



CURSO POPULAR PARA A DEFENSORIA PÚBLICA

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - QUESTÃO DISCURSIVA

João, adolescente de 16 anos de idade, foi apreendido em flagrante pela prática de ato análogo ao tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11343/2006). Durante a operação policial que resultou em sua captura, João foi baleado com dois tiros, sendo levado ao hospital mais próximo para tratamento.

O auto de apreensão de adolescente infrator (AAPAI) foi remetido ao juízo competente, com cópias ao MP e à Defensoria Pública. O MP justificou a impossibilidade de realizar oitiva informal pela internação hospitalar do adolescente, fez a representação e requereu a internação provisória. A Defensoria requereu a liberação de João. O juízo proferiu a seguinte decisão:

O ato praticado é grave, assemelhado a crime hediondo pela Constituição Federal, nos termos do artigo 5º, inciso XLIII. Além disso, financia o poderio bélico de facções criminosas, impedindo ou dificultando a atuação do Estado nas áreas atingidas e colocando a população em risco constante.

Analisando a Ficha de Antecedentes Infracionais do representado, verifica-se que ele possui uma passagem anterior pela prática de tráfico de drogas, em que foi condenado e lhe foi aplicada a medida de liberdade assistida, revelando-se insuficiente à sua reeducação. Então, justifica-se a cautelar de internação, uma vez que se pode aplicar a internação ao final, com base no artigo 122, inciso II, do ECA.

Portanto, determino a internação provisória do representado, permanecendo acautelado no hospital em que está recebendo o tratamento médico cabível e, posteriormente, com a alta hospitalar, devendo ser transferido ao Centro de Internação Provisória da cidade vizinha, uma vez que o sistema da cidade se encontra superlotado. Para tanto, expeça-se carta precatória pedindo autorização ao juízo competente.

Enquanto internado no hospital, autorizo a visita da genitora nos horários estabelecidos pela própria instituição de saúde. Intime-se o hospital.

Designo a audiência de apresentação e continuação para a data X. P.R.I.

A Defensoria Pública é intimada pessoalmente com vista dos autos da decisão acima proferida. Diante disso, responda fundamentadamente às seguintes perguntas:

- a) Existe recurso cabível da decisão? Qual? Alguma outra medida processual seria cabível? Qual o caminho processual mais eficaz a ser adotado pelo(a) Defensor(a) Público(a)?
- b) Indique os argumentos e pedidos que podem ser realizados em favor de João.

ESPELHO:

a.1. Recurso cabível – agravo de instrumento – art. 198, do ECA, combinado com art. 1015, inciso I, do CPC.	0,5	
a.2. Medida processual mais eficaz – Habeas Corpus – art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal. É mais eficaz que o recurso porque tem prioridade de tramitação nos Tribunais.	0,5	
b.1. Preliminar – nulidade do procedimento infracional por violação do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), pois a representação só poderia ser oferecida e a internação provisória só poderia ser decidida depois da oitiva informal do adolescente, conforme artigos 179 e 180, do ECA (0,5 ponto);	3,0	

<p>Pedido principal: liberação de João.</p> <p>Fundamentos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - de acordo com o ECA, nos termos do artigo 122, inciso I, o ato praticado não é grave, pois não envolve violência ou grave ameaça, não justificando a aplicação de internação ao final. Assim, pelos princípios da legalidade e da homogeneidade/proporcionalidade, não se justifica a internação provisória (0,5 ponto); - citar súmula 492, do STJ, aplicando-a analogicamente à internação provisória (0,5 ponto); - criticar a jurisprudência atual de que a “reiteração” prevista no art. 122, I, do ECA, independe do número de antecedentes, resgatando a argumentação anterior de que seriam necessárias, no mínimo, três condenações, visto que reiteração é mais que mera reincidência (0,25 ponto); - ausência de requisitos para internação provisória, com base no fato de o adolescente estar internado em hospital por ter sido alvejado com dois projéteis, não oferecendo perigo à ordem pública nem à sua própria segurança pessoal, conforme exige o artigo 174, do ECA. Citar inexistência de requisitos dos artigos 311 e seguintes do CPP (0,5 ponto); - a superlotação do sistema na cidade impede o cumprimento de internação por ato sem violência ou grave ameaça, devendo o adolescente ser transferido para cumprir medida em meio aberto, nos termos do artigo 49, inciso II, da Lei n. 12.594/2012. Assim, mesmo em caso de condenação, o adolescente não seria internado, não se justificando a internação provisória (0,5 ponto); - afirmar que, ainda que o adolescente já tenha cumprido liberdade assistida e supostamente voltado a praticar ato infracional, ainda existe medida de semiliberdade passível de ser aplicada e ainda não tentada, sustentando o viés educativo da medida socioeducativa, devendo a internação ser sempre a <i>ultima ratio</i> (0,25 ponto). 		
<p>b.2. Pedido paralelo: autorização para o responsável ficar em tempo integral com o adolescente no hospital, mas não apenas nos horários determinados pela instituição de saúde, nos termos do artigo 12, do ECA.</p>	<p>1,0</p>	

PADRÃO DE RESPOSTA:

O recurso cabível é o agravo de instrumento, nos termos dos arts. 198, do ECA e 1015, I, CPC. Todavia, em concreto, mais eficaz a impetração de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF) em decorrência da prioridade de tramitação nos Tribunais.

Preliminarmente, deve-se pleitear a nulidade do procedimento infracional, por violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Conforme os arts 179 e 180 do ECA, imprescindível a oitiva informal do adolescente, consagrando-se a autodefesa, assim como a possibilidade de se ter arquivado os autos ou concedida a remissão antes do início do processo de apuração judicial.

O pedido principal a ser elaborado é a imediata liberação do adolescente apreendido. Primeiramente, o artigo 122, inciso I, do ECA, reserva a internação para atos infracionais praticados mediante violência ou grave ameaça, circunstâncias não evidenciadas no caso não se justificando, pelos princípios da legalidade e da homogeneidade ou proporcionalidade, a internação provisória. No caso do tráfico, há inclusive entendimento sumulado pelo STJ que dispõe que sua prática não impõe, por si só, a medida de internação.

Necessário impugnar, ainda, a imposição da internação com base no inciso II, do artigo 122, uma vez que o conceito de reiteração deve englobar no mínimo duas condenações anteriores, não se confundindo com a mera reincidência, como já decidido pelo STJ anteriormente.

No mais, não se evidenciaram os requisitos objetivos da internação provisória do adolescente, seja conforme art. 311 e seguintes do CPP, seja pelo art. 174 do ECA, que fundamenta a medida na manutenção da ordem pública ou na segurança do adolescente, o que não se verificou em concreto, estando o adolescente hospitalizado.

Destaca-se, ainda, que o inciso II, do art. 49, da Lei do SINASE, dispõe que a superlotação do sistema na cidade impede a internação por

ato sem violência ou grave ameaça, devendo o adolescente ser aplicada medida em meio aberto, não se justificando, assim, a internação provisória.

Ademais, a medida de internação é considerada *ultima ratio*, somente se justificando se presentes os requisitos objetivos e, ainda, que medidas menos gravosas sejam insuficientes. Assim, viável a substituição por medidas em meio aberto e ou, subsidiariamente, semiliberdade, ainda não aplicada.

Por fim, necessário requerer autorização para o responsável ficar em tempo integral com o adolescente no hospital, direito previsto no artigo 12, do ECA.

APROUNDAMENTO:

Pessoal, vale a pena tecer mais alguns comentários com relação aos argumentos principais a serem utilizados na defesa de João. Vamos lá!

1. Nulidade do procedimento, em razão da não realização da oitiva informal e violação do devido processo legal

Com relação a não realização da oitiva informal e a ofensa ao devido processo legal em âmbito infracional, o raciocínio a ser desenvolvido deverá levar em conta, em especial, dois tópicos: a) uma compreensão geral sobre o fluxo do procedimento de apuração e julgamento do ato infracional; e b) um entendimento a respeito do propósito da oitiva informal e o momento em que esta deve ocorrer no rito do processo.

No caso em análise, temos um adolescente apreendido em flagrante de ato infracional. O caminho a ser percorrido em tal situação se inicia, portanto, com a apreensão do adolescente, e sua posterior apresentação à autoridade competente.

Conforme disciplinado pelo ECA:

Art. 172. O adolescente apreendido em flagrante de ato infracional será, desde logo, encaminhado à autoridade policial competente.

Realizada a apreensão e submetido o adolescente à autoridade policial, dois caminhos se abrem: o adolescente pode ser liberado ou não.

No caso de João, não houve liberação. Assim sendo, determina o ECA que o adolescente seja encaminhado ao Ministério Público, para a realização de sua oitiva informal junto ao órgão ministerial.

Art. 175. Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência.

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

A oitiva em questão serve para que o representante do Ministério Público obtenha um relato do ocorrido a partir de contato direto com o adolescente. E é com base em tal contato, e nas demais informações submetidas documentalmente, que o representante do Ministério Público dá sequência ao procedimento: encerrando o feito (seja promovendo o arquivamento dos autos, ou concedendo remissão) ou dando continuidade a ele, com o oferecimento da representação - a peça inaugural do processo judicial de apuração do ato infracional, por meio da qual o Ministério Público se manifesta em favor da aplicação de medida socioeducativa em face do adolescente.

Art. 180. **Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:**

- I - promover o arquivamento dos autos;
- II - conceder a remissão;
- III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público,

mediante termo fundamentado, que conterà o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

Art. 182. Se, por qualquer razão, o representante do Ministério Público não promover o arquivamento ou conceder a remissão, oferecerá representação à autoridade judiciária, propondo a instauração de procedimento para aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada.

É justamente com base na representação oferecida que o Poder Judiciário se manifesta, decidindo sobre a aplicação ou não da internação provisória – ou seja, definindo se o adolescente responderá ao processo privado de liberdade ou livre.

Aqui vem o ponto chave da questão.

O Representante do Ministério Público só poderá oferecer a representação após a realização da oitiva informal. A realização de um ato depende da realização do outro – o que fica claro pela leitura do artigo 180 do ECA, acima em destaque.

Não sendo realizada a oitiva, não há possibilidade de dar sequência ao feito, pois não há como oferecer representação.

No mesmo sentido, se não pode ser oferecida a representação, não pode ser determinado o acautelamento provisório. Assim sendo, o descumprimento de um dos atos definidos no rito – daí a violação do devido processo legal – faz com que a decisão proferida seja ilegal.

Dessa maneira, deve-se pleitear, preliminarmente, a nulidade do procedimento infracional, por violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Conforme os arts 179 e 180 do ECA, imprescindível a oitiva informal do adolescente, consagrando-se a autodefesa, assim como a possibilidade de se ter arquivado os autos ou concedida a remissão antes do início do processo de apuração judicial.

IMPORTANTE: A cereja do bolo nessa questão seria trazer uma breve crítica ao instituto da oitiva informal, o qual muitos autores

entendem inconstitucional, uma vez que não há presença de defensor ou advogado em favor do adolescente, o que implicaria em um tratamento mais gravoso em comparação a um adulto, em violação ao princípio da legalidade. Nesse sentido trazemos a lição de Zapata, Frasseto e Gomes¹:

Há alegação defensiva de que a oitiva informal possui viés inconstitucional e que a presença de defensor seria obrigatória. Importante salientar que, neste ato, as informações colhidas do adolescente, pelo representante do Ministério Público, são levadas ao processo, instruindo a representação ofertada, o que, a depender do conteúdo, causa evidente prejuízo ao adolescente. Esse prejuízo é patente, sobretudo, quando este confessa a prática do ato frente ao Promotor de Justiça, devendo, pois, ter se reunido antecipadamente com seu defensor, para formulação de melhor defesa, especialmente por se tratar de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. Afora tais fundamentos, ainda é preciso ressaltar que ao adolescente não se pode oferecer tratamento mais gravoso que ao adulto, sendo certo que na área criminal já está consolidada a garantia da defesa técnica em todas as fases do processo penal.

2. Impossibilidade de ser determinada a internação provisória de João, com base nos princípios da legalidade e da homogeneidade ou proporcionalidade

O artigo 174 do ECA elenca as situações excepcionais, em que o adolescente deverá permanecer provisoriamente acautelado – ou seja, responder ao processo privado de liberdade, em cumprimento de internação provisória. Vejamos:

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** (grifamos).

¹ Direitos da criança e do adolescente / Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes. – São Paulo : Saraiva, 2016. – (Coleção defensoria pública: ponto a ponto).

Ademais, conforme preconizam os artigos 108 e 183 do ECA, o prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de 45 dias.

Vemos que o ECA traz regulamentação bem pobre da internação provisória, que parte, basicamente, do binômio internação-liberdade, além de não disciplinar com detalhamento as suas hipóteses de cabimento, diferentemente do que ocorre no regramento das prisões cautelares pelo CPP.

Em razão disso, na prática, frequentes são os casos de adolescentes internados provisoriamente por atos infracionais análogos ao furto ou à receptação, por exemplo, havendo uma verdadeira banalização da internação provisória e ocasionando a privação da liberdade do adolescente por atos infracionais em razão dos quais, se fosse adulto, sequer seria preso provisoriamente.

Tal cenário traduz concomitante ofensa ao princípio da legalidade, previsto de forma expressa no inciso I, do art. 35, da Lei nº 12.594/2012 (Lei do SINASE)², o qual dispõe que não pode ser conferido tratamento mais gravoso ao adolescente, que aquele dado aos adultos.

Nesse sentido, na defesa do adolescente, havendo determinação de internação provisória, precisamos estar atentos a esse panorama. O raciocínio deve ser o seguinte: como se trata de medida cautelar, a internação provisória precisa seguir o princípio da homogeneidade ou da proporcionalidade, segundo o qual só se pode adotar uma medida em caráter cautelar quando também puder ser adotada ao final do procedimento, quando da prolação da sentença.

² Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; (...)

A internação provisória, assim, somente poderá ser determinada quando cabível a medida socioeducativa de internação, conforme hipóteses taxativas previstas no art. 122 do ECA, quais sejam:

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.

Neste momento, importa a análise do inciso I, de onde se verifica que, conforme disposição expressa do ECA, somente atos praticados com grave ameaça ou violência à pessoa são considerados “graves”, a justificar a imposição da medida socioeducativa de internação.

Em síntese, e com base nos princípios da legalidade e da homogeneidade das medidas cautelares, o cabimento da internação provisória somente será possível se presentes, minimamente, os seguintes requisitos, de forma cumulativa: indícios suficientes de autoria e materialidade (*fumus comissi delicti*), nos termos do p.º, art. 108 do ECA; razões de cautelaridade (*periculum libertatis*), conforme art. 174 do ECA e art. 312 do CPP; e existência de alguma das hipóteses do art. 122 do ECA.

Sobre o tema lecionam Zapata, Frasseto e Gomes³:

“Retornando à hipótese de liberação ou apreensão, apresentado ao Ministério Público, o adolescente será submetido à oitiva informal. Neste ato, se o Promotor de Justiça entender cabível a representação para o decreto de internação provisória, deverá, em simultâneo, oferecer representação ao juízo competente. **Para a análise do cabimento da internação provisória, deverá ser observada a justa causa da ação socioeducativa, ou seja, se existe indícios de materialidade e de autoria, bem como se verifique a gravidade concreta do ato infracional nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal, além de seus demais requisitos.**

³Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 171-172.

Importante, ainda, que se averigüe se, ao final da ação, seria possível a imposição de medida privativa de liberdade. A internação provisória tem o prazo máximo de 45 dias” (grifamos).

Feitos estes esclarecimentos, passemos a análise da internação provisória na questão proposta.

Na questão, é possível perceber que a decisão proferida pelo magistrado aborda os dois primeiros requisitos para a aplicação da medida de internação provisória, isto é, a gravidade do ato infracional e a repercussão social, nos termos do art. 174, ECA, de maneira bastante genérica. O magistrado faz menção à gravidade abstrata do ato (afirmando que seria análogo a crime assemelhado à hediondo) e, também, fundamenta a existência de repercussão social, de maneira genérica, ao associar o ato concreto ao financiamento da criminalidade organizada.

Entretanto, de acordo com o ECA, nos termos do artigo 122, inciso I, o ato praticado não é grave, diferente do que afirma, genericamente, o magistrado, pois não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, não justificando a aplicação da medida socioeducativa de internação ao final do procedimento.

Decisões como essa, que determinam a internação provisória em razão da gravidade abstrata do ato, devem ser entendidas como nulas, nos termos do art. 93, IX, CF/88, pois ofendem a garantia constitucional da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade (art. 227, § 3º, inciso V, da CF/88), não encontram respaldo nas hipóteses taxativas do art. 122 do ECA e não mostram a relação de instrumentalidade que deve haver entre a medida e o transcurso do procedimento.

O STF, no HC nº 122.886, analisou a questão da gravidade em abstrato do ato, entendendo que não deve ser fundamento para a decretação da medida de internação, seja provisória, seja no final do procedimento. Vejamos:

HABEAS CORPUS. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO DETERMINADA COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE EVIDENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.** 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. 2. **A medida socioeducativa de internação imposta com base apenas na suposta gravidade abstrata do ato infracional ofende a garantia da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade determinada pelo texto constitucional (art. 227, § 3º, V) e contraria o rol taxativo do art. 122 da Lei nº 8.069/1990.** 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar ao Juízo de origem que, com base nas circunstâncias objetivas do caso concreto, fixe medida socioeducativa menos gravosa e que favoreça a inserção social dos pacientes, que deverão aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença. (STF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma) (grifamos).

Em sendo assim, pelos motivos expostos, a determinação da internação provisória de João é flagrantemente ilegal, em especial por ofender os princípios da legalidade e da homogeneidade ou proporcionalidade das medidas cautelares.

3. Súmula nº 492 do STJ aplicada, analogicamente, à internação provisória

A súmula nº 492 do STJ dispõe que o simples fato do adolescente ter praticado ato infracional análogo ao tráfico não autoriza, por si só, a medida de internação:

Súmula 492. “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

E por que isso? Bem, como já vimos, o ECA disciplina a medida de internação em seu art. 122, que traz um rol taxativo em três incisos nos quais a internação poderá ser aplicada. Dessa forma, o STJ, ao analisar

ato infracional análogo ao tráfico de drogas, entendeu que não se encaixa necessariamente em nenhum desses incisos. O Superior Tribunal preconiza que, se no caso concreto não estiver caracterizada nenhuma das hipóteses do art. 122 do ECA, não é possível a aplicação da medida socioeducativa de internação, ainda que se trate de ato análogo ao tráfico de drogas.

Entretanto, são muito comuns, na prática, decisões como a da questão proposta, em que o magistrado determina a internação provisória do adolescente em razão da prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, justificando em sua repercussão social, o que, supostamente, seria suficiente para a aplicação da medida de internação.

Já verificamos o equívoco de decisões judiciais como essa, que não fundamentam a imposição da medida de internação com base em uma das hipóteses do art. 122 do ECA, mas sim em razão da gravidade abstrata do ato. Há farta jurisprudência dos tribunais superiores que repudia tal argumentação, pois ofende a garantia constitucional da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade (art. 227, § 3º, inciso V, da CF/88) e contraria o rol taxativo do art. 122 do ECA.

Desta forma, é de se perceber que a determinação da internação provisória de João não se sustenta, pois viola, frontalmente, a súmula nº 492 do STJ, já que não há motivo algum, no caso, a justificar a internação de João, seja provisoriamente, seja em sentença ao fim do procedimento. Tal súmula é passível de ser aplicada, de forma análoga, à internação provisória, com base no princípio da homogeneidade ou proporcionalidade que rege as medidas cautelares.

Sobre o assunto, muito relevantes as considerações feitas por Zapata, Frasseto e Gomes⁴:

⁴ Direitos da criança e do adolescente/ Fabiana Botelho Zapata, Flávio Américo Frasseto; coordenação Marcos Vinícius Manso Lopes Gomes – São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Defensoria Pública: ponto a ponto) – p. 136-137.

“(…) importante abrir-se um parêntese com a finalidade de explicitar a situação do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas que, apesar de destituído de violência ou grave ameaça à pessoa em sua prática, é assemelhado a crime hediondo e que, por isso, comumente enseja a aplicação da medida mais extrema prevista pelo Estatuto.

Diante de tantas impugnações às sentenças que aplicam medida de internação por prazo indeterminado ao autor de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, diversos são os julgados no sentido de firmar o não cabimento da medida. Nesse sentido, vale citar STJ, HC 288.882/SP, publicado em 4-11-2014⁵.

Mesmo em decisões em que os habeas corpus impetrados não são conhecidos, em virtude da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal⁶, certo é que os Tribunais Superiores têm reconhecido a ilegalidade da aplicação da medida de internação aos atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de drogas, ainda mais quando considerada apenas a suposta gravidade abstrata da conduta.

Relevante, ainda, a citação da Súmula 492, do Superior Tribunal de Justiça, que aduz: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”. Para muitos, foi ela considerada um avanço, já que elevou ao status de entendimento sumulado a percepção de que o ato infracional de tráfico não leva

⁵ PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 122 DO ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ROL TAXATIVO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 492/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, recurso especial ou de revisão criminal ressaltando, entretanto, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de evidente constrangimento ilegal.

2. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA.

3. Na espécie, o aspecto determinante para a alteração da medida socioeducativa de liberdade assistida pela de internação foi a prática em si do ato infracional análogo ao tráfico de drogas, entendimento que contraria a jurisprudência desta Corte sobre o tema, consolidada na Súmula 492/STJ.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a medida de internação e restabelecer a liberdade assistida, definida no juízo de primeiro grau.

(STJ, Relator: Min. GURGEL DE FARIA, Data do julgamento: 23/10/2014, Quinta Turma).

⁶ Súmula 691. *Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.*

diretamente à aplicação da medida extrema, por ser equiparado à figura de crime assemelhado aos hediondos.

Contudo, de outro lado, há que se reconhecer que a súmula abriu espaço para que seja aplicada medida de internação a adolescentes que não cometeram ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o caso concreto disponha sobre o acerto da imposição de medida extrema”.

4. O conceito de reiteração previsto no inciso II, do artigo 122, do ECA

Como já explicitado, o adolescente acusado da prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, somente pode ser submetido à medida socioeducativa de internação com fundamento no inciso II, do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *por reiteração no cometimento de outras infrações graves*.

Imperioso ressaltar, contudo, que o conceito de reiteração foi objeto de interpretações jurisprudenciais divergentes, de modo que, em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça entendia que, para caracterizar reiteração, era necessária a prática e condenação por pelo menos 3 (três) atos infracionais de natureza grave. Senão, vejamos:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ATO DESPROVIDO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REITERAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. INTERNAÇÃO-SANÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a internação, medida sócio-educativa extrema, só está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedente.

2. O ato infracional cometido pelo menor – furto –, embora seja socialmente reprovável, é desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa.

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

4. Os processos nos quais foi concedida a remissão não se prestam a configurar antecedentes, nos termos do art. 127 da Lei n.º 8.069/90.

Precedentes.

5. Conforme o disposto no art. 122, § 1.º, da Lei n.º 8.069/90, a medida de internação, imposta em razão de descumprimento injustificado de medida socioeducativa, não poderá exceder o prazo de 03 (três) meses. Precedentes.

6. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, anular a decisão de primeiro grau no que diz respeito à medida socioeducativa imposta e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente aguardar em liberdade assistida a prolação de novo decisum.⁷

Todavia, a partir do ano de 2013, em decorrência do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete efetivamente a interpretação da legislação infraconstitucional, passou a oscilar no que concerne à interpretação do conceito de reiteração.

Em tal sentido, a 5ª Turma do STJ passou a interpretar que a o conceito de reiteração não exige números mínimos de infrações anteriores, cabendo ao magistrado a análise do caso concreto para a verificação da medida socioeducativa adequada às circunstâncias:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS. COMPROMETIMENTO COMO O CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTADA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 492/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A medida socioeducativa de internação é possível nas hipóteses do art. 122 da Lei n.º 8.069/1990, a saber: a) quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou

⁷ HC 155.060/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 12.4.2010

violência contra a pessoa; b) quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves; ou c) quando haja o descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

Na hipótese dos autos, a internação foi imposta de acordo com a legislação de regência e em atenção às peculiaridades do caso, tendo em vista a quantidade e natureza da droga apreendida (treze porções, pesando 17,77 gramas, de crack), evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como a reiteração do cometimento de outras infrações, já tendo, inclusive, sido aplicadas outras medidas socioeducativas, sem sucesso. **Inaplicabilidade do enunciado n. 492 da Súmula/STJ.**

– **Habeas corpus** não conhecido.⁸

Atualmente, apesar da referida divergência, há uma forte tendência à aplicação do segundo entendimento, mais gravoso ao adolescente, de que a medida de internação poderia ser imposta já no segundo cometimento e procedência de representação por infração grave, seguindo-se uma tendência punitivista.

Tal entendimento, contudo, deve ser criticado pelo candidato/defensor público, haja vista a maior segurança jurídica do entendimento anterior, o qual retira o arbítrio do magistrado no que concerne à aplicação da medida privativa de liberdade, garantindo orientação segura para o adolescente, assim como para os demais órgãos do sistema de justiça.

No mais, tem-se que o dispositivo em questão deve ser interpretado à luz de todo o sistema de proteção da criança e do adolescente e dos próprios princípios que incidem na aplicação das medidas socioeducativas. De tal sorte, em sendo a medida de internação pautada nos princípios da excepcionalidade, brevidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, somente poderá ser aplicável em circunstâncias extremas, coadunando-se, assim, com o entendimento jurisprudencial acerca da necessidade de verificação objetiva de, ao menos, três condutas infracionais graves, além da verificação concreta

⁸ HC n.º 231.170/SP, Relatora a Ministra **Marilza Maynard** – Desembargadora Convocada do TJ/SE –, DJe de 19/4/2013.

da efetiva necessidade e adequação da medida em relação às medidas menos gravosas.

5. Ausência de requisitos para a internação provisória (garantia da segurança pessoal do adolescente ou manutenção da ordem pública), em razão de João estar internado em hospital

Conforme já abordado na análise do fundamento 2 (“Impossibilidade de ser determinada a internação provisória de João, com base nos princípios da legalidade e da homogeneidade ou proporcionalidade”), o art. 174 do ECA faz referência a quatro elementos ao elencar as situações em que a internação provisória do adolescente é permitida, quais sejam: (a) gravidade do ato infracional; (b) repercussão social; (c) garantia da segurança pessoal do adolescente e (d) manutenção da ordem pública.

Os dois primeiros requisitos para a aplicação da medida são abordados de maneira bastante genérica pela decisão proferida – o que por si só já é criticável e deve ser objetado, como já vimos.

No momento, importa tratarmos mais especificadamente dos dois últimos elementos, que seriam as hipóteses de justificação para a decretação do acautelamento provisório com base na garantia da segurança pessoal do adolescente e/ou na manutenção da ordem pública. Com relação à tais elementos, a decisão não faz nenhuma menção.

Em concreto, o caso narrado não oferece nenhum elemento que possa indicar que tais hipóteses se configuraram.

Isto porque o adolescente se encontra hospitalizado, vítima de disparos de arma de fogo. Ainda que não tenha havido detalhamento do caso, em abstrato, tal situação representa grave quadro médico. É de se supor que em tal condição ele não oferece nenhum risco para a sociedade – não há como fugir, se esquivar do cumprimento de qualquer determinação judicial, atrapalhar em nenhuma medida as investigações e apurações sobre a prática de seu ato ou mesmo praticar novos ilícitos.

Não há condições de haver nenhuma perturbação da ordem pública por parte do adolescente.

No mesmo sentido, não há qualquer informação que permite pensar que sua segurança ou integridade física se encontra em risco. Não há notícias de ameaça ou expectativa de qualquer represália em seu desfavor. Ao contrário, o adolescente se encontra internado em hospital, apenas se dedicando a própria recuperação e recebendo atendimento médico. Manter a medida privativa de liberdade a título de um genérico temor pela sua integridade física seria desmedido e desproporcional – é trocar uma alegada necessidade segurança por restrição da liberdade.

Não se evidenciaram os requisitos objetivos da internação provisória do adolescente, seja conforme art. 311 e seguintes do CPP, seja pelo art. 174 do ECA.

Desta feita, a medida aplicada é completamente injustificada.

Por fim, vale ressaltar que, para a análise do cabimento da internação provisória, deverá ser observada a justa causa da ação socioeducativa, ou seja, se existe indícios de materialidade e de autoria, bem como se verifique a gravidade concreta do ato infracional nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal, além de seus demais requisitos.

6. Inexistência de vaga para medida de internação na cidade de residência do adolescente

Sabe-se que o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, foi inicialmente previsto na Resolução Conanda nº 119/2006, sendo definido como um *conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medidas socioeducativas.*

Todavia, somente com a edição da Lei nº 12.594/2012 é que o SINASE foi efetivamente instituído, e regulamentado o processo e

execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes a quem se atribui a prática de ato infracional.

O Título II da Lei do SINASE dispõe sobre a execução das medidas socioeducativas, prevendo, em seu Capítulo III, os direitos individuais do adolescente submetido à execução das referidas medidas.

Em tal sentido, em consonância com o princípio da proteção integral, assim como com o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, estabeleceu o artigo 42, inciso II, da Lei do SINASE o direito de o adolescente condenado pela prática de ato infracional sem violência ou grave ameaça, *ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade.*

Destaca-se, assim que, em que pese o artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecer a possibilidade, devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto de se aplicar medida socioeducativa de internação por reiteração no cometimento de outras infrações graves, no caso em análise foi imputado ao adolescente a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, sem violência ou grave ameaça, de modo que a inexistência de vagas no sistema da cidade implicaria, por expressa determinação legal, na inclusão do adolescente em programa em meio aberto.

Imperioso ressaltar que, ainda que abstratamente o ato infracional análogo ao tráfico seja considerado grave e elencado como hediondo nos termos da Lei nº 8.072/90, não é crime praticado com violência ou grave ameaça e, por tal motivo sequer poderia implicar, por si só, na aplicação da gravosa medida socioeducativa de internação, conforme disposto na da Súmula nº 492, do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, mesmo diante da Súmula em questão e da expressa previsão legal no que concerne à vedação da determinação de cumprimento de medida privativa de liberdade fora de sua comarca para atos infracionais sem violência ou grave ameaça, ainda é comum nos

juízos de primeiro grau e Tribunais de Justiça dos Estados, a colocação de adolescentes em unidades distantes de suas residências, para o cumprimento de medida de internação em casos de tráfico de droga, sendo, pois, imperiosa a impugnação, seja por meio de agravo de instrumento, seja por meio de habeas corpus, citando-se como precedente do STJ o HC 285.538, de origem do TJSP, publicado em 27.03.2014.

7. Ofensa aos princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade ao ser aplicada a medida socioeducativa de internação

Primeiramente, é importante observar as fontes normativas que preveem a internação como medida excepcional. Tal previsão se encontra tanto no ordenamento jurídico interno, como em documentos internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, o artigo 19 das Regras de Beijing:

“19. Caráter excepcional da institucionalização
19.1 A internação de um jovem em uma instituição será sempre uma medida de último recurso e pelo mais breve período possível.”

Na legislação interna, há previsão expressa na Constituição sobre a excepcionalidade de medidas privativas de liberdade:

Art. 227 (...) § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: (...) V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;”

Há ainda a conhecida previsão do ECA a respeito:

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.”

Numa questão dissertativa sobre o tema, é imprescindível que ao menos esses três dispositivos sejam citados. Os concursos de Defensoria dão muita importância a tratados e documentos internacionais de direitos humanos, então o candidato deve sempre se preocupar em citá-los.

É importante ressaltar que, para além das hipóteses restritivas expressamente previstas no ECA, a excepcionalidade da internação de adolescentes deve ser lida como um princípio geral, aplicável a uma ampla gama de situações, servindo como recurso argumentativo constante do Defensor Público e do candidato dos concursos de Defensoria.

Especificamente no caso apresentado, é possível verificar que nenhuma das hipóteses do art. 122 do ECA se encontra presente. O ato apresentado não contém violência ou grave ameaça; não se trata de reiteração na conduta (de acordo com o item 6 acima); e não houve descumprimento reiterado da medida anteriormente imposta.

Importante perceber que, no caso do inciso III do art. 122 (descumprimento reiterado de medida anteriormente imposta), sequer se faz relevante aqui a discussão sobre se tal reiteração significa dois ou três descumprimentos da medida, pois o adolescente a descumpriu apenas uma vez. Assim, não é cabível a imposição da medida de internação.

Aqui cabe aplicar o critério da proporcionalidade, decorrente do devido processo legal, em sua vertente material (art. 5º, LIV, CF). Mesmo que se considere a necessidade de substituição da medida em meio aberto para uma em meio fechado, isso não implica a necessária imposição da medida de internação, que tem caráter excepcional, devendo ser aplicada, antes disso, a medida de semiliberdade, que é mais branda e, portanto, mais proporcional ao caso, e permite uma maior ressocialização se comparada à medida de internação.

Por fim, cabe trazer uma importante disposição da lei do SINASE (Lei nº 12.594/2012) sobre a substituição da medida socioeducativa por

outra mais gravosa e a necessidade do devido processo legal, com parecer técnico e oitiva do adolescente:

“§ 4º A substituição por medida mais gravosa somente ocorrerá em situações excepcionais, após o devido processo legal, inclusive na hipótese do inciso III do art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e deve ser:

I - fundamentada em parecer técnico;

II - precedida de prévia audiência, e nos termos do § 1º do art. 42 desta Lei.”

Esse artigo deve ser necessariamente citado sempre que a questão envolver substituição de medida socioeducativa por outra mais gravosa (atenção para não usar o termo “regressão” de medida socioeducativa, pois ele é restrito à execução penal), para atacar aspectos formais da substituição, que a tornem ilegal.