HABEAS CORPUS Nº 491.302 - SP (2019/0028598-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA - SP291437
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	D C L L (INTERNADO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de D C L L apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Habeas Corpus* n.º 2208264-61.2018.8.26.0000).

Consta dos autos que foi negado à menor o pedido de liberação da medida socioeducativa de internação imposta pela prática do ato infracional equiparado aos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude (fls. 43/44).

Impetrado prévio *writ* na Corte de origem, a ordem foi denegada (fls. 82/89).

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que a conduta da paciente não preenche qualquer dos requisitos previstos no art. 122 do ECA, além de ser primária.

Invoca a Súmula 492/STJ

Alega que houve violação do art. 49, II, da Lei do SINASE.

Requer a concessão da ordem para que seja reformado o acórdão impugnado que manteve a internação da paciente por prazo indeterminado.

Liminar indeferida às fls. 99/100.

Informações prestadas às fls. 105/109 e 111/120.

Parecer ministerial às fls. 202/207.

É o relatório.

Cumpre pontuar, inicialmente, que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Ademais, não se vislumbra no caso a ocorrência de qualquer ilegalidade que justifique atuação de ofício.

Eis o consignado na decisão de 1º grau (fls. 43/44):

> *De fato,* ***por uma interpretação literal do artigo mencionado, chega-se a conclusão equivocada de que todo educando, que for submetido à medida de internação por ato infracional praticado sem violência ou grave ameaça e não houver em sua Comarca unidade de internação deve ser colocado em liberdade.***
> *Contudo, o retorno do educando à sociedade depende da constatação efetiva de que está livre dos fatores que o levaram à prática de condutas antissociais, com a*

> *incorporação de valores éticos e morais condizentes com a vida honesta e voltada à promoção do bem comum.*
> *Ao se fazer uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente e do SINASE, constata-se que o objetivo deste artigo foi que o educando tivesse sempre por perto a sua família, a qual, é inegável, tem um poder decisivo no processo socioeducativo.*
> *No entanto, apenas por este fundamento não justifica a liberação do educando, ainda despreparado ao convívio social, pois o dano no tocante a sua soltura temerária seria bem maior do que eventual ausência familiar, seja à sociedade, seja a ele mesmo.*
> *E esta alegada ausência familiar para educandos que cumprem internação fora de sua Comarca foi minimizada, tendo em vista que a Fundação Casa concede verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento de familiares para visitas.*
> *Assim, mesmo que o educando cumpra a internação em outra localidade, sua família pode estar sempre presente, o que de certo modo atinge o objetivo do artigo em comento.*
> *Ante o exposto, mantenho a medida de internação e determino que se aguarde pela vinda do Plano Individual de Atendimento. No silêncio, cobre-se conforme OS n° 05/99.*

O acórdão proferido pelo Tribunal estadual enalteceu a decisão de 1º grau, enfatizando que *"foram apreendidas 30 (trinta) porções de cocaína, substância nociva e de nefastas consequências sociais (fls. 112), o que torna sua conduta conretamente gravosa e merecedora de repreensão maior". Além disso, consta do relatório da Fundação CASA que a adolescente possuía envolvimento com a mercancia de drogas desde os 14 anos, traficando duas vezes por semana"* (fls. 85/86).

Verifica-se, assim, que a medida socioeducativa de internação foi mantida com base nos elementos concretos do caso.

Nesse sentido, confira-se:

> *"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. "HABEAS CORPUS" NÃO CONHECIDO.*
> *1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso de "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recurso e nem sequer para as revisões criminais.*

2. A teor do art. 122, da Lei nº 8.069/60, a medida socioeducativa de internação só deverá ser decretada se o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento repetido e injustificável da anteriormente imposta.

3. Na hipótese, a internação foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto, tendo sido destacado que o menor é usuário de drogas, não tem suporte familiar, abandonou os estudos e está envolvido com o meio criminoso, aliado ao fato da quantidade da droga apreendida em seu poder - 35 (trinta e cinco) invólucros de "crack" -, circunstâncias que justificam a imposição da medida extrema, além de estar respondendo a outros tantos atos infracionais.

4. Não há de falar em aplicação do disposto no art. 33, §, da Lei nº 11.343/2006 porque adolescente não comete crime e nem recebe pena.

Inviável a aplicação de analogia para situações jurídicas infungíveis.

5. "Habeas corpus" não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. (HC 277.627/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 23/05/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso de "habeas corpus" e não mais o admitem como substitutivo de recurso e nem sequer para as revisões criminais.

2. A teor do ar. 122, da Lei nº 8.069/60, a medida socioeducativa de internação só deverá ser decretada se o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento repetido e injustificável da anteriormente imposta.

3. Na hipótese, a internação foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto, tendo sido destacado o anterior envolvimento do menor, que é usuário de drogas, não tem suporte familiar, está atrasado na escola e falta com frequência as aulas, em ato infracional equiparado a roubo, aliado ao fato da quantidade e variedade da droga apreendida em seu poder - 4 (quatro) trouxinhas de maconha e 23 (vinte a três) invólucros de cocaína-, circunstâncias que justificam a imposição da medida extrema.

4. "Habeas corpus" não conhecido, por ser substitutivo do

> *recurso cabível. (HC 276.455/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013)*

Com relação à alegação de violação ao art. 49, II da Lei n.º 12.8591/12, devendo a menor cumprir a medida socioeducativa em local distante da residência dos familiares, a jurisprudência desta Corte Superior entende que a manutenção do convívio com a família é de grande importância para o processo de recuperação do adolescente, o qual deve cumprir a medida socioeducativa imposta, preferencialmente, no local do domicílio de seus entes queridos.

Contudo, este Sodalício tem entendido ser necessária a relativização da regra inserida no art. 49, inciso II, da Lei 12.594/12 quando as circunstâncias do caso concreto indicarem ser inadequada para a recuperação do adolescente a sua colocação em meio aberto, preferindo, portanto, mantê-lo em local distante de seus familiares, porém, ofertando condições capazes de propiciar o convívio familiar, amenizando, dessa forma, os supostos danos ocorridos com o ato. O dispositivo não deve aplicado com automatismo e deve ser interpretado considerando as peculiaridades do caso concreto e a finalidade ressocializadora das medidas socioeducativas.

Na hipótese dos autos, o acórdão asseverou que *"é recomendável, como é cediço, que o cumprimento da medida socioeducativa seja efetivado próximo de sua família, a fim de fortalecer os vínculos familiares. Porém, tal circunstância não pode justificar, por si só, a liberação da paciente ou a atenuação da medida, pois vários outros fatores devem ser considerados no caso concreto (...). O artigo 49, II, da Lei do SINASE, não pode ser analisado de forma isolada, mormente nos casos em que a manutenção da medida privativa de liberdade revela-se a mais adequada ã reeducação do infrator, conforme ocorre no caso em exame. Colocar a paciente em meio aberto tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima à sua residência, significaria condená-la a viver a adolescência nos mesmos moldes que a levaram à grave prática infracional"* (fls. 86/87).

Nesse sentido, confira-se:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. ART. 122, INCISO II, DA LEI N. 8.069/90. CUMPRIMENTO DA MEDIDA EM COMARCA DIVERSA DE SUA FAMÍLIA. ART. 49, INCISO II, DA LEI N. 12594/12. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para*

verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os arts. 49, inciso II e 124, inciso VI, ambos da Lei n. 12.594/12 (Sinase), que regulamentam a execução das medidas socioeducativas destinadas ao adolescente que pratica ato infracional prescrevem que, inexistindo estabelecimento apto ao cumprimento da medida de internação no domicílio do menor infrator e de sua família ou vaga na unidade existente, como no caso vertente, é recomendável sua inclusão em programa de meio aberto na comarca de moradia de seus familiares, quando não se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

Esta Corte Superior, contudo, tem entendido que mencionado direito não é absoluto, podendo ser relativizado diante das circunstâncias do caso concreto, de forma a garantir que a medida socioeducativa imposta seja efetivamente cumprida.

No caso em apreço, apesar do ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas prescindir de violência ou grave ameaça, o menor já praticou diversos atos infracionais e ainda assim voltou a delinquir, revelando-se infrator contumaz, o que demostra que a medida mantida pelo Tribunal de origem é necessária para a ressocialização do paciente, não sendo possível que seja colocado em liberdade por ausência de vagas em estabelecimento próximo à sua residência.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 353.930/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATOS INFRACIONAIS GRAVES. INCIDÊNCIA DO ART. 122, INCISO II, DO ECA. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE VAGA NA COMARCA EM QUE RESIDE O ADOLESCENTE. RELATIVIZAÇÃO DO ART. 49, INCISO II, DA LEI 12.594/2012 (SINASE). POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

V - A Lei n. 12.594/2012 dispõe em seu art. 49, inciso II, que é direito do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade no domicílio de sua residência familiar. Não obstante, este Tribunal Superior tem entendido que referido direito não é absoluto, devendo ser analisado caso a caso, de forma a garantir que a medida imposta seja efetivamente cumprida (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

> *(HC 328.967/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 28/03/2016)*

Assim, não se observa constrangimento ilegal a ser sanado por este Sodalício.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece do *habeas corpus***.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
Relator