

TESE 22

Proponente: NÚCLEO ESPECIALIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Área: INFÂNCIA E JUVENTUDE

II Encontro Estadual - 2008

Súmula: Não cabe medida sócio-educativa de internação por tráfico de intorpecentes em caso de adolescente sem antecedentes ou com apenas um antecedente por infração grave.

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 E FÁTICA:

O *caput* do artigo 121 da Lei 8069/90 prevê que a medida sócio-educativa de internação submete-se ao princípio da excepcionalidade. Neste mesmo sentido é o disposto no artigo 227, § 3º, inciso V, da Constituição Federal quanto às medidas sócio-educativas em meio fechado.

Isso se dá porque tais medidas sócio-educativas são as mais graves das previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois privam o adolescente de seus direitos de liberdade de ir e vir bem como o de convivência com a família e com a comunidade, os quais são estabelecidos expressamente no *caput* do citado dispositivo constitucional.

O artigo 122 da Lei 8069/90 estabelece rol taxativo dos casos em que cabe a medida sócio-educativa de internação, e, por ser restritivo de direitos, deve ser o aludido dispositivo interpretado restritivamente. Dispõe este dispositivo: "*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*" (grifos nossos). A expressão "só poderá ser aplicada quando" já indica que, como acima exposto, trata-se de rol taxativo.

Além disso, o parágrafo 2º do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que "*em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*".

Assim, da análise do princípio da excepcionalidade que norteia a aplicação da medida sócio-educativa de internação, bem como dos dispositivos acima citados, conclui-se que tal medida somente poderá ser aplicadas se presente alguma das hipóteses taxativas do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente acima citadas e desde que outra medida sócio-educativa mais branda não seja adequada ao caso concreto.

Há muita polêmica quanto a aplicação das medidas sócio-educativas nos casos em que o ato infracional praticado é o de tráfico de entorpecentes. Existe posicionamento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que tal ato seria extremamente grave, tanto que equiparado a crime hediondo para o adulto que pratique a mesma conduta, de modo que a violência potencial a toda a sociedade autorizaria a aplicação da medida sócio-educativa de internação com fundamento no inciso I do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, como acima já citado, o rol do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente é taxativo, tanto que seu *caput* é expresso ao dizer a medida sócio-educativa de internação **só** poderá ser aplicada nos casos nele previstos. Sendo rol taxativo, não se pode admitir interpretação extensiva, como a que quer abarcar o tráfico de entorpecentes, conduta esta que, em seu tipo penal correspondente, não tem qualquer elemento de violência ou grave ameaça à pessoa.

Além disso, o princípio da excepcionalidade que norteia as medidas sócio-educativas em meio fechado também indica que a interpretação das hipóteses de cabimento de tais medidas deve ser restritiva.

Conforme Cury, Garrido e Marçura, em Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, o ato infracional em apreço não pode dar ensejo à internação: "a *violência deve integrar o tipo penal, afigurando-se incorreta a determinação de internação de adolescente primário por tráfico de entorpecentes, sob o argumento de violência à sociedade, mesmo porque todo e qualquer ato infracional revela desvalor social*"^[1].

Embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seja adepto a primeira corrente aqui exposta, é possível encontrar posicionamentos isolados no sentido aqui defendido, vejamos:

"MENOR - Habeas Corpus – procedência de representação pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Aplicação de internação – Alegada violação do princípio da excepcionalidade da medida sócio-educativa – Declaração da ilegalidade decorrente da inobservância das hipóteses taxativas, previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Ordem concedida.

O decreto de internação fundado na natureza do ato infracional não conta com amparo legal, ainda que inequívoca a sua gravidade e potencialidade lesiva.

Se o diploma legal que rege a forma de ressocialização do menor infrator não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador; trata-se de princípio básico de hermenêutica.

(...) De remate, o paciente não registra antecedentes, e, portanto, não se cogita de manutenção da medida sócio-educativa com fundamento no inciso II, do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por tais sucessos, inadequada a medida sócio-educativa de internação, vislumbrando-se, conseqüentemente, o constrangimento ilegal autorizador do acolhimento do remédio heróico" (TJ, HC nº 158.672-0/4-00, Cam. Esp., voto vencido, Rel Des. Eduardo Pereira Santos, j. 14.4.2008). Ainda:

"MENOR. INTERNAÇÃO. PRÁTICA DE FURTO QUALIFICADO TENTADO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE TÉCNICA. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA APLICADA FORA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ORDEM CONCEDIDA PARA SUBSTITUIR A INTERNAÇÃO POR LIBERDADE ASSISTIDA. Voto vencido.

A internação imposta não guarda correlação com os atos infracionais praticados, a rigor do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que cuida, sabidamente, de rol taxativo para a medida de segregação.

Questões de política criminal ou de interpretação analógica não podem ser usadas para adequar o conteúdo da lei à realidade social se importam em prejuízo ao acusado, seja ele réu ou representado, como no caso dos autos. É regra elementar de hermenêutica.

Se o estatuto que rege a forma de ressocialização do menor infrator, imposto pelo Estado, não prevê para a hipótese a imposição de medida mais gravosa, ao Judiciário não é dado alterar o comando da vontade do legislador.

A matéria encontra-se pacificada junto ao C. Superior Tribunal de Justiça (RHC 21400/SP, HC 76332/SP), bem como junto ao C. Supremo Tribunal Federal (HC 89326, HC 88748)" - TJ/SP, HC 157.955-0, Sorocaba, Des. Eduardo Pereira Santos, 05.05.2008.

Também no mesmo sentido é a declaração de voto vencido do mesmo relator acima citado no julgamento do HC nº 158.112-0/0 da Câmara Especial do Tribunal de Justiça com julgamento em 14.4.2008.

Já o Superior Tribunal de Justiça, na análise do tema, tem se posicionado no sentido aqui defendido:

"(...) é exaustiva a enumeração das hipóteses legais de imposição da medida de internação, incabendo toda e qualquer interpretação extensiva ou aplicação analógica de norma, mormente porque em prejuízo da liberdade.

Desse modo, mesmo em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes, ainda que considerado equiparado a hediondo, não se caracterizando hipótese de reiteração na prática do ato infracional, é inaplicável a medida sócio-educativa de internação" (STJ, HC nº 108.427-SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 12.07.2008). Também no mesmo sentido:

HABEAS CORPUS Nº 108.430 - SP (2008/0128516-0), RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, IMPETRANTE: GISELE XIMENES VIEIRA DOS SANTOS INÁCIO - DEFENSORA PÚBLICA, IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, PACIENTE: R I (INTERNADO). EMENTA - Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação. 2. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 3. Habeas Corpus concedido, para anular o acórdão no tocante à medida de internação,

a fim de que outra decisão seja prolatada, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi. Brasília/DF, 11 de setembro de 2008 (Data do Julgamento). NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR.

Ainda aqui deve ser analisado o disposto no inciso II do artigo 122 do mesmo Estatuto, quanto à impossibilidade de aplicação de medida sócio-educativa de internação ao adolescente pela prática de tráfico de entorpecentes caso tenha apenas um antecedente.

Tal dispositivo legal, como acima exposto, prevê que é possível a aplicação de medida sócio-educativa de internação por reiteração no cometimento de atos infracionais graves, ainda que sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Primeiramente, tendo em vista o princípio constitucional fundamental da presunção de inocência, não podem ser considerados, para configurar a incidência de tal dispositivo legal, processos em andamento ou arquivados. Neste sentido:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO ESTABELECIDA EM RAZÃO DA GRAVIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. REITERAÇÃO DE CONDUTA INFRACIONAL. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MALFERIMENTO AO ART. 122 DA LEI 8.069/90. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. 1. A internação, medida sócio-educativa extrema, está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora Paciente, cujo ato infracional – tráfico ilícito de entorpecentes – deu-se sem uso de violência ou grave ameaça à pessoa. Precedentes. 2. Embora o menor possua passagens anteriores pela Vara da Infância e Juventude, nenhuma delas resultou na aplicação da medida sócio-educativa, razão pela qual não resta configurada a reiteração na prática de infrações graves, de sorte a ensejar a imposição da medida extrema. Superior Tribunal de Justiça. 3. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão vergastado, anular a decisão de primeiro grau e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente o aguardo da nova decisão em liberdade assistida." (grifos nossos - HC nº 92.032/SP, Rel Min. Laurita Vaz, DJU 17/03/2008).

Ainda, com fundamento no princípio da presunção de inocência e também pela disposição expressa do artigo 127 do ECA, eventual remissão concedida ao adolescente não gera antecedentes e, portanto, tais processos não podem ser considerados para fins de reiteração na prática de atos a subsidiar a medida sócio-educativa de internação com fundamento no inciso II do artigo 122 do ECA.

Por fim, este dispositivo legal fala em "reiteração", mas não há norma explicativa no Estatuto em análise quanto ao alcance de tal expressão. É certo, porém, que reiteração não pode ser vista como sinônimo de reincidência, pois o legislador não se utilizaria de expressões diferentes para se referir a sinônimos. Além disso, as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente foram criadas a partir de determinação do

Código Penal, em seu artigo 27, e, posteriormente, da Constituição Federal, em seu artigo 228, que determinaram ser inimputável o indivíduo que não tivesse completado dezoito anos, pelo que estaria sujeito a legislação especial. É obvio que tal legislação especial deve dar tratamento mais brando ao adolescente, já que pessoa em desenvolvimento, de modo que a interpretação de tal Estatuto deve-se harmonizar com tal princípio.

Portanto, para configurar a reincidência, falando-se em termos bastante genéricos, basta uma conduta anterior, com sentença transitada em julgado. Entretanto, tendo em vista os argumentos acima citados, deve-se interpretar que, para ser considerada reiteração, são necessárias duas condutas anteriores, e, observando-se o Princípio da presunção da inocência, obviamente necessária a declaração de que foram praticadas pelo adolescente por sentença transitada em julgado.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recentes julgamentos. Deve-se observar que o primeiro acórdão abaixo transcrito é até mais abrangente que o entendimento aqui defendido, já que fala em três atos anteriores:

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ROL TAXATIVO DO ART. 122 DO ECA. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE REITERAÇÃO NO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento sedimentado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 88.862/PA, o fato do Tribunal de Justiça Paulista não ter conhecido do writ ali impetrado, não impede que esta Corte analise a questão de mérito nele posta, uma vez que, para a apreciação do remédio constitucional do Habeas Corpus, não se exige o chamado prequestionamento, mas apenas que a matéria tenha sido submetida ao Tribunal coator.

2. Esta Corte já pacificou a orientação de que a gravidade do ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes, por si só, não autoriza a aplicação da medida sócio-educativa de internação.

3. A reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente.

4. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem.

5. Habeas Corpus concedido para anular a sentença de primeiro grau, tão-somente no tocante à medida de internação, a fim de que outro decisum seja prolatado, devendo, enquanto isso, permanecer o menor em liberdade assistida, se por outro motivo não estiver internado (HC 97.108/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21.02.2008, DJ 10.03.2008 p. 1). Ainda no mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE A PORTE ILEGAL DE ARMA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

I - A medida sócio-educativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

II - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de porte ilegal de arma não enseja, por si só, a aplicação da medida sócio-educativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).

III - A reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida sócio-educativa da internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticados, no mínimo, 3 (três) atos infracionais graves. Cometidas apenas 2 (duas) práticas infracionais, tem-se a reincidência, circunstância imprópria a viabilizar a aplicação da referida medida (Precedentes). Ordem concedida" (STJ, HC 99474, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 03.06.2008, DJE 04.08.08 – grifos nossos).

Desta maneira, não é cabível a medida sócio-educativa de internação por ato infracional de tráfico de entorpecente, caso o adolescente não tenha antecedentes (no que se inclui também as hipóteses de processos em andamento, arquivados ou onde foi concedida remissão) ou tenha apenas um antecedente grave.

[1] *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado*. 3º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.