

TESE 23

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula: Não é possível a aplicação da internação prevista no artigo 122, III, em caso de descumprimento de medida aplicada com remissão.

ITEM DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA CORRESPONDENTE: art. 5º, VI, "c" da Lei 988/06: promover a tutela individual e coletiva dos interesses da criança e do adolescente

ITEM DO PLANO ANUAL DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE SE INSERE: no item e, atendimento na área da infância e juventude, ponto nº 4 zelar pela qualificação do serviço de assistência jurídica aos jovens que cumprem medidas de internação e semiliberdade.

Fundamentação Teórica

A remissão está prevista no art. 126 do ECA, podendo ser ministerial ou judicial.

O artigo 127 do ECA expressamente permite a aplicação cumulativa das medidas em meio aberto à remissão, salientando, entretanto, que sua aplicação não prevalece para efeito de antecedentes.

Conforme lembra João Batista da Costa Saraiva, é cabível a arguição da inconstitucionalidade do referido dispositivo uma vez que autoriza a aplicação da "remissão com a aplicação de medida sem o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, por submeter o adolescente à constrição penal sem a caracterização da responsabilidade correspondente." [1]

Nesse sentido:

"Realmente, a remissão pré-processual não se harmoniza com a aplicação de medidas sócio-educativas porque aquela, no caso, é perdão e forma de exclusão do processo (art. 126 do ECA). Portanto, a decisão agravada bem decidiu pelo arquivamento deixando de executar a medida sócio-educativa aplicada. Se fosse determinado o cumprimento da medida de liberdade assistida imposta, o menor iria sofrer evidente constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, reparável, inclusive, via de habeas corpus - passível de concessão até ex-officio, inobstante a alegada ocorrência de coisa julgada cujo mérito não se faz necessário examinar" (Ag. Inst. 26.470-0/4 - TJSP - Cam. Esp. - rel. Pereira da Silva).

"MENOR - Ato infracional - Remissão concedida pelo Ministério Público que exclui o procedimento judicial - Artigo 126, "caput" do Estatuto da Criança e do Adolescente - Impossibilidade dessa benesse incluir a aplicação de medida sócio-educativa, que pressupõe a prévia e regular instauração do procedimento judicial - Nulidade da sentença homologatória cuja execução era pretendida - Precedentes desta Câmara Especial - Apelação do Ministério Público a que se nega provimento." (Apelação Cível n. 55.512-0 - TJ SP - Câmara Especial - Relator: Alvaro Lazzarini - 27.04.2000).

"APELAÇÃO CRIMINAL. MENOR INFRATOR. **CUMULAÇÃO DE REMISSÃO COM APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPOSSIBILIDADE.** VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO **DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Direito da criança e do adolescente em ter ciência do ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica promovida por profissional habilitado. Medida socioeducativa que só pode ser aplicada pela autoridade competente. Recurso desprovido." (Número do processo: 1.0024.05.886108-9/001(1) TJ MG Relator: REYNALDO XIMENES CARNEIRO Data do Julgamento: 28/06/2007).

"ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI - HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DE REMISSÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA - INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INADMISSIBILIDADE - JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO - AUSÊNCIA DE NULIDADE. 1-Sendo da competência exclusiva do Juiz a aplicação ao adolescente de medidas socioeducativas pela prática de ato infracional, impossível a sua cumulação com a remissão concedida pelo Ministério Público, visto que a imposição das referidas medidas exige procedimento próprio, para que sejam garantidos os princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório (arts. 5ª, LIV, CF e 111, ECA). 2- A finalidade precípua do juízo de retratação é a reforma mais célere da decisão, dando ao juiz a possibilidade de examinar também os argumentos aduzidos nas razões de recurso, não ocorrendo nulidade caso não seja exercido." (1.0024.05.722070-9/001(1) - TJ MG - relator Sérgio Braga - julgado 19/12/2006).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal em duas oportunidades ratificou a constitucionalidade do art. 127 do ECA, entendendo que as medidas sócio-educativas em meio aberto têm acentuada natureza sócio-pedagógica e, quando cumulada à remissão perdem todo caráter sancionatório, assumindo feição protetiva, tanto que não prevalecem para efeitos de antecedentes, motivo pelo qual prescinde de comprovação de culpa.

Tem-se a seguir os acórdãos mencionados acima:

"EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, *in fine*, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa.

2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente.

4. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

(RE 248018 / SP; Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; j. 06/05/2008; 2ª T.; DJ 20/06/2008)

“EMENTA: Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido.” (RE 229382/SP; Rel. Min. MOREIRA ALVES; j. 26/06/2002, Tribunal Pleno, DJ 31-10-2002)

Além de nítida violação ao devido processo legal, é possível criticar este entendimento uma vez que a força estigmatizante da medida sócio-educativa é a mesma, tendo sido ela resultante de um juízo condenatório ou não, isso porque é cumprida no mesmo espaço e encerra a mesma simbologia social de *adolescente infrator*.

No entanto, caso o defensor público se depare com a aplicação conjunta de remissão e medida em meio aberto, é certo que o descumprimento desta não pode ensejar a internação-sanção prevista no art. 122, III do ECA.

O descumprimento da medida que condiciona a remissão na forma suspensiva enseja simplesmente o prosseguimento do feito.

Já na forma extintiva, a medida sócio-educativa configura mera obrigação natural, podendo apenas ser substituída por outra medida em meio aberto conforme previsão do art. 128 do ECA.

Em razão disso, o descumprimento da medida sócio-educativa cumulada com remissão não pode ensejar a internação-sanção, uma vez que o próprio art. 110 do ECA estipula que a privação de liberdade não prescinde da observância do devido processo legal, não havendo outra solução além do arquivamento do feito.

A seguir, a jurisprudência acerca do assunto:

“*Habeas-corpus*. Furto qualificado. Remissão. Aplicação de medida sócio-educativa de liberdade assistida, combinada com medidas de proteção. Descumprimento das medidas. Decisão que determinou a substituição da medida aplicada para a de internação da adolescente. Alegada coação ilegal. Liminar indeferida. Constrangimento ilegal caracterizado. Cerceamento de defesa. Ausência do devido processo legal. Garantia constitucional. Expedição de alvará de soltura clausulado.

Ordem concedida.” (HC nº 107.406-2, TJ PR, ac. nº 13334 - 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Clotário Portugal Neto, j. 31/05/2001).

“ECA. HOMOLOGAÇÃO DE REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR - Não é possível homologar remissão concedida à adolescente, cujos pais não foram instruídos por defensor, face ao princípio constitucional de ampla defesa. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE PARA MEDIDA DE INTERNAÇÃO - Para a conversão da remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para a medida de internação deverá ser instaurado o procedimento pertinente ao devido processo legal. NECESSIDADE DE OITIVA DO MENOR PARA REGRESSÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA - Está consolidada na jurisprudência a imprescindibilidade da oitiva do menor para se realizar a regressão de medida sócio-educativa. A inobservância desta formalidade leva a anulação do ato, pois viola garantia da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando o adolescente apresentar sua justificativa quanto ao eventual descumprimento das condições da medida estipulada. ORDEM CONCEDIDA. UNÂNIME.” (HC nº 70004531497, 2ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Relator: Mário Crespo Brum, julgado em 29/07/2002).

“HABEAS CORPUS. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. CONVERSÃO PARA INTERNAÇÃO. DESCABIMENTO. Não é possível converter a remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para medida de internação, sem o oferecimento da representação contra o adolescente e abertura da instrução do procedimento. Ordem concedida.” (HC nº 70003467578, 7ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 21/11/2001).

“HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO COM EXTINÇÃO DO PROCESSO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIO-EDUCATIVA QUE NÃO SE ESGOTA EM SI MESMA. IMPOSSIBILIDADE. A remissão judicial, perdão que é, como forma de extinção do processo, não comporta aplicação de medida sócio-educativa que não se esgote em si mesma. Sendo a advertência a única medida com esta característica, só esta tem o condão de ser aplicada na remissão judicial como forma de extinção do processo. As demais medidas cabíveis na execução legal só podem ser aplicadas com a suspensão do processo. Se o magistrado extingue o processo e aplica a medida de prestação de serviços à comunidade, que, por não cumprida, converte em internação, duplo é o constrangimento ilegal sofrido pelo adolescente, reparável pela via do Habeas corpus, mormente se proferida sem o devido processo legal e sem prévia oitiva do suposto infrator. Concederam a ordem.” (HC nº 70002959450, 2ª Câmara Especial Cível, TJ/RS, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 01/10/2001).

“HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. DESCUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO A MEDIDA PARA INTERNAÇÃO SEM OPORTUNIDADE DE DEFESA, MANIFESTAÇÃO DO ADOLESCENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.” (HC nº 70003445582, 8ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, julgado em 22/11/2001).

“HABEAS CORPUS. REMISSÃO CUMULADA COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. CONVERSÃO PARA INTERNAÇÃO. DESCABIMENTO. Não é possível converter a remissão cumulada com prestação de serviços a comunidade para medida de internação, sem o oferecimento da representação contra o adolescente e abertura da instrução do procedimento. Ordem concedida.” (HC nº 70003467578, 7ª Câmara Cível, TJ/RS, Relator: José Carlos Teixeira George, julgado em 21/11/2001).

"MENOR - Remissão oferecida pelo Ministério Público cumulada com medida de liberdade assistida - Homologação pela Autoridade Judiciária - Conversão em internação ante o descumprimento da ordem judicial pelo menor - Inadmissibilidade - Nulidade absoluta - A aplicação de medida sócio-educativa cumulada com a remissão só é possível com o devido processo legal - Inocorrência - Necessidade de recolhimento do mandado de busca e apreensão - Ordem concedida." (Habeas Corpus n. 047.451-0 - TJ SP - Câmara Especial - Relator: Djalma Lofrano - 02.04.98).

"ECA. Regime de internação imposto por descumprimento de medida sócio-educativa anterior nos termos do inc. II do art. 122 do ECA e que fora imposta à concessão de remissão. Circunstância por si que não autorizaria a aplicação da internação sanção. Ilegalidade existente. Ordem concedida." (HC 50.003.0/5-00 rel. Alvaro Lazzarini TJSP - Cam. Esp).

"Trata-se de internação-sanção imposta em virtude de descumprimento pela paciente de medida socioeducativa de liberdade assistida aplicada quando da homologação pelo Juízo da remissão concedida pelo Ministério Público. E é entendimento deste relator da impossibilidade de aplacação de qualquer medida socioeducativa sem a existência do devido processo legal, no caso de procedimento de apuração de ato infracional. Ora, a própria liberdade assistida imposta de forma inadequada já consistiria em constrangimento ilegal a paciente. Destarte, com maior razão a ilegalidade da conversão da liberdade assistida em internação-sanção." (HC 48.273.0/6 - TJSP - Cam. Esp - rel. Cunha Bueno)

"Habeas Corpus - aplicação da internação-sanção em virtude do descumprimento de liberdade assistida imposta sem a existência de procedimento de apuração de ato infracional - concessão da ordem." (HC 49.121.0/0-00 - TJSP - Cam. Esp - rel. Álvaro Lazzarini)

"Habeas Corpus - conversão para internação de medida sócio-educativa imposta sem procedimento de apuração de ato infracional - concessão da ordem." (HC. 56.530.0/3-00 - TJ SP - rel. Cunha Bueno)

"Agravo de Instrumento - imposição de internação-sanção decorrente do descumprimento pelo menor de medida sócio-educativa imposta por ocasião da homologação da remissão pré-processual - violação ao princípio do devido processo legal - habeas corpus concedido de ofício e recurso prejudicado." (AI 47.031.0/5-00 - TJSP - Cam. Esp - rel. Cunha Bueno).

[1] SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e o ato infracional*. Porto alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 138