HABEAS CORPUS Nº 314.406 - SP (2015/0009369-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	W H DOS S M C (INTERNADO)

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

02. A medida socioeducativa consistente em internação foi aplicada em face da reiteração no cometimento de outras infrações graves (ECA, art. 122, II) – *in casu*, análogo ao delito de tráfico de drogas –, ato infracional desprovido de violência ou grave ameaça.

03. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei, "ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência" (Lei n. 12.594/2012, art. 49, inc. II).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o adolescente seja imediatamente submetido ao cumprimento da medida consistente em internação em unidade situada em seu domicílio, a fim de promover o "*fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo*" (Lei n. 12.594/2012, art. 35, IX). Na falta de vaga – e até o seu surgimento –, ou na inexistência da própria unidade educacional local, seja o adolescente colocado imediatamente em medida socioeducativa diversa da internação, a critério do Juiz, a ser cumprida no local de seu domicílio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

HABEAS CORPUS Nº 314.406 - SP (2015/0009369-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	W H DOS S M C (INTERNADO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **W. H. dos S. M. C.** contra decisão de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o juízo primevo impôs ao Paciente a medida socioeducativa de internação, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pois surpreendido na posse de 36 (trinta e seis) pinos de cocaína, uma porção de maconha e 40 (quarenta) pedras de *crack* (e-STJ, fls. 63/64).

Inconformada, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*. O eminente Desembargador Relator indeferiu a liminar (e-STJ, fls. 69/71).

Neste *writ*, alega a Defensoria Pública, em suma, que "[...] o Paciente está privado de liberdade na Fundação CASA, longe de sua família, da escola formal e do mercado de trabalho, em um ambiente no qual não deveria se encontrar". Ainda, sustenta que "[...] a internação do Paciente primário em virtude da prática de ato infracional análogo a tráfico de drogas sem grave ameaça ou violência contraria diretamente o previsto no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente" e que "é absolutamente ilegal a internação de adolescente em município diverso daquele em que ele e sua família residem, em casos de atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça". Aduz, também, que a medida deve ser imediatamente substituída por outra em meio aberto, de acordo com a inteligência do art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 – SINASE (e-STJ, fls. 01/15).

Requer a concessão da ordem para que seja cassada a internação do Paciente, determinando-se o cumprimento da medida socioeducativa em meio aberto, em observância aos princípios do SINASE (e-STJ, fl. 14).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 314.406 - SP (2015/0009369-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	W H DOS S M C (INTERNADO)

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

02. A medida socioeducativa consistente em internação foi aplicada em face da reiteração no cometimento de outras infrações graves (ECA, art. 122, II) – *in casu*, análogo ao delito de tráfico de drogas –, ato infracional desprovido de violência ou grave ameaça.

03. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei, "ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência" (Lei n. 12.594/2012, art. 49, inc. II).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o adolescente seja imediatamente submetido ao cumprimento da medida consistente em internação em unidade situada em seu domicílio, a fim de promover o "*fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo*" (Lei n. 12.594/2012, art. 35, IX). Na falta de vaga – e até o seu surgimento –, ou na inexistência da própria unidade educacional local, seja o adolescente colocado imediatamente em medida socioeducativa diversa da internação, a critério do Juiz, a ser cumprida no local de seu domicílio.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Dispõe a Lei n. 8.069/1990:

> "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.
> § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.
> § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada".

Está inscrito na sentença:

> "[...]
> Quanto à medida, não obstante o seu caráter excepcional, a teor do artigo 121 do ECA, reputa-se idônea ao caso, **nos termos do artigo 122, II, do mesmo Estatuto, a em razão dos antecedentes do representado (fls.39/40)**, **cuja constatação independe do trânsito em julgado**, já que eventuais recursos são recebidos no efeito meramente devolutivo, em atenção ao princípio da imediatidade que permeia as medidas socioeducativas em geral. Além disso, **o adolescente disse estar afastado da rede formal de ensino e prestar serviços eventuais, além de fazer uso de maconha.** Todo o quadro impõe a aplicação de medida mais severa, não pelo caráter repressivo, mas sim pelo escopo ressocializador.
> [...]" (e-STJ, fls. 63/64 – grifou-se).

De seus termos, infere-se que a medida socioeducativa consistente em internação imposta ao adolescente está apoiada, fundamentalmente, na gravidade em abstrato do ato infracional por ele cometido, equiparado ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput*), em seu histórico infracional e em suas condições pessoais.

Ao adolescente **W. H. dos S. M. C.** é cabível a internação em face da "*reiteração no cometimento de outras infrações graves*" (ECA, art. 122, II) – fato comprovado por certidão de antecedentes infracionais e outros documentos juntados aos autos (e-STJ, fls. 98/110).

Eis os precedentes:

> "O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.
> Esta Quinta Turma, na esteira da jurisprudência do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves).

Consoante a nova orientação, cabe ao magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente a fim de melhor aplicar o direito.
Precedentes desta Corte: HC 277.068/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 02/05/2014; HC 277.601/MG, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 07/03/2014; HC 288.015/SP, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 08/08/2014; HC 282.853/PE, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe de 07/08/2014; HC 287.351/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe de 26/05/2014.
Precedentes do Pretório Excelso: HC 94.447/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 06/05/2011; HC 84.218/SP, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe de 18/04/08).
***In casu*, a medida constritiva foi imposta em razão das peculiaridades do caso concreto - reiteração de ato infracional e relatório polidimensional indicando a necessidade de atendimento sistemático -, aptas a permitir a aplicação da medida extrema. Como se vê, o magistrado atento às condições pessoais e sociais do menor bem fundamentou a necessidade de aplicação da medida mais rigorosa.**
Ressalte-se que não se exige trânsito em julgado de eventual medida socioeducativa anteriormente aplicada para configurar a reiteração de ato infracional previsto no art. 122, inciso II, do ECA. Isso porque não é possível estender ao âmbito do ECA o conceito de reincidência, tal como previsto na lei penal.
Habeas corpus não conhecido" (HC 305.987/RJ, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME [Desembargador Convocado do TJ/SP], QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014 – grifou-se).

"[...]
III - A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (v. g. HC n. 291176/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/8/2014).
IV - A **reiteração no cometimento de infrações capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação, a teor do art. 122, inciso II, do ECA, ocorre quando praticadas outras infrações graves, devendo ser levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto** (Precedentes do STJ e do STF).
V - *In casu*, a aplicação da medida de internação se mostra adequada, tendo em vista que o menor, representado pelo ato infracional equiparado a tráfico de drogas, já havia sido condenado à mesma medida ora imposta pela prática de ato infracional grave equiparado ao crime de roubo" (HC 295.362/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014 – grifou-se).

"1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente - meio social onde vive, grau de escolaridade, família - dentre outros elementos

> que permitam uma maior análise subjetiva do menor.
> 2. Na espécie, **a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades do caso, tendo em vista a natureza da droga apreendida - *crack* -, evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como a reiteração no cometimento de outras infrações graves**" (RHC 48.629/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014 – grifou-se).
>
> "Nos termos dos precedentes recentemente julgados por esta Sexta Turma (HC 282.766/SP e HC 287.354/SP) e do Supremo Tribunal Federal (HC 94.447 e HC 84.218), **mostra-se devidamente fundamentada a aplicação de medida socioeducativa de internação para atos infracionais análogos ao delito de tráfico de entorpecentes, nas hipóteses em que evidenciado o envolvimento reiterado do paciente em atos infracionais graves, bem como em razão das condições pessoais do menor**" (HC 292.204/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD [Desembargadora convocada do TJ/SE], SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2014 – grifou-se).

Quanto à alegação da ilegalidade da manutenção da internação por ausência de vaga na comarca de residência do menor, assiste razão à impetrante.

Dispõe a Lei n. 12.594/2012:

> "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;**
> II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
> III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
> IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
> V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art.122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
> VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
> VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
> **IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo**" (Grifou-se).
>
> "**Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:**
> I - ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em

> qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial;
> II - **ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência;**
> III - ser respeitado em sua personalidade, intimidade, liberdade de pensamento e religião e em todos os direitos não expressamente limitados na sentença;
> IV - peticionar, por escrito ou verbalmente, diretamente a qualquer autoridade ou órgão público, devendo, obrigatoriamente, ser respondido em até 15 (quinze) dias;
> V - ser informado, inclusive por escrito, das normas de organização e funcionamento do programa de atendimento e também das previsões de natureza disciplinar;
> VI - receber, sempre que solicitar, informações sobre a evolução de seu plano individual, participando, obrigatoriamente, de sua elaboração e, se for o caso, reavaliação;
> VII - receber assistência integral à sua saúde, conforme o disposto no art. 60 desta Lei; e VIII - ter atendimento garantido em creche e pré-escola aos filhos de 0 (zero) a 5 (cinco) anos.
> § 1º As garantias processuais destinadas a adolescente autor de ato infracional previstas na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), aplicam-se integralmente na execução das medidas socioeducativas, inclusive no âmbito administrativo.
> § 2º A oferta irregular de programas de atendimento socioeducativo em meio aberto não poderá ser invocada como motivo para aplicação ou manutenção de medida de privação da liberdade" (Grifou-se).

Da interpretação dos dispositivos acima destacados (Lei n. 12.594/2012, art. 35, IX, e art. 49, II), verifica-se que a medida socioeducativa imposta ao adolescente deve ser cumprida em unidades localizadas no domicílio do menor, com a finalidade de assegurar a proximidade da família e do ambiente em que vive e, desse modo, fortalecer o processo socioeducativo.

No inciso II do art. 49, está previsto que a internação de menor em local diverso do seu domicílio somente poderá ocorrer quando a medida for imposta em virtude de cometimento de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o que não ocorre *in casu*.

De acordo com o entendimento desta Corte Superior, "a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda no regime aberto, ou, na sua falta, em prisão domiciliar". Nesses casos, impõe-se a concessão da ordem, até mesmo de ofício, para "determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto e, na falta de vaga, seja ele colocado em regime aberto ou prisão domiciliar, até a disponibilidade de vaga em estabelecimento adequado ao regime intermediário" (HC 286.405/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014). Na inteligência do art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012, e já prevendo a situação similar, impõe-se o respeito ao regime fixado pelo juiz, no âmbito da medida socioeducativa.

Destarte, na ausência de vaga na unidade local, para cumprimento da medida socioeducativa consistente em internação imposta ao adolescente, que cometeu ato infracional análogo ao crime tráfico de drogas – sem grave ameaça ou violência à pessoa –, fundamentada na reiteração de infrações graves (ECA, art. 122, II), o adolescente deve aguardar o surgimento da vaga, em meio aberto.

A toda evidência, no ato judicial impugnado, há ilegalidade a ser sanada (CR, art. 5º, LXVIII).

À vista do exposto, **não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem**, para determinar que o adolescente seja imediatamente submetido ao cumprimento da medida consistente em internação na unidade situada em seu domicílio, a fim de promover o "*fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo*" (Lei n. 12.594/2012, art. 35, IX). Na falta de vaga para cumprir o determinado – e até o seu surgimento –, ou ainda, em caso de inexistência da própria unidade educacional de internação local, seja o adolescente colocado **em medida socioeducativa diversa da internação,** a critério do Juiz, a ser cumprida no local de seu domicílio.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à 2ª Vara Criminal da Comarca de Assis/SP e ao Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Comarca da Capital – DEIJ/SP.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0009369-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 314.406 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00078992020148260047 00287308820148260015 22206627920148260000 2244141
287308820148260015 78992020148260047

EM MESA JULGADO: 27/10/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator
Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário
Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	W H DOS S M C (INTERNADO)

ASSUNTO: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - Ato Infracional - Previstos na Legislação Extravagante - De Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.