

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 452.212 - SP (2018/0127590-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : B R DA S M (INTERNADO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de agravo regimental interposto por B R DA S M, em face de decisão monocrática que não conheceu do **habeas corpus** anteriormente impetrado (fls. 132-136).

Nas razões do agravo, a defesa reitera os argumentos do **writ**, acrescentando, em síntese, que "[...] conforme documentos que seguiram a impetração, anteriormente aos presentes fatos, o adolescente possui apenas um processo encerrados por remissão (a qual não gera antecedentes, já esta equivale a perdão, conforme disposição expressa do artigo 127 do ECA) e outro arquivado (o qual também não tem tal efeito, nos termos do princípio da presunção de inocência" (fl. 145).

Requer, assim, o provimento do presente recurso para que seja substituída a medida de internação aplicada pela de liberdade assistida.

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

Inicialmente, ressalto que é assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

Pretende o agravante, em síntese, que seja substituída a medida socioeducativa de internação aplicada pela de liberdade assistida.

Inicialmente, verifico flagrante ilegalidade na imposição da medida socioeducativa de **internação**, pois ausente qualquer das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De acordo com a legislação de regência, a medida socioeducativa de internação impõe-se nas hipóteses **taxativamente** arroladas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido:

"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 três meses.

§ 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada."

Vale frisar que o elenco das condições é taxativo, não se permitindo a possibilidade de aplicação fora das hipóteses apresentadas (v. g., HC n. 291.176/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 21/8/2014).

É certo que, nos termos da Súmula n. 492/STF, *"o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente"*.

Sobre o tema os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"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 NÃO CONFIGURADA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 'O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente' (STJ, Súmula 492).

3. 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) e nas suas condições pessoais. O fato de o adolescente não ter respaldo familiar não é fundamento contemplado no art. 122 do ECA e não autoriza a medida socioeducativa de internação.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que seja proferida outra decisão, com a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação, e para assegurar ao paciente o direito de aguardar, em liberdade assistida, o novo pronunciamento jurisdicional" (HC n. 356.638/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/3/2017).

"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO STF. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. — GRAVIDADE ABSTRATA DO ATO INFRACIONAL. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO INCISO II DO ART. 49 DA LEI N. 12.594/12. PREJUDICADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, embora seja socialmente reprovável, não conduz, obrigatoriamente, à medida socioeducativa de internação (Súmula n. 492 do STJ), que somente pode ser decretada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

2. Havendo a constatação de ilegalidade por afronta ao artigo 122 do ECA resta prejudicada a análise da tese de violação ao artigo 49, inciso II da Lei do SINASE mesmo porque o entendimento predominante desta Corte é no sentido de não ser absoluto o direito do menor estabelecido no referido dispositivo legal, ainda mais em face da concessão de auxílio financeiro para que os responsáveis possam acompanhar o cumprimento da medida de internação em domicílio diverso de seus domicílios.

3. *Habeas corpus* concedido, para o fim de aplicar ao paciente a medida socioeducativa de semi-liberdade, nos termos do disposto no artigo 112, inciso V da Lei nº 8069/90" (HC n. 371.964/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 7/12/2016).

Por outro lado, o art. 122, inciso II, do ECA, faz menção à existência de "*outras infrações graves*", do que se depreende que, para a imposição da medida extrema, seria necessário a prática, no mínimo, de 2 (duas) outras condutas infracionais de natureza grave. **Contudo**, de acordo com a jurisprudência do col. **Supremo Tribunal Federal**, e da **Quinta Turma desta Corte Superior**, deve o magistrado levar em consideração as **peculiaridades de cada caso concreto, não se exigindo o número mínimo de atos infracionais graves para incidência do mencionado dispositivo.**

Nesse sentido os seguintes julgados da Quinta Turma deste Tribunal Superior:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO DA MESMA ESPÉCIE E CONDIÇÃO ESPECÍFICA DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Praticado ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal de origem aplicou ao menor a medida socioeducativa de internação em razão da comprovada reiteração de outro ato infracional da mesma natureza.*

2. *O art. 122 da Lei n. 8.069/1990 estabelece que a internação do adolescente somente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou na hipótese de reiteração na prática de outras infrações graves, ou de descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia.*

3. A Quinta Turma deste Sodalício, seguindo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, entende que não é necessário o número mínimo de 3 (três) atos infracionais anteriores para caracterizar a hipótese prevista no inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ausência de previsão legal.

4. Na espécie, o adolescente foi flagrado com considerável quantidade de cocaína, droga extremamente nociva, tendo o estudo de caso elaborado nos autos informado seu envolvimento com a traficância.

5. Dessa forma, constata-se que a incidência da medida de internação ao caso em análise encontra arrimo no artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 837.060/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/2/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO APLICADA EM RAZÃO DA REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE ATO INFRACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 122, II, DO ECA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE NÚMERO MÍNIMO DE ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Esta Quinta Turma, seguindo a jurisprudência firmada pela Suprema Corte, entende que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator, por reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, inciso II, do ECA).

3. Diante disso, cabe ao Juízo analisar as peculiaridades do caso e as condições específicas do adolescente, a fim de melhor aplicar o direito, definindo a medida socioeducativa mais adequada à hipótese. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

4. Na hipótese, a internação está justificada, pois o paciente ostenta vários registros na Vara da Infância e

do Adolescente, especificamente por tráfico, a evidenciar que está inserido no meio criminoso.

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 362.370/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca** DJe de 20/9/2016).

No presente caso, o MM. Juízo de primeira instância aplicou a medida de internação com base na gravidade abstrata do ato praticado. Destaco os seguintes trechos da r. sentença:

"A aplicação de outra medida socioeducativa, que não a internação, traria sensação de impunidade à comunidade, já tão avassalada com delitos como o narrado nestes autos.

É cediço que traficantes se utilizam da tática de introduzir adolescentes e até crianças em sua prática criminosa, sabedor da facilidade que o infrator tem de se livrar, praticamente impune, de práticas graves como esta.

O Estado tem a obrigação de suprir a educação que o adolescente não encontra na família.

Não se pode negar que a medida de internação será de grande valia ao adolescente B., que deverá ser devidamente acompanhado por profissionais habilitados, os quais auxiliarão em sua educação, orientando-o em sua reinserção na sociedade" (fl. 26).

Com efeito, nos termos da Súmula n. 492/STJ, a gravidade abstrata do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas não obriga, **por si só**, a imposição da medida socioeducativa de internação.

Também, vale consignar que, para efeito de reiteração, não é possível considerar o processo em que foi concedido ao paciente remissão, tendo em vista que a remissão não implica reconhecimento de responsabilidade, nem vale como antecedente, **ex vi** do art. 127 do ECA.

Desse modo, embora a r. sentença tenha mencionado a situação concreta da adolescente, tais fatores não constituem motivação idônea para a fixação da medida mais gravosa, pois não prevista em nenhuma das hipóteses taxativas do art. 122 do ECA. Nesse sentido: HC n. 356.638/SP, **Quinta**

Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/3/2017, cuja ementa foi acima transcrita.

Assim, carece de fundamentação idônea a fixação da medida socioeducativa de **internação** no presente caso, devendo ser aplicada medida diversa ao paciente, a ser estabelecida pelo MM. Juízo da Vara da Comarca de Boituva/SP, prolator da r. sentença.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo regimental** para desconstituir a r. decisão de primeiro grau, na parte em que aplicou a medida de internação, devendo ser aplicada ao paciente medida diversa, a ser estabelecida pelo MM. Juízo de primeiro grau.

P. e I.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator