



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.490 - SP (2010/0172228-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : FERNANDO CATACHE BORIAN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W M DOS S

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. WRIT IMPETRADO CONTRA DECISÃO LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. ATO INFRACIONAL SEM VIOLÊNCIA À PESSOA. GRAVIDADE E HEDIONDEZ DA CONDUTA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO SISTEMA. REITERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Nos termos do entendimento reiteradamente firmado por esta Corte, assim como pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de liminar, a não ser em casos de evidente e flagrante ilegalidade, sob pena de indevida supressão de instância.

II. A superveniência de julgamento do mérito da ordem originária prejudicaria o presente *mandamus*, o que, contudo, será afastado na hipótese, em razão da constatação de flagrante ilegalidade.

III. A medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do art. 122 do ECA, pois a segregação do menor é medida de exceção, devendo ser aplicada e mantida somente quando evidenciada sua necessidade, em observância ao espírito do Estatuto, que visa à reintegração do menor à sociedade.

IV. Em que pese o ato infracional praticado pelo menor – equiparado ao crime de tráfico de droga – ser revestido de alto grau de reprovação, tal conduta é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa, afastando a hipótese do art. 122, inciso I, do ECA.

V. A simples alusão à gravidade genérica do fato praticado ou à natureza hedionda da conduta é motivação genérica que não se presta para fundamentar a medida de internação, até mesmo por sua excepcionalidade, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

VI. A evasão escolar do jovem e o fato de ser usuário de drogas não permitem, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa mais gravosa.

VII. Consoante entendimento pacífico desta Corte Superior, a reiteração não se confunde com a reincidência, sendo necessária a prática de, ao menos, três atos anteriores para a aplicação da medida de internação.

VIII. Devem ser reformados o acórdão recorrido e a sentença do Juízo processante, tão somente no tocante à medida imposta, a fim de que outra decisão seja prolatada, afastando-se a aplicação de medida socioeducativa de internação, e permitindo que o adolescente guarde tal desfecho em liberdade assistida.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

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. "A Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho.

Brasília (DF), 28 de junho de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.490 - SP (2010/0172228-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a liminar pleiteada na ordem anteriormente impetrada em favor de W. M. dos S., mantendo a decisão do Juiz monocrático que determinou sua internação por prazo indeterminado.

O Ministério Público ofereceu representação contra o paciente, pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

O Magistrado de 1º grau julgou procedente a representação ministerial, aplicando ao paciente a medida sócio-educativa de internação, pelo prazo máximo de 03 anos, com reavaliações semestrais.

Inconformada, a defesa impetrou a ordem originária, pugnando pela modificação da medida socioeducativa fixada ao adolescente.

O Tribunal *a quo* indeferiu o pedido liminar, mantendo a internação imposta ao paciente.

Daí a presente irresignação, na qual se requer o afastamento do disposto na Súmula n.º 691/STF, sustentando-se, em síntese, insuficiência de fundamentação da decisão que determinou a internação do paciente, pois a medida mais gravosa estaria baseada na gravidade genérica do ato infracional, sendo, portanto, incabível.

Aduz-se, ainda, que o caso dos autos não se adequa a qualquer das hipóteses do art. 122 do ECA, não havendo violência ou grave ameaça na conduta praticada pelo jovem.

A liminar foi indeferida à fl. 40.

As informações foram prestadas às fls. 47/48.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 83/86).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.490 - SP (2010/0172228-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra ato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu a liminar pleiteada na ordem anteriormente impetrada em favor de W. M. dos S., mantendo a decisão do Juiz monocrático que determinou sua internação por prazo indeterminado.

O Ministério Público ofereceu representação contra o paciente, pela suposta prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

O Magistrado de 1º grau julgou procedente a representação ministerial, aplicando ao paciente a medida sócio-educativa de internação, pelo prazo máximo de 03 anos, com reavaliações semestrais.

Inconformada, a defesa impetrou a ordem originária, pugnando pela modificação da medida sócioeducativa fixada ao adolescente.

O Tribunal *a quo* indeferiu o pedido liminar, mantendo a internação imposta ao paciente.

Daí a presente irresignação, na qual se requer o afastamento do disposto na Súmula n.º 691/STF, sustentando-se, em síntese, insuficiência de fundamentação da decisão que determinou a internação do paciente, pois a medida mais gravosa estaria baseada na gravidade genérica do ato infracional, sendo, portanto, incabível.

Aduz-se, ainda, que o caso dos autos não se adequa a qualquer das hipóteses do art. 122 do ECA, não havendo violência ou grave ameaça na conduta praticada pelo jovem.

Passo à análise da irresignação.

Nos termos do entendimento reiteradamente firmado por esta Corte, assim como pelo Supremo Tribunal Federal, não cabe *habeas corpus* contra indeferimento de liminar, a não ser em casos de evidente e flagrante ilegalidade, sob pena de indevida supressão de instância.

Tal entendimento, inclusive, encontra-se consolidado no verbete n.º 691 da Súmula da Suprema Corte:

“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requerido a tribunal superior, indefere a liminar.”

O enunciado 691, contudo, não impede o conhecimento do *habeas corpus*, se evidenciado flagrante constrangimento ilegal.

Inicialmente, verifica-se que, em 08/11/2010, o *writ* originário foi julgado, tendo a ordem sido denegada, mantendo a medida mais gravosa imposta ao adolescente. A superveniência de julgamento do mérito da ordem originária prejudicaria o presente *mandamus*, o que, contudo, será afastado na hipótese, em razão da constatação de flagrante ilegalidade.

Ao paciente foi imposta a medida socioeducativa de internação, pelo prazo máximo de 03 anos, com reavaliação a cada 06 meses, em razão da prática de ato infracional equiparado ao tráfico de drogas.

O Magistrado singular, ao aplicar a medida socioeducativa de internação ao paciente, asseverou:

“O adolescente tem outros procedimentos instaurados a seu desfavor nos quais recebeu as medidas de advertência e liberdade assistida cumuladas com remissões. Os estudos revelaram que é proveniente de família desestruturada, estava fora da escola e era dependente de drogas.

Tudo considerado, levando-se em conta a gravidade da infração e o perfil do adolescente traçado nos estudos, tenho como adequada a internação em estabelecimento educacional, única medida necessária e suficiente para contê-lo e educá-lo.

A internação tem cabimento porque o crime de tráfico de entorpecentes tem como objetividade jurídica a saúde pública representada pela vida e saúde de um número indeterminado de pessoas que ficaram a mercê de sua conduta. Se a ameaça à vida e à saúde de uma pessoa autoriza a internação, com mais razão a mesma conduta dirigida a um número indeterminado de pessoas.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, julgo procedente os pedidos da presente ação socioeducativa que o Ministério Público ajuizou contra Wesley Marcos dos Santos para o fim de condená-lo ao cumprimento da medida socioeducativa de internação em estabelecimento educacional, pelo prazo máximo de três anos, devendo a medida ser reavaliada a cada seis meses, nos termos do artigo 112, inciso VI, do ECA, pela prática do ato infracional tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/06.” (fls. 28/29).

O acórdão recorrido, por sua vez, manteve a medida mais gravosa, por entender adequada à hipótese.

A princípio, cumpre ressaltar que a Quinta Turma deste Tribunal tem entendido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a medida extrema de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente no dispositivo citado, pois a segregação de menor é, efetivamente, medida de exceção, devendo ser aplicada ou mantida somente quando evidenciada sua necessidade – em observância ao próprio espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual visa à reintegração do menor à sociedade.

A respeito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ART. 122 DA LEI N.º 8.069/90. ROL TAXATIVO. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A medida socioeducativa de internação somente está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, incabível a sua imposição com fundamento apenas na gravidade abstrata do ato infracional. Precedentes.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, anular a decisão de primeiro grau no que diz respeito à medida socioeducativa imposta e determinar que outra seja proferida, permitindo-se ao Paciente aguardar em liberdade assistida a prolação de novo decisum."

(HC 183946/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010).

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. JULGAMENTO DA REPRESENTAÇÃO. WRIT PREJUDICADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA.

I - Com o superveniente julgamento da representação oferecida em desfavor do paciente, fica sem objeto o habeas corpus que objetiva desconstituir a decisão que determinou a internação provisória do adolescente (Precedentes).

II - Ante a ocorrência de flagrante ilegalidade na aplicação da medida socioeducativa verifica-se a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício.

III - Com efeito, a medida de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (Precedentes).

IV - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de drogas não enseja, por si só, a aplicação da medida socioeducativa de internação, se a infração não foi praticada mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ex vi do art. 122, inciso I, do ECA (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Writ não conhecido.

Ordem concedida de ofício para deconstituir o r. decisum a quo no tocante à medida socioeducativa aplicada."

(HC 154868/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 13/09/2010).

Da análise dos autos, evidencia-se a ocorrência de constrangimento ilegal, considerando-se a ausência de motivação idônea para a imposição da medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado ao adolescente.

Em que pese o ato infracional praticado pelo menor – equiparado ao crime de tráfico de droga – ser revestido de alto grau de reprovação, tal conduta é desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa.

Ademais, não se admite a aplicação de medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas.

Por outro lado, a evasão escolar do jovem e o fato de ser usuário de drogas não permitem, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa mais gravosa.

Igualmente, apesar de o magistrado ter feito referência à existência de outros procedimentos instaurados em desfavor do paciente, aos quais foram impostas medidas de advertência e liberdade assistida, não resta caracterizada a reiteração no cometimento de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta, não restando configurada qualquer das hipóteses elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isto por que esta Corte Superior possui entendimento pacífico de que a reiteração não se confunde com a reincidência, sendo necessária a prática de, ao menos, três atos graves anteriores, para a aplicação da medida de internação.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Em razão do princípio da excepcionalidade, a medida de internação somente é possível nas hipóteses previstas no art. 122 da Lei nº 8.069/90, ou seja, quando o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência contra a pessoa, ressalvadas as hipóteses nas quais outras medidas menos severas forem suficientemente adequadas; quando houver o reiterado cometimento de outras infrações graves; ou ainda,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta.

2. Somente ocorre reiteração, para efeito de incidência da medida de internação, quando são praticadas, no mínimo, três ou mais infrações graves anteriores. Precedentes desta Casa.

3. A gravidade genérica da conduta imputada ao paciente não se presta para justificar o estabelecimento da medida mais gravosa, a teor do disposto no art. 122 da Lei nº 8.069/90.

4. A quantidade de substância entorpecente encontrada em poder do paciente - uma embalagem contendo maconha e 22 (vinte e dois) pedras de crack - e o envolvimento em outros atos infracionais, caracterizando a reincidência, não recomendam, no caso, a liberdade assistida.

5. Ordem concedida a fim de, afastada a internação, impor ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.”

(HC 183454/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 23/05/2011).

"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO. REITERAÇÃO NÃO-DEMONSTRADA. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. ILEGALIDADE CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. 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.

2. A prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes, em virtude da sua gravidade abstrata, por si só, não autoriza a segregação dos menores.

3. É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento no sentido de que "a reiteração prevista nos incisos II e III do art. 122 do ECA, não se confunde com o conceito de reincidência, de sorte que, para sua configuração, é necessária a prática de, pelo menos, 3 atos anteriores, seja infração grave ou medida anteriormente imposta, respectivamente." (Habeas corpus n.º 90.920/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 06/05/2008 e DJe 26/05/2008).

4. In casu, não obstante contar com quatro registros em sua folha de antecedentes, o menor fora beneficiado com a remissão em duas oportunidades, razão pela qual não há que se falar em reiteração, uma vez que o art. 127 do ECA determina que aludido instituto não implica reconhecimento de responsabilidade nem vale como antecedentes. Precedentes.

5. Ordem concedida para reformar o aresto do Tribunal a quo e restabelecer a decisão singular, que aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de liberdade assistida.”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 164819/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 18/10/2010).

Contudo, não é possível a pronta fixação de medida em meio aberto, devendo o Julgador monocrático, o qual possui maior proximidade com os fatos, examinar detidamente a questão e fixar a medida sócio-educativa mais adequada ao caso, respeitando os ditames legais.

Nesse contexto, devem ser reformados o acórdão recorrido e a sentença do Juízo processante, tão somente no tocante à medida imposta, a fim de que outra decisão seja prolatada, afastando-se a aplicação de medida socioeducativa de internação, e permitindo que o adolescente aguarde tal desfecho em liberdade assistida.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0172228-2

HC 185.490 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12572010 710120100259028 990104317029

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO CATACHE BORIAN - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W M DOS S

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

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho.