HABEAS CORPUS Nº 494.031 - SP (2019/0046434-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CRISTIANE PENHALVER JENSEN - SP306739
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	C W R DA S (INTERNADO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **C. W. R. DA S.**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Limeira/SP julgou procedente a representação ofertada pelo Ministério Público e aplicou ao adolescente medida socioeducativa consistente em liberdade assistida, pelo prazo de 1 (um) ano, cumulada com a medida de prestação de serviços à comunidade, pelo período de 6 (seis) meses, bem como "a proteção específica de frequência obrigatória à escola e acompanhamento psicológico, na forma da fundamentação" (e-STJ, fl. 22), por ter praticado ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006 (e-STJ, fls. 15-22).

Inconformado, o Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu provimento (e-STJ, fls. 46-52).

Eis a ementa:

> "APELAÇÃO. Ato infracional equiparado ao crime do artigo 33, caput, da lei 11.343/2006. Substituição das medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade por internação. Adolescente usuário contumaz de substância entorpecente, afastado dos bancos escolares e com evidente envolvimento na traficância. Aplicação do artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida ajustada ao perfil do educando e à gravidade da infração. Observância dos objetivos traçados no artigo 1º, § 2º, incisos I, II e III, da lei nº 12.594/12 Sinase, e do disposto no artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso ao qual se dá provimento" (e-STJ, fl. 212).

Neste *writ*, a impetrante sustenta manifesto constrangimento ilegal, sob a alegação de que a medida socioeducativa de internação aplicada pelo Tribunal no âmbito da apelação interposta pelo MP estadual apresenta-se desproporcional e desnecessária, pois o adolescente estava a cumprir a medida de liberdade assistida sem que haja praticado qualquer outro ato infracional que justifique o agravamento da medida socioeducativa, o que demonstra ser a liberdade assistida suficiente e adequada à reeducação do menor (e-STJ, fls. 3-7).

Assevera que "os fatos remontam à data de 27 de março de 2018" (e-STJ, fl. 4) e que "a maior prova da desnecessidade da medida privativa de liberdade é o fato não haver qualquer notícia nos autos de cometimento de novos atos infracionais por parte do jovem" (e-STJ, fl. 5).

Destaca que "o jovem, durante desde o advento da sentença de 1º grau, até

a sua reforma por superior instância, vinha cumprindo regularmente a medida socioeducativa de liberdade assista. Nesse sentido, efetua-se a juntada do relatório anexo, fornecido pela executora da medida em meio aberto, que demostra que o jovem se encontrava afastado das práticas infracionais" (e-STJ, fls. 5-6).

Ressalta ainda que, "na data de 12 de fevereiro de 2019, o adolescente compareceu ao serviço do CREAS, informando que tomou a seguintes providência para cumprimento das metas estabelecidas no PIA: a) Retirou os documentos pessoais faltantes; b) Compareceu à junta militar para providenciar certificado de reservista; c) Elaborou currículo e foi indicado para trabalhar no Supermercado Sempre Vale, aguardando apenas o certificado de reservista para iniciar o trabalho; d) Providenciou matrícula na EE Carolina Arruda; e) Informou que realiza atividade informal de venda de espetinhos em eventos públicos e tem a intenção de manter essa atividade em casa" (e-STJ, fls. 5-6).

Informa, ainda, que "o relatório anexo refere expressamente que 'o adolescente demostrou grande preocupação para reorganização das atividades e projetos de vida, visto que a companheira está gravida de gêmeos com tempo gestacional de 07 meses' " (e-STJ, fl.6).

Ao final, requer a concessão da ordem, para reconhecer "a ilegalidade da manutenção da medida de internação, por violação ao princípio da atualidade, ainda que mediante aplicação de medida socioeducativa diversa, em meio aberto" (e-STJ, fl. 7).

A liminar foi indeferida (e-STJ, fl. 61).

Prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 190-193).

É o relatório.

Decido.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Está inscrito na sentença:

> "[...]
> Resta determinar qual medida socioeducativa, com finalidade pedagógica, deve ser aplicada ao adolescente, pessoa em desenvolvimento, que praticou ato infracional grave, equiparado a crime hediondo e que fomenta a intensa criminalidade local.
> O adolescente praticou ato infracional grave, equiparado a crime hediondo e que fomenta a intensa criminalidade local.
> Ademais, conforme certidão de fls. 18/19, o adolescente reitera a prática de ato infracional semelhante ao descrito na representação.
> **Mesmo diante desse quadro, entendo que a medida de internação, de caráter excepcional, ainda não se revela a mais adequada, tendo em vista todos os detalhes trazidos no relatório polidimensional, que mostram não se tratar de jovem envolvido por completo no mundo da criminalidade.**
> **Os *experts* afirmam que se trata de jovem com boa capacidade de expressão e boa compreensão de exercícios a ele propostos**. Ambas circunstâncias que atenuam a regra de excepcionalidade,

> embora não afastem a gravidade do ato infracional.
> **Por esse motivo, e forte nos princípios da proteção integral e da proporcionalidade, hei por bem aplicar-lhe as medidas de liberdade assistida, pelo período de um ano, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo período de seis meses, e proteção específica de frequência obrigatória à escola e acompanhamento psicológico, sobretudo para a compreensão da ilicitude dos fatos praticados e para contribuição com seu amadurecimento.**
> Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na representação para aplicar ao adolescente [...] as medidas socioeducativas de liberdade assistida, pelo período de um ano, cumulada com prestação de serviços à comunidade, pelo período de seis meses, e proteção específica de frequência obrigatória à escola e acompanhamento psicológico, na forma da fundamentação.
> Em consequência, fica deferido o apelo em liberdade.
> [...]" (e-STJ, fls. 21-22 – grifou-se).

O Juízo de primeiro grau julgou procedente a representação, aplicando a medida socioeducativa de liberdade assistida, por entender "que a medida de internação, de caráter excepcional, ainda não se revela a mais adequada, tendo em vista todos os detalhes trazidos no relatório polidimensional, que mostram não se tratar de jovem envolvido por completo no mundo da criminalidade" (e-STJ, fl. 173-174).

Dessa sentença, foi interposta apelação pelo *Parquet*, a qual foi provida pela Corte estadual a fim de estabelecer a medida socioeducativa de internação em detrimento da liberdade assistida que vinha sendo cumprida pelo menor.

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

Dispõe a Lei n. 8.069/1990:

> "Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, **preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários**.
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:
> I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;
> II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;
> **III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;**
> **IV - interesse superior da criança e do adolescente: a**

intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;
V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;
VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;
VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;
VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;
IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;
X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;
XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;
XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei." (Grifou-se.)

Do acórdão impugnado, vê-se os seguintes fundamentos:

"[...]
O inconformismo cinge-se unicamente à medida eleita. A procedência da representação, que não é objeto do recurso, sustenta-se nos elementos de convicção produzidos sob o crivo do contraditório constitucional.
Segundo consta, no dia 27 de março de 2018, o adolescente Carlos, ora apelado, em unidade de desígnios com o adolescente Luiz e um terceiro não identificado, trazia consigo, para fins de tráfico, 151 flaconetes de cocaína.
Pela análise dos elementos de prova coligidos na instrução processual concluiu-se pela materialidade e autoria do ato infracional praticado pelo recorrido, análogo ao crime do artigo 33, caput, da lei

n.11.343/06.
Comprovado o ato infracional, impõe-se aplicação de medida socioeducativa que mais se ajuste ao projeto educativo e socializador, considerando o perfil do educando, as circunstâncias e a gravidade da conduta, na exata dicção do artigo 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.
Carlos envolveu-se em infração com alto potencial ofensivo, equiparada a crime hediondo, que atinge número indeterminado de pessoas e expõe a perigo a Saúde Pública.
E o adolescente repete a mesma prática infracional (fls. 18/19).
Em razão da reiteração em infração grave, incide na hipótese o artigo 122, inciso II, da lei n. 8069/90.
[...]
A reiteração na prática de atos infracionais de alta reprovabilidade indica de per se a vulnerabilidade em que se encontra o apelante e demonstra, ao mesmo tempo, a demanda por orientação sistemática e intensiva.
Carlos admitiu à equipe técnica seu envolvimento com o tráfico de drogas afirmando, porém, que após a internação na Fundação CASA pela conduta anterior, afastou-se do meio ilícito.
A afirmação do adolescente, contudo, não pode ser acreditada já que foi apreendido novamente e na posse de quantidade significativa de entorpecente, a revelar ligação intensa com o comércio espúrio.
[...]
Nesse cenário, a internação mostra-se como o melhor instrumento de ressocialização para o recorrente, porque receberá a orientação e a pedagogia de pessoas especializadas, que lhe proporcionará meios para a desvinculação da seara infracional, conduzindo-o à cidadania responsável, com o respeito ao mínimo ético exigido para a vida em sociedade, projeto incogitável se não for afastado do meio que o impulsiona ao ilícito. Mantê-lo em meio aberto seria negligenciar sua necessidade pedagógica.
E da ponderação entre a privação temporária da liberdade e a recondução do adolescente em conflito com a lei ao sadio desenvolvimento da personalidade emerge a proporcionalidade da medida escolhida.
Nesse passo e tendo em vista os objetivos buscados pelo artigo 1º, § 2º, incisos I, II e III, da lei nº 12.594/12 (Sinase), inviável a aplicação de outra medida que não seja a internação, de onde exsurge o preenchimento do requisito da excepcionalidade previsto no artigo 122, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.
Descabe, no caso, a invocação da Teoria do Fato Consumado (princípio da atualidade).
Isso porque não se pode sobrepor o referido princípio à necessidade pedagógica do adolescente.
E já consolidado no Superior Tribunal de Justiça que 'a teoria [do fato consumado] aplica-se apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo', conforme explica o ministro Castro Meira no RMS 34.189.
Inexistente a violação à Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o enunciado apenas veda a aplicação automática da internação, mas não a proíbe desde que observada sua

> necessidade, como no caso em exame, resultado da necessária interpretação sistemática com os dispositivos do ordenamento estatutário.
> Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para substituir as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, aplicadas ao adolescente C. W. R. da S., por internação, pelo prazo necessário à ressocialização**, devendo ser a medida reavaliada no máximo a cada seis meses, tudo nos moldes do artigo 121, §§ 2º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.
> [...]" (e-STJ, fls. 48-52, grifou-se.)

Dos termos do acórdão impugnado, verifica-se que o Tribunal *a quo* aplicou a medida socioeducativa de internação pela gravidade do ato infracional, pela reiteração e por não reconhecer como favorável a situação pessoal do adolescente.

Vale destacar, por oportuno, que as medidas socioeducativas privativas de liberdade são, efetivamente, medidas de exceção, devendo ser aplicadas ou mantidas somente quando evidentemente necessárias, observadas a **proporcionalidade** e a **atualidade**.

Diante desse contexto e da interpretação do inciso VI, VIII e X, do art. 100 do ECA, infere-se que não foram observados os princípios que regem a aplicação das medidas socioeducativas, pois a medida consistente em internação foi aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, tendo em vista o transcurso do tempo – aproximadamente, 10 (dez) meses – desde a data do fato. Não levar em consideração as atuais circunstâncias fáticas, significa extirpar o caráter pedagógico da medida socioeducativa.

É certo que a Corte estadual deveria ter avaliado a necessidade e a adequação da medida, em consonância com seus fins pedagógicos, quando do julgamento do recurso de apelação, o que não ocorreu *in casu*.

Ademais, o fato de o adolescente ter cumprido satisfatoriamente a medida de liberdade assistida até o julgamento da apelação também se mostra relevante ao deslinde da questão. A aferição do seu comportamento nesse período é essencial para determinar qual medida é adequada e proporcional à sua responsabilização e reeducação.

A Corte de origem, além de não considerar o transcurso de tempo entre a data do fato e o julgamento da apelação, não examinou as circunstâncias de vida do adolescente àquele tempo, nem qual seria a efetividade pedagógica da privação de liberdade, após mais de dez meses do cometimento do ato infracional. Também, é certo que não levou em conta a existência de respaldo familiar e o relatório positivo da equipe técnica da Fundação Casa.

Vale ressaltar que o paciente estava em regular cumprimento da medida aplicada em meio aberto, pelo Juízo singular, e não há notícia de seu retorno ao meio infracional.

Nesse sentido:

> "PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA CONSISTENTE EM INTERNAÇÃO. TRANSCURSO DO

> TEMPO ENTRE OS FATOS E A DECISÃO DO TRIBUNAL. DESRESPEITO ÀS BALIZAS DA NECESSIDADE E DA ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. 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.
> 2. A aplicação das medidas socioeducativas reger-se-á por normas e princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 100, incisos). Para tal, levar-se-á em conta as necessidades pedagógicas, a adequação da medida e, em especial, a proporcionalidade e atualidade da intervenção, à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada (ECA, art. 100, VIII).
> 3. *In casu*, a medida consistente em internação foi aplicada sem a baliza da necessidade e da adequação, em consonância com seus fins pedagógicos, tendo em vista o transcurso do tempo – mais de 2 (dois) anos – desde a data do fato.
> 4. A Corte *a quo*, além de não considerar o transcurso de tempo entre a data do fato e o julgamento da apelação, não analisou as circunstâncias de vida dos adolescentes àquele tempo, nem qual seria a efetividade pedagógica da privação de liberdade dos menores. Também, é certo que não levou em consideração a existência de respaldo familiar e o relatório positivo da equipe técnica da Fundação Casa. Vale ressaltar que os adolescentes estavam em regular cumprimento das medidas aplicadas pelo Juízo singular e que não há qualquer notícia, nestes autos, de retorno destes ao meio infracional.
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim restabelecer a sentença proferida pelo magistrado singular"
> (HC n. 334.560/SP - de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016; Dje de 18/10/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, de ofício, **concedo** a ordem, para restabelecer a sentença proferida pelo magistrado singular.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator