

Habeas Corpus n. 2010.058636-7, da Capital
Relator Designado: Des. Torres Marques

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DETERMINOU A IMEDIATA INTERNAÇÃO DO PACIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2010.058636-7, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é impetrante Leandro Maciel Spriccigo, e paciente T. P. de O.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem. Vencido o Exmo. Des. Relator que se manifestava no sentido de concedê-la. Sem custas.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por Leandro Maciel Spriccigo, em favor do adolescente T. P. de O., que teve aplicada medida de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, contra decisão da Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca da Capital que recebeu o recurso de apelação interposto apenas no efeito devolutivo.

Aduziu o impetrante (fls. 2/7) que com o advento da Lei n. 12.010/09 o recurso interposto deve ser recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, obstando, assim, a imediata internação do adolescente. Argumentou que isso vai de encontro aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pugnou, assim, pela concessão da ordem em caráter liminar, e sua posterior confirmação pelo Colegiado.

Indeferido o pleito liminar (fl. 39), foram solicitadas e prestadas as informações (fls. 43/45).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Sérgio Antônio Rizelo (fls. 48/52), opinou pela denegação da ordem.

VOTO

De plano, mister esclarecer que a pretensão do impetrante está relacionada aos efeitos do recebimento do recurso - suspensivo e devolutivo -, pois intenta obstaculizar a imediata internação do paciente, ou seja, requer que esta seja perfectibilizada somente após o trânsito em julgado da decisão.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre os efeitos do recebimento do recurso, estipulou originariamente que, via de regra, a insurgência deveria ser recebida apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 198, VI, da Lei n. 8.069/90. O Estatuto ainda adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil, ressalvadas as adaptações nele previstas (art. 198, *caput*, do ECA).

Adveio então a Lei n. 12.010/09, que dispôs em geral sobre a adoção, alterando e acrescentando diversos dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 8º da lei em comento revogou os incisos IV, V e VI do art. 198 do ECA, sem estipular qualquer outra forma de tratar a matéria revogada. De acordo com a novel legislação, não há mais regramento, no próprio estatuto, relativamente aos efeitos nos quais o recurso deve ser recebido. Porém, a lacuna em evidência é de simples preenchimento, sendo suficiente uma interpretação sistemática do ECA e do Código de Processo Civil para dirimi-la.

Por se tratar de matéria recursal deve ser adotado o sistema próprio do Código de Processo Civil e, de acordo com o art. 520 desta norma a apelação deve ser recebida, regra geral, no duplo efeito. O mesmo artigo, entretanto, elenca algumas situações em que o apelo deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo e dentre elas se enquadra a hipótese em que o recurso é interposto contra sentença que "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela" (art. 520, VII, do CPC).

Diante dessa dicção legal e seguindo o art. 198, *caput*, do ECA, poder-se-ia sustentar a possibilidade de aplicação do art. 520, VII, do CPC, haja vista que a internação provisória no curso da instrução, admitida pelo art. 108 do ECA, de certa forma apresenta-se como uma antecipação da medida socioeducativa, que é a tutela perseguida na ação destinada à apuração de ato infracional.

É notório que nos casos afetos à Infância e Juventude a internação pode ser decretada desde o início do processo (art. 108 do ECA), ou seja, quando ainda não há instrução probatória nem sentença. Todavia, a internação aplicada como medida socioeducativa necessita de prova inquestionável quanto à materialidade e à autoria do ato infracional, bem como do cumprimento dos requisitos do art. 122 do ECA.

Dessa feita, entender que a internação aplicada como medida socioeducativa apenas poderia ser irrogada após o trânsito em julgado e que a internação provisória poderia ocorrer a qualquer tempo, não seria lógico.

Se a legislação admite que o magistrado realize o menos (conter provisoriamente o adolescente, sem a análise probatória), não seria razoável que o mesmo legislador vedasse o mais (manter a contenção após a análise de todas as provas e conclusão sobre a responsabilidade do adolescente).

Essas considerações se mostram necessárias para a compreensão do caso concreto, haja vista que, consoante melhor explanado acima, pretende o impetrante que o paciente possa recorrer em liberdade da decisão que lhe aplicou a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 121, § 2º, I, do CP.

Ocorre que nessa hipótese não pode ser aplicada subsidiariamente a inteligência da norma processual penal, no sentido de ser exigida a fundamentação para a prisão do réu após a prolação do édito condenatório (art. 387, parágrafo único, do CPP).

Sob esse viés, inexorável assinalar que o art. 152 do ECA autoriza, em relação aos procedimentos nele afetos, a aplicação subsidiária da norma processual pertinente. Ocorre que no caso em comento a questão envolve disciplina recursal, matéria em que o legislador foi explícito ao adotar a regra processual civil. Por isso, não podem ser invocados para a solução do conflito o Código de Processo Penal ou as diretrizes que norteiam o sistema jurídico processual penal. Até porque as medidas socioeducativas não possuem caráter de pena/sanção, mas função pedagógica.

Nem se diga que quando se tratar de internação-sanção outra solução deva ser tomada, haja vista que essa espécie de medida, definida pelo art. 122, III, do ECA, tem cabimento quando o adolescente descumprir reiterada e injustificadamente outra anteriormente interposta.

Não é pelo fato de receber a denominação de "sanção" que ela se reveste desse caráter e autoriza a aplicação da norma processual penal, uma vez que essa modalidade representa apenas "o meio extremo legalmente previsto para a hipótese em que se faça necessária a regressão de uma medida anteriormente aplicada" (Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 818).

Nesse sentido, colhe-se deste signatário:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, CAPUT, DO CP). INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DETERMINOU A IMEDIATA INTERNAÇÃO DOS PACIENTES. PLEITO RELACIONADO AOS EFEITOS DO RECEBIMENTO DO RECURSO. APELO QUE, VIA DE REGRA, ERA RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, VI, DO ECA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.010/09 QUE REVOGOU CITADO DISPOSITIVO SEM DISPOR SOBRE A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE O ECA E O CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 198, CAPUT, DO ECA QUE ADOTA O SISTEMA RECURSAL PROCESSUAL CIVIL.

APLICAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE

DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. ORDEM DENEGADA. (HC 2009.063104-6, de Canoinhas, j. 17/11/2009).

Como se não bastasse, coaduna do mesmo pensar o magistrado paulista Jeferson Moreira de Carvalho, conforme se infere de artigo publicado no Jornal Carta Forense:

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.010/2009 o mencionado inciso VI, do art. 198, foi expressamente revogado, o que faz pensar, ao menos superficialmente e açodado, que agora a apelação deve ser recebida no duplo efeito, ou seja, suspensivo e devolutivo.

Entretanto, respeitando entendimentos diversos, a boa interpretação calcada na teoria da proteção integral e na disposição do art. 6º do Estatuto, nos faz concluir que o efeito suspensivo continua não atingindo determinadas situações concretas, mediante a combinação com as regras do Código de Processo Civil.

Dispõe o art. 520, do Código de Processo Civil, que a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, mas será recebida, somente no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela.

Ao propor uma representação em face de um ato infracional a pretensão do Ministério Público é a aplicação de uma medida socioeducativa, com a finalidade que lhe é própria. Assim, se o adolescente se encontra, por exemplo, internado por apreensão em flagrante ou, se no curso do processo é determinada sua internação, claro está que esta situação se equivale a uma antecipação dos efeitos da tutela.

Desse modo, a apelação pode e deve ser recebida somente no efeito devolutivo, e o jovem permanecer internado enquanto o procedimento recursal tiver seu curso. (Edição de julho de 2010).

Assim, hígida a decisão que recebeu o recurso somente no efeito devolutivo (fls. 35/37), porquanto o situação dos autos se enquadra na hipótese acima delineada.

Posto isso, denega-se a ordem.

DECISÃO

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de setembro de 2010, o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto vencedor, e o Exmo. Des. Roberto Lucas Pacheco, com voto vencido. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 6 de outubro de 2010.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Roberto Lucas Pacheco.

Ementa Aditiva

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE IMPÕE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

APELAÇÃO. RECURSO RECEBIDO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, INCISO VI, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOLESCENTE QUE RESPONDEU AO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ATO INFRACIONAL EM LIBERDADE. NECESSIDADE DA IMPOSIÇÃO CAUTELAR DA MEDIDA POR "NECESSIDADE IMPERIOSA" NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA NOVA QUE FUNDAMENTE A NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR, COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTES NOS AUTOS.

INTERNAÇÃO-SANÇÃO QUE SOMENTE PODERÁ SER IMPOSTA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA, DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

LEGISLADOR QUE, DENTRO DO MESMO ESPÍRITO REFORMADOR DAS NORMAS PROCESSUAIS EM VIGOR EM FACE DA CONSTITUIÇÃO, EDITA A LEI N. 12.010/09, QUE MESMO EM SUA VACATIO LEGIS, SINALIZA NOVO RUMO AO INTÉRPRETE.

PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE QUE ENCONTRA AMPARO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

ADOLESCENTE COINFRATOR. SITUAÇÃO PESSOAL IDÊNTICA À DO PACIENTE. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE EVIDENCIADO. DICÇÃO DO ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DA PRESENTE DECISÃO.

Ousei divergir da douta maioria porque, com o devido respeito, entendi que o *habeas corpus* deveria ter sido concedido.

Não se olvida que a jurisprudência pátria (Recurso em *Habeas Corpus* n. 20.530/SP, rel. Min. Gilson Dipp, da Quinta Turma, julgado em 6.2.2007), em sua maior parte, inclusive deste Órgão (*Habeas Corpus* n. 2008.038230-8, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, julgado em 26.8.2008), mantinha entendimento de que, em regra, a apelação interposta em face de sentença que impunha medida socioeducativa de internação seria recebida apenas em seu efeito devolutivo, a teor do disposto no art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante registrar, contudo, que este Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, já havia se inclinado pela necessidade de o juiz fundamentar a segregação provisória do adolescente (antes do trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de internação), conforme se apanha de julgado unânime da Segunda Câmara Criminal:

HABEAS CORPUS - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - RECURSO DE APELAÇÃO - EFEITO DEVOLUTIVO EM REGRA - PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO A REPRESENTAÇÃO - JUÍZO A QUO QUE DETERMINA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA INTERNAÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A MEDIDA EXTREMA (ART. 108 DA LEI 8.069/90) - PRETENSÃO DE RESPONDER EM LIBERDADE O RECURSO - VIABILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

ORDEM CONCEDIDA (*Habeas Corpus* n. 2007.008662-3, de Chapecó, rel. Des. Substituto José Carlos Carstens Köhler, julgado em 27.3.2007).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

A ordem deve ser concedida.

Segundo a dicção do inciso VI do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a regra geral para o recebimento do Recurso de Apelação é o devolutivo, o que permitiria a execução imediata da sentença condenatória antes mesmo do trânsito em julgado.

O mesmo dispositivo legal elenca duas hipóteses de exceção para a regra supracitada, traduzindo que o recurso será recebido no efeito suspensivo quando a apelação for interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Consoante se pode aferir das informações da Autoridade coatora, nenhum dos casos mencionados subsistiu, tanto que o Juízo *a quo* determinou a execução imediata da medida restritiva de liberdade, respaldado na primeira parte do inciso VI do art. 198 da Lei 8.069/90.

Ocorre que o Paciente - conforme se conclui da cópia da sentença (fls. 22/27) - respondeu solto a representação que lhe foi imputada e, embora de sabença geral que até mesmo a internação provisória é possível em sendo a medida necessária - art. 108 e seu parágrafo único, do ECA - tal situação ocorreu.

Nessa senda, a não ser que na oportunidade da entrega da tutela jurisdicional, por haver se alterado o quadro fático que autorizava ao Infante responder a apuração do ato infracional em liberdade, o Magistrado fundamentasse a necessidade do recolhimento imediato do Menor para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei, exsurge como verdadeiro contrasenso a impossibilidade de o Paciente aguardar solto o julgamento de seu Apelo.

Note-se que restou ausente no *decisum* essa motivação (fls. 26/27).

Por esta alheta já caminhou o Superior Tribunal de Justiça:

"ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO. CONDENAÇÃO. INTERNAÇÃO. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.

O ato infracional análogo ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da internação, pois amolda-se ao enunciado do inciso I do artigo 122 do ECA (ato cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa).

É insuficiente a simples alusão ao dispositivo legal para conceder ou não o efeito suspensivo na apelação (art. 198, inciso VI do ECA).

A referência à letra da lei é motivação genérica, e não atende ao preceito constitucional do artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal.

A ausência de fatos concretos e fundamentação objetiva obsta a internação provisória, sobretudo quando o paciente permaneceu solto durante a instrução processual.

ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE para que o paciente possa aguardar o julgamento de sua apelação em liberdade"

(RHC 15377/SP, Min. *Paulo Medina*, j. 21.10.04).

Finalmente, ressalte-se que se esse é o tratamento conferido ao maior ao ter respondido o processo em liberdade - mesmo não se perdendo de vista que no sistema do CPP a regra geral é o efeito suspensivo (art. 597) - e desde que não tenha se modificado o delineamento fático que assim autorizou a custódia cautelar, com muito maior razão se diga em relação ao adolescente - pessoa em peculiar condição de desenvolvimento - que em tese pode ter a prestação jurisdicional modificada na instância *ad quem*, podendo a internação lhe trazer danos irreparáveis, sem que para tanto haja fundamento a justificar a medida sócio-educativa provisória.

É o quanto basta (o destaque em negrito constante no original foi substituído pelo itálico - o sublinhado não constava no original).

Como bem destacou na ementa o referido relator, tratando-se de caráter cautelar (antes do trânsito em julgado), o juiz somente deverá restringir a liberdade do adolescente em casos de imperiosa necessidade, em razão da incidência do princípio da presunção do estado de inocência acima tratado. Dispõe o art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo

máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Aliás, é de se notar que com o advento da Lei n. 11.719/08, que adequou a legislação processual penal aos comandos constitucionais (princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição), até mesmo os acusados imputáveis, ou seja, com plena compreensão da ilicitude de seu ato, possuem o direito recorrer em liberdade, como regra:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (o sublinhado não consta na redação original).

Por conseguinte, não se mostra razoável que os princípios referidos, inspiradores dessas alterações recentes da legislação, que apenas reconheceu ampla dominância da jurisprudência nesse sentido, não se estenda aos adolescentes a quem a própria Constituição da República Federativa destinou proteção especial, excepcionando a aplicação da medida privativa de liberdade, por reconhecê-lo como "pessoa em desenvolvimento":

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3.º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

[...] (sublinhou-se)

Segundo meu sentir, o legislador, motivado por essa onda de adaptação das normas à interpretação que os Tribunais Superiores vinham conferindo à Constituição, amoldou o Estatuto da Criança e do Adolescente a essa nova realidade. Perceba-se que o art. 198, inciso VI, do referido estatuto tem a seguinte redação em vigor:

Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica

adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:

[...]

VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, o dispositivo, sempre invocado para sustentar a inexistência do efeito suspensivo da apelação que visa a desconstituir sentença que impôs medida socioeducativa de internação-sanção, foi modificado pela Lei n. 12.010/09, publicada em 2 de setembro de 2009.

É indubitável que o fundamento desse entendimento, até então predominante, desapareceu com a revogação expressa do inciso VI do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, indicando, o legislador, que o efeito meramente devolutivo, originalmente previsto na norma em comento, não encontra mais amparo no sistema vigente.

Ressalto que, no tocante aos agentes culpáveis, este relator já vinha defendendo a tese de que a restrição de liberdade cautelar, no atual sistema jurídico, tem caráter excepcionalíssimo, em razão dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, daqueles que dele decorrem, como o da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Portanto, sob pena de representar verdadeira antecipação da restrição da liberdade do adolescente, que antecede a certeza a ser trazida pelo futuro trânsito em julgado da decisão que impôs a internação, a aplicação antecipada da medida deverá se restringir àquelas hipóteses em que for demonstrada a sua "necessidade imperiosa":

Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.

Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (sublinhou-se).

Contudo, é indiscutível que o regime democrático e os princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, que não podem ser interpretados de forma absoluta, se coadunam perfeitamente com a necessidade de, excepcionalmente e em caráter cautelar, restringir-se a liberdade de locomoção de adolescente que responda a procedimento em que se apura a prática de ato infracional, a fim de possibilitar a aplicação da lei, desde que atendido o critério da cautelaridade.

É preciso registrar, também, que no caso em tela, o adolescente respondeu ao procedimento de apuração do ato infracional em liberdade e o

magistrado não havia detectado, durante toda a instrução, qualquer elemento indicador da necessidade da aplicação da medida cautelar. Na sentença, entretanto, o magistrado determinou a expedição imediata do mandado de busca e apreensão sem apontar, com base em elementos concretos, quais os fatos que alteraram a situação anterior, a ensejar a restrição cautelar da liberdade do adolescente.

Acerca do direito de o imputável (com desenvolvimento mental completo) recorrer em liberdade, aliás, já relatei processo que resultou em decisão unânime desta Câmara, proferida no dia 10 de fevereiro de 2009, lançando em meu voto (transcreve-se excertos):

A meu ver, a ordem deve ser concedida para garantir o direito da paciente de recorrer em liberdade.

Pretende o impetrante a concessão do direito de recorrer em liberdade à paciente Mariza Cristina de Brito ao argumento de que ela permaneceu solta durante toda a instrução criminal, além de não estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código Penal.

[...]

Data venia, examinando-se os autos não se constata a presença dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar.

[...]

Ora, analisando-se os documentos juntados aos autos, a paciente deveria, em tese, ter sido detida em flagrante delito. Todavia, não se discute aqui o mérito dessa situação, pois, em verdade, a paciente permaneceu solta durante toda a instrução processual, restando presa somente com o advento da sentença condenatória que lhe negou o direito de recorrer em liberdade.

Nesse norte, a jurisprudência vem decidindo que, permanecendo o paciente solto e acompanhando a instrução processual, a negativa do direito de recorrer em liberdade só se justifica se explicitamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]

Não bastasse isso, não subsiste o argumento de que a segregação cautelar da paciente se faz necessária em face da pena fixada, da natureza e da gravidade do crime praticado, uma vez que os motivos que ensejam a prisão preventiva devem estar calcados em elementos concretos que claramente demonstrem a necessidade de prisão da paciente em prol da garantia da ordem pública, seja para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça ou para prevenir a reiteração da prática criminosa.

Ademais, em recente julgamento (HC n. 84078, de 5.2.2009), o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o entendimento de que a segregação cautelar deve ser tida como forma excepcional de prisão, persistindo na obrigação de o magistrado verificar, no caso em concreto, se estão presentes os requisitos legais da prisão preventiva ao negar o direito do réu de recorrer em liberdade.

[...]

Dessarte, diante dessa interpretação da matéria extraída das referidas leis em face da Constituição, não haveria sequer necessidade de alteração da norma para que se passasse a adotar esse entendimento, conforme se depreende do julgado deste Tribunal, da relatoria do Des. Carstens Köhler, antes transcrito.

Penso ser esse o momento adequado para a revisitação do tema, com muito mais razão nessa quadra das inovações legislativas que estamos presenciando, uma vez que, como já foi enfatizado, o legislador sinalizou outro rumo, atribuindo ao apelo, em sede de legislação protetora da criança e do adolescente, o duplo efeito, por representar maior resguardo ao seu direito à liberdade.

Essa interpretação parece estar conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no que diz respeito à preservação da liberdade do adolescente infrator, *mutatis mutandis*, já externou:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INTERPRETAÇÃO. O Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SEGREGAÇÃO. O ato de segregação, projetando-se no tempo medida de internação do menor, surge excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do artigo 121 da Lei n. 8.069/90, não cabendo a indeterminação de prazo.

(*Habeas Corpus* n 85.598, rel. Min. Marco Aurélio, da Primeira Turma, julgado em 25.10.2005).

No que pertine à natureza jurídica de sanção da internação, colhe-se julgado da Corte Constitucional:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE LIBERDADE ASSISTIDA E SEMILIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR INTERNAÇÃO-SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Adolescente submetido à medida socioeducativa de liberdade assistida. Prática de outro ato infracional de que resultou a imposição da semiliberdade. Impossibilidade de substituir as duas medidas pela internação-sanção por prazo indeterminado. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a substituição somente é possível quanto às medidas de proteção arroladas nos artigos 101 e 112, VII da Lei 8.069/90. Ordem concedida.

(*Habeas Corpus* n. 84.608, rel. Min. Eros Grau, da Primeira Turma, julgado em 17.5.2005).

Em razão desses fundamentos, ousei divergir da douta maioria, votando pela concessão da ordem, a fim de possibilitar ao paciente que apele em liberdade da sentença que lhe impôs medida socioeducativa de internação, com o imediato recolhimento do mandado de busca e apreensão expedido em seu desfavor e comunicação ao juízo *a quo*.

De outra parte, conforme informou a autoridade impetrada (fls. 43/44), o adolescente R. D. se encontra recolhido em razão da decisão ora questionada,

evidenciando, assim, estar em idêntica situação processual à do paciente, razão pela qual também entendi que se deveria estender a ele os mesmos efeitos, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, expedindo-se o competente alvará de desinternação em seu favor, se por outro motivo não estivesse recolhido.

Essas, Excelências, as razões da minha divergência, motivo pelo qual votei pela concessão da ordem.

Florianópolis, 22 de outubro de 2010.

Roberto Lucas Pacheco