

As regras para decretação da internação provisória frente às decisões do STJ

Válter Kenji Ishida

I – Introdução.

Muito se tem debatido na área minorista acerca da admissibilidade da medida socioeducativa [1] da internação na hipótese do tráfico de drogas em razão do disposto no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre este assunto, não discorreremos nesse artigo.

Ocorre que, em razão disso, a jurisprudência passou a estender essa hipótese ao da internação provisória. Este artigo procura desfazer essa confusão jurídica, pretendendo explicitar as regras da internação provisória de natureza cautelar, diferenciando-as dos dispositivos legais incidentes sobre a sanção de internação (medida socioeducativa).

II – Motivos ensejadores da internação provisória (art. 184, *caput* em sua combinação com o art. 174, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente)

A fase de decisão da decretação ou manutenção da internação provisória (medida cautelar pessoal restritiva da liberdade do adolescente infrator) é do recebimento da representação e é explicitada no art. 184, *caput*, da Lei Menorista [2]. Deve-se ficar bem claro que os motivos para decretação ou manutenção da custódia cautelar devem-se basear nas mesmas diretrizes do artigo 174 do ECA [3] que balizam a decisão da Autoridade Policial. A diferença é que tal decisão judicial deve ser bem mais fundamentada, de acordo com o art. 108, parágrafo único, do Eca.

Nessa fase, trata-se da apreciação da necessidade da medida cautelar, conforme salienta o mestre Piero Calamandrei (Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares, p. 36-37): *“Mas, a fim de que surja o interesse específico em solicitar uma medida cautelar, é necessário que a esses dois elementos (prevenção e urgência) se acrescente um terceiro, que é aquele no qual reside propriamente a importância da característica do ‘periculum in mora’: ou seja, que, para remediar tempestivamente o perigo de dano que ameaça o direito, a tutela ordinária se revela muito lenta, de modo que, na espera de que amadureça através do longo processo ordinário o procedimento definitivo, deva providenciar-se com urgência de modo a impedir com medidas provisórias que o dano ameaçado se produza ou se agrave naquela espera.”*

Deve-se aqui ressaltar que no afã de trazer o regramento do art. 312 do CPP, o legislador menorista foi redundante ao mencionar a expressão “repercussão social” com “manutenção da ordem pública”, que traduzem a mesma ideia: o abalo do ato infracional à sociedade.

Gravidade em concreto. Pode-se sintetizar atualmente, por primeiro a necessidade da *gravidade do ato infracional*. Nesse sentido, aplica-se o entendimento predominante nos tribunais superiores de que a gravidade deve ser em concreto e não em abstrato. Deve o julgador extrair do caso específico, os motivos de qualificar o ato infracional de grave. Por exemplo no tráfico de drogas: a quantidade de drogas; a diversidade de drogas; a explícita intenção de mercancia etc.

Risco à segurança do adolescente. Feita essa primeira análise, deve o julgador aferir se existe risco à segurança pessoal do adolescente infrator. Dentro da doutrina da proteção integral, deve o magistrado verificar o risco de liberação do adolescente. P. ex., se solto, voltar à via pública e à companhia de traficantes, então para a segurança e integridade do próprio adolescente, deve ser decretada a internação provisória. E isso não deve ser interpretado como um argumento “demagógico” porquanto um estabelecimento bem formatado, de acordo com as novas diretrizes da execução das medidas socioeducativas, é uma indicação mais salutar que o desamparo das ruas.

Manutenção da ordem pública. Outrossim, mesmo inexistindo risco ao adolescente, pode o magistrado ater-se ao abalo da ordem pública, que nesse ponto, conforme já salientamos, confunde-se com a gravidade concreta do delito.

Deve-se aqui destacar que nesta fase preliminar, gravidade do delito não se relaciona com o rol do art. 122 do ECA que trata da aplicação de medida socioeducativa. Uma coisa é o regramento para aplicação de medida cautelar, que se baseia, dentre outros elementos, no *periculum in mora*. Outra coisa são os parâmetros para imposição de sanção (medida socioeducativa), não sendo válidas as considerações para admissão da medida cautelar através das regras do art. 122 como faz o STJ: HC 61.226/SP^[4], HC 65.715/SP, HC 62.001/SP e mais recentemente o HC 157.364/SP^[5]. Se for mantido tal entendimento, no caso de ato infracional equiparado ao tráfico por adolescente, deveria a autoridade policial, já na Delegacia de Polícia, providenciar a imediata liberação deste.

III Conclusões

A decretação da internação provisória não se sujeita às limitações do rol exaustivo do art. 122 do ECA, consoante entendimento dos tribunais superiores. O regramento dessa decretação deve-se basear sim, no estipulado pelo art. 174 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Trata-se de um controle judicial sobre o ato administrativo da autoridade policial à semelhança da decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 310, II, do CPP), mas sem a limitação do art. 122 da lei menorista. Tanto é que, topograficamente, as duas matérias foram inseridas tecnicamente em capítulos distintos. A medida socioeducativa da internação foi colocada no Capítulo IV do Título III que cuida do direito material (prática do ato infracional), ao passo que a medida cautelar de internação provisória se coloca acertadamente na matéria procedimental (Seção V do Capítulo III do Título VI).

Conclui-se portanto, que o ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes não se submete, em se tratando de internação provisória, à limitação do rol do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[1] Tratada como sanção imposta pelo magistrado menorista na sentença que julga procedente o pedido contido na representação ministerial.

[2] Art. 184, *caput*: “Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, **decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.**” (negrito nosso).

[3] 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.”

[4] Nessa decisão, a Min. Laurita Vaz se voltou contra decisão do TJSP que admitindo agravo ministerial, decretou a internação provisória no ato infracional equiparado ao tráfico de entorpecentes: “2. O ato infracional cometido pelos menores - tráfico de drogas -, embora seja socialmente reprovável, é desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa. Não há, portanto, como subsistir, na espécie, a medida excepcional imposta, porquanto a conduta perpetrada pelos Pacientes e suas condições

personais não se amoldam às hipóteses do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes desta Corte Superior.”

[5] Verifica-se um verdadeiro “embate” técnico entre o STJ e o TJSP. O problema é que permanece este “embate” sobre **a questão da admissibilidade do art. 122** na internação provisória, que ao nosso ver, não seria adequado tecnicamente. No referido acórdão mencionado, existe dúvida sobre o entendimento da Min. Maria Thereza: 1) se entende que incabível a internação provisória no tráfico: *“Busca-se na presente impetração cassar a decisão que determinou a internação provisória da adolescente, ao argumento de que a prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecente não se insere nas hipóteses taxativas do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que autorizam a segregação da menor: Entendo assistir razão ao impetrante.”*; 2) Ou se admite a internação provisória na hipótese de tráfico de drogas, mas exige a fundamentação adequada: *“No caso em tela, a internação provisória do adolescente foi fundamentada nos indícios de autoria e materialidade delitiva, acrescentando-se, ainda, a gravidade da infração, bem como a necessidade de garantir a segurança do adolescente. Tais fundamentos não se mostram idôneos para justificar, isoladamente, a privação total da liberdade, mesmo que de maneira provisória, em virtude da própria excepcionalidade da medida socioeducativa de internação e por não evidenciarem a “necessidade imperiosa da medida”, conforme determina o texto da lei.”* Tal observação se faz necessária em razão da I. Ministra ser técnica e legalista em suas decisões.