da arma e submissão a perícia.

5. Em casos que tais, o efetivo emprego do artefato pode ser comprovado por outros meios, tais como as declarações da vítima ou depoimento de testemunhas.

6. Ordem denegada.

(HC 186792/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

A defesa interpôs *habeas corpus* substitutivo de Recurso Especial, alegando a insuficiência de fundamentação para a aplicação de medida socioeducativa tão grave. A decisão do TJDF fundamentou a imposição da medida de internação com base no art. 122, inciso I e III. Isso porque o crime de roubo é praticado com violência ou grave ameaça. Além disso, o adolescente se encontrava cumprindo medidas socioeducativas de liberdade

assistida e prestação de serviço à comunidade, em virtude de ato infracional anterior. Sob a ótica daquele tribunal regional, isso “*demonstra total desinteresse no processo reeducativo e forte comprometimento com a senda infracional*”, fazendo o adolescente incidir no art. 122, inciso III, do ECA.

O STJ corroborou o entendimento do tribunal *a quo*, afirmando que a decisão tida como coatora estava devidamente fundamentada, não evidenciando qualquer ilegalidade. Afirmou, ainda, que a conduta do adolescente se amolda à previsão do art. 122 do ECA, ressaltando, também, que, no caso em concreto, a aplicação da medida de internação está em consonância com os princípios estatutários. As medidas mais brandas, anteriormente impostas ao adolescente, teriam se mostrado ineficazes, uma vez que não obtiveram a ressocialização do jovem, que voltou a praticar ato infracional grave, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo¹²³.

Interessante notar que o STJ tem assente em sua jurisprudência que o termo “reiterar” contido nos incisos II e III do ECA possui um requisito quantitativo, qual seja, a prática de 03 ou mais ações. Entretanto, neste caso, a prática superveniente de ato infracional foi considerada suficiente para caracterizar o descumprimento reiterado da medida socioeducativa anteriormente exposta.

O argumento foi pouco explorado no acórdão analisado. Não parece evidente que a prática de novo ato infracional, por si só, caracterize o descumprimento da medida em meio aberto, demandando que o magistrado justifique o seu entendimento. Isso porque nada impede que o adolescente a esteja cumprindo regularmente e venha a se envolver em nova prática infracional. Vislumbra-se assim, mais uma vez, uma deficiência na fundamentação do acórdão.

Salienta-se ainda que o acórdão do STJ faz inúmeras citações a decisões anteriores que fixaram a medida socioeducativa. Portanto, é possível concluir que os argumentos utilizados pelas instâncias inferiores e não

¹²³ Em relação a não apreensão da arma de fogo, o julgado fez referência à decisão proferida na sessão realizada no dia 13.12.2010, que, por maioria, rejeitou os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS. Na decisão, assentou-se no STJ que a caracterização da referida majorante pode ser comprovada por outros meios, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas.

rebatidos pela turma, foram incorporados ao julgamento, tendo a Turma se utilizado de fundamentação *ad relationem*¹²⁴.

A justificação da medida extrema imposta girou em torno das características pessoais do adolescente, tais como estrutura familiar e antecedentes, bem como no enquadramento da conduta nas hipóteses autorizativas do art. 122 do ECA. Percebeu-se, contudo, que houve prevalência na fundamentação das questões pessoais, tendo sido consignado pelo TJDF e acolhido pelo STJ, que **“Ademais, envolveu-se em novo ato infracional e diante do seu comprometimento com a seara infracional, fatalmente se envolverá em novo ato infracional”** (grifou-se).

Novamente o argumento acerca da existência de outro ato infracional praticado anteriormente adquire relevância, remetendo-se aqui ao já explanado acerca da estigmatização do adolescente pelo próprio sistema, quando da análise do primeiro acórdão. Além disso, no presente caso, o argumento destacado parece fundado em um exercício de futurologia, o que afeta a credibilidade. Nessa seara, remete-se a lição de Costa¹²⁵:

O olhar sobre os processos judiciais permite identificar que outra tendência das fundamentações está em discorrer acerca da periculosidade do agente e da adequação da medida aplicada em função de permitir sua contenção, tendo em vista seu prognóstico de vir a voltar a delinquir.

Constata-se, portanto, que, apesar das contundentes críticas sofridas pelo positivismo criminológico ao longo da história, esta vertente de pensamento permanece manifesta até os dias atuais, sendo renovada em seus argumentos a partir de novas justificativas do crime desde o ponto de vista individual.

[...]

Em síntese, a decisão judicial de um Processo Penal, que tenha como pressuposto a legalidade, deve expressar a humildade e a consciência por parte do juiz de suas limitações. Tais limitações devem buscar suprir-se na verdade processualmente produzida, a

¹²⁴ “Ao contrário do que ocorre em relação à motivação implícita, em que a superação das omissões é feita a partir de elementos inferidos logicamente do próprio discurso justificativo, na modalidade *ad relationem* o preenchimento dos espaços vazios da argumentação decorre da integração expressa de texto justificativo apresentado em outro documento.

É o que ocorre, por exemplo, nas situações bastante corriqueiras em que no julgamento de um recurso são simplesmente adotadas as razões da decisão recorrida.

Nesse caso, revela-se que o órgão competente para decidir a impugnação não reapreciou efetivamente o conteúdo da decisão impugnada, diante dos argumentos oferecidos pelo recorrente. O mínimo que se exige, nessa hipótese, é a indicação do porquê foram confirmadas as razões da decisão reexaminada e não acolhida as críticas formuladas na impugnação” (GOMES FILHO, 2009 p.81-82)

¹²⁵ COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-158.

partir do método contraditório, sendo que a única discricionariedade que encontra legitimidade é aquela que, diante da dúvida natural de convicção, respeite o princípio in dubio pro reo, ou seja, dirija-se a reduzir a intervenção penal em favor do imputado.

Salienta-se que a medida de internação é regida pela excepcionalidade, devendo ser aplicada apenas se não houver outra medida cabível e mais adequada. Assim, não basta que a conduta se enquadre em algum dos incisos do art. 122 do ECA, é necessário que haja uma fundamentação em concreto, esclarecendo por que a medida privativa de liberdade se faz necessária.

No presente, foi possível notar que, em que pese o delito de roubo seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o fator determinante, conforme se depreende da fundamentação da decisão, para a aplicação de medida socioeducativa de internação foi a condição pessoal do agente, que já havia praticado outro ato infracional e não possuía estrutura familiar.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em conformidade com as normas da “Doutrina das Nações Unidas dos Direitos das Crianças”, regrou a forma de responsabilização do adolescente envolvido em práticas tipificadas pela lei penal como crime e contravenção, dando efetividade às disposições do art. 228 da CRFB. No entanto, apesar de sua redação ser clara, a legislação estatutária contém normas de conteúdo vago, abrindo espaço para interpretações diversas e dando margem à discricionariedade do poder judiciário.

A pesquisa de jurisprudência realizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça nos permitiu visualizar alguns aspectos do problema. As situações muito similares, inclusive se tratando do mesmo ato infracional, são oferecidas soluções opostas, conforme o entendimento do órgão julgador responsável pelo caso.

No TJRS, são responsáveis pela matéria duas câmaras cíveis, as quais também possuem competência para analisar questões de família e sucessões. Os resultados da presente pesquisa demonstraram a tendência do TJRS de dar tratamento mais gravoso aos adolescentes em conflito com a lei, sendo possível perceber uma maior resistência do tribunal regional em aplicar as garantias do direito penal e do processo penal aos casos de ato infracional.

Em contrapartida, no STJ, em que as Turmas responsáveis pelo julgamento de ato infracional também julgam matéria penal, verificou-se uma maior predisposição de aplicar tais garantias também aos casos de ato infracional. No entanto, percebe-se, mesmo nesse tribunal, uma propensão - principalmente em casos de adolescente envolvido com drogas e com família estruturada de forma diversa da socialmente aceita-, para relativizar direitos e garantias.

A dificuldade de efetivação dos direitos dos adolescentes adquire contornos mais preocupantes se atentarmos ao fato de que a grande maioria dos casos que chega até o Tribunal Superior, conforme resultados desta pesquisa, são defendidos pela Defensoria Pública. Apesar de todos os méritos

desta instituição, é inegável a sobrecarga de trabalho, o que impossibilita a realização de uma defesa mais próxima ao adolescente e à sua família.

Assim, verifica-se que, apesar da incorporação pela lei da “Doutrina da Proteção Integral”, em virtude de distorções em sua aplicação, os adolescentes ainda estão submetidos a certa discricionariedade do poder judiciário. A “crise na interpretação” do Estatuto faz com que os operadores apliquem a legislação estatutária ainda com a mentalidade tutelar do revogado código de menores, em que o adolescente não era visto como sujeito de direito, mas sim objeto de intervenção estatal, pois considerado como alguém incompleto (incapaz).

Para que o paradigma do “menor em situação de risco” seja efetivamente superado, é necessário que haja maior interesse acadêmico na área, formando profissionais aptos a defenderem os direitos dos adolescentes, não importando em que posição processual se encontrem (promotor, juiz ou defesa). Isso não significa irresponsabilidade juvenil. Ao contrário, assegurado seus direitos, ao adolescente é reconhecida a condição de cidadão, da qual é inerente a responsabilização por seus atos.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA. Antônio Fernando de. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade Penal IN: Ilanud, ABMP, SEDU, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006.

AMARAL E SILVA. Fernando do. “Proteção” – *Pretexto Para Controle Social Arbitrário de Adolescente e a Sobrevivência da “Doutrina da Situação Irregular”*. [S.l.: s.n., 200?]. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/textos>>. Acesso em 08.11.2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 04 ago 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 set 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 jul 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 out 1979. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília 13 out 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília 31 dez 1940.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 27.11.2011.

_____. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 nov 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863 da Terceira Seção. Relator Ministro Celso Limongi, julgado em 13 de dezembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 162.737/DF da Quinta Turma. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03 de fevereiro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 180.924/RJ da Quinta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 03 de fevereiro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 186.792/DF da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 1º de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 166.796/SP da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 17 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 192.391/DF da Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, julgado em 22 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 166.649/SP da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 05 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 170.216/RS da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 05 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 196.855/DF da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 07 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 177.763/SP da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 07 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 195.852/SP da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 07 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 185.474/SP da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 07 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 192.446/RS da Quinta Turma. Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 05 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 195.460/SP da Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 07 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 190.407 da Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 170.740/RS da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 12 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 177.966/RJ da Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 12 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 193.794/PE da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 26 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 188.458/MG da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 26 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 190.828/SP da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 26 de abril de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 196.252 da Sexta Turma. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 28 de abril de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 10.6509 da Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 15 de fevereiro de 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5 ed., atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO FILHO, José. *Do Ato Infracional*. [S.l.: s.n., 200?]. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/textos>>. Acesso em 10.11.2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão de curso: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FUNDAÇÃO DE ATENDIMENTO SÓCIO-EDUCATIVO. Apresentação.sobre a FASE. Disponível em

<http://www.fase.rs.gov.br/arquivos/1190635845Apresentacao_Fase.pdf>.
Acesso em 23.11.2011.

FUNDAÇÃO DE ATENDIMENTO SÓCIO-EDUCATIVO. População da Fase por MSE em 25/11/2011. Disponível em <http://www.fase.rs.gov.br/portal/index.php?menu=biblioteca_viz&cod_biblioteca=9&cat=Popula%E7%E3o+FASE>. Acesso em: 25.11.2011.

GARRIDO DE PAULA. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. IN: Ilanud, ABMP, SEDU, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A Garantia da Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. IN: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (orgs.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KAMINSK, André Karst. *O Conselho Tutelat, a Criança e o Ato Infracional: proteção ou punição*. Canoas: Ulbra, 2002.

MACHADO, Martha Toledo. Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. IN: Ilanud, ABMP, SEDU, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006.

MENDEZ, Emílio Garcia. *MENDEZ, Emílio García. Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: Ajuris, Esmg, Fesfep – RS: 2000. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id114.htm>>. Acesso em 31.10.2011

NICODEMOS, Carlos. A natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional. IN: Ilanud, ABMP, SEDU, UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70035103795 da Oitava Câmara Cível. Relator Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgado em 08 de abril de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70040905887 da 7ª. Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 23 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70041045295 da Sétima Câmara Cível, Relator Des. André Luiz Planella Villarinho, julgado em 23 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70040282667 da Sétima Câmara Cível, Relator Des. Jorge Luis Dall'Agnol, julgado em 23 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70040641235 da Oitava Câmara Cível, Relator Des. Rui Portanova, julgado em 17 de março de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70040749939 da Sétima Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chave, julgado em 06 de abril de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 7004146785 da Sétima Câmara Cível, Relator Des. Jorge Luis Dall'Agnol, julgado em 13 de abril de 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *O Adolescente Infrator e os Direitos Humanos*. [S.l.: s.n., 200?]. Disponível em <<http://www.abmp.org.br/textos>>. Acesso em 10.11.2011.

SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e o Ato Infracional*. 3 ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. *Desconstruindo o Mito da Impunidade: um ensaio de Direito (penal) Juvenil*. Brasília: Editora Saraiva, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. 3 ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Currículo do Curso Ciências Jurídicas e Sociais Diurno.. Porto Alegre, [2011]. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ufrgs/ensino/graduacao/cursos/exibeCurso?cod_curso=31>. Acesso em 26.11.2011.

VIANI, Silvano. *Técnica de Aplicação da Pena*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1, 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.