



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.876 - SP (2015/0080407-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO PEREIRA LEITE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V E DA S D (INTERNADO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO E ORDEM DE INQUIRIRÃO EM AUDIÊNCIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. ART. 122 DO ECA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REINCIDÊNCIA E INSUFICIÊNCIA DE MEDIDA ANTERIOR MENOS GRAVOSA. SUBSTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. No processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme preconiza o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa o brocardo francês *ne pas de nulité sans grief* (AgRg no HC 281238/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1/7/2014).

3. A eventual falta de advertência do direito de permanecer em silêncio não acarreta nulidade, muito menos prejuízo à defesa, se o adolescente se vale da prerrogativa constitucional de permanecer calado perante a autoridade policial, e, por ocasião de sua oitiva em juízo, nega a prática infracional imputada.

4. Esta Corte Superior já se pronunciou acerca da inexistência de nulidade quando a oitiva do menor em audiência ocorre antes do depoimento das testemunhas, pois o disposto no art. 184 do Estatuto Menorista, norma especial, prevalece sobre a ordem de inquirição definida no art. 400 do CPP.

5. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA, ou seja: I) tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II) houver reiteração no cometimento de outras infrações graves; III) constatar-se o descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

6. Na hipótese, as instâncias ordinárias destacaram a reiteração delitiva na prática de atos infracionais e a insuficiência da anterior medida de liberdade assistida – que o adolescente cumpria quando foi apreendido –, como fundamentos concretos para a embasar a internação do menor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.876 - SP (2015/0080407-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio com pedido liminar impetrado em favor de V. E. DA S. D., em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da Vara do Júri e da Infância e Juventude de Presidente Prudente/SP aplicou ao paciente medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tendo o Tribunal de origem, examinando o apelo, mantido a sentença.

A impetrante aduz a nulidade absoluta do processo, ante a ausência de declaração dos direitos do menor, dentre eles o de permanecer calado, em manifesta inobservância à regra prescrita nos arts. 5º, LXIII, da CF, 106, parágrafo único, do ECA e 186 do CPP, bem como a realização do interrogatório do adolescente em descompasso com a ordem definida no art. 400 do CPP (ao final da instrução).

Sustenta o descabimento da medida imposta, sob os seguintes argumentos: a) as hipóteses do art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente não se verificaram no caso; b) o crime de tráfico não reclama emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e c) somente a gravidade abstrata do delito não é suficiente para justificar a internação, a teor da Súmula 492 do STJ, mesmo na hipótese de reiteração delituosa.

Ao final, requer, liminarmente, a suspensão do *decisum* impugnado e a determinação da desinternação do paciente e, se for o caso, sua submissão a medida de liberdade assistida. No mérito, pleiteia a anulação do processo desde a colheita do depoimento policial, com a renovação dos atos e o afastamento da aplicação de medida socioeducativa de internação.

Indeferido o pedido liminar (fls. 224/225), as informações foram prestadas às fls. 235/236, 239/243 e 247/406.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 411/417).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.876 - SP (2015/0080407-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

De início, no exame do pleito de declaração de nulidade do feito, sob o argumento de que ao menor não teriam sido conferidos os direitos previstos nos arts. 5º, LXIII, da CF, 106, parágrafo único, do ECA e 186 do CPP, observo que o adolescente, quando de sua apreensão e apresentação perante a autoridade policial, valeu-se do uso da prerrogativa constitucional de permanecer calado, consoante demonstra o Termo de Declarações de fl. 40.

Convém registrar, ainda, que a eventual falta de advertência do direito ao silêncio, quando da oitiva do menor em juízo (fls. 56/57), não acarretou nenhum prejuízo à defesa, já que o menor, naquela oportunidade, negou a prática infracional imputada.

Ademais, a condenação não se fundou exclusivamente nas declarações do adolescente prestadas no laudo psicossocial, mas no acervo probatório coligido, notadamente nas provas testemunhal e pericial produzidas (fl. 109).

Ora, é sabido que, no processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, conforme preconiza o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa o brocardo francês *ne pas de nullité sans grief* (AgRg no HC 281238/MS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 1/7/2014).

No que tange à inobservância da ordem definida no art. 400 do CPP para a inquirição do adolescente em audiência (ao final da instrução), esta Corte Superior já se pronunciou acerca da inexistência de nulidade quando a oitiva do menor ocorre antes do depoimento das testemunhas, pois o disposto no art. 184 do Estatuto Menorista, norma especial, prevalece sobre o regramento processual instituído no CPP.

A esse respeito, conferir o julgado a seguir:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO, INTERROGATÓRIO ANTERIOR À OITIVA DAS TESTEMUNHAS E INEXISTÊNCIA DE RELATÓRIO POLIDIMENSIONAL. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS GRAVES. ART. 122, II, DO ECA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso específico (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a essa dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do *writ* substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - No caso, a alegada ausência de declaração do direito dos pacientes de permanecerem em silêncio (art. 186 do CPP), embora arguida já na audiência de instrução, não lhes causou qualquer prejuízo. Além disso, a procedência da representação não resultou exclusivamente da confissão/declaração, tendo sido amparada no acervo probatório constante dos autos, notadamente das testemunhas e do laudo pericial (precedentes).

IV - O art. 184 do ECA reza que, oferecida a representação, a autoridade judiciária há de designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente. Trata-se de norma especial, a par daquela geral insculpida no art. 400 do Código Penal. Assim, não há que se falar em nulidade no que tange à alegada oitiva dos adolescentes antes do depoimento das testemunhas.

V- O relatório polidimensional não é peça obrigatória ao prosseguimento do feito, como se infere do artigo 186 do estatuto menorista.

VI - Na espécie, a internação está fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a incidência da hipótese prevista no inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que os pacientes possuem antecedentes infracionais, inclusive pela prática de ato da mesma espécie, recebendo, inclusive, outras medidas socioeducativas (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 295.176/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 11/06/2015) (grifos acrescidos).

A respeito da medida de internação aplicada, destaco que, nos termos do art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente, a medida é aplicável 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registre-se que o rol previsto no aludido diploma legal é taxativo, não permitindo ao julgador qualquer interpretação extensiva (HC 301.539/SP, SEXTA TURMA, Relator Ministro NÉFI CORDEIRO, DJe 06/10/2014, e HC 295.362/PE, QUINTA TURMA, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 02/10/2014).

No caso dos autos, o paciente praticou o ato infracional equivalente ao crime de tráfico de drogas, tendo o juiz de primeiro grau decretado a sua internação, com lastro no art. 122, do ECA, após constatar que o adolescente já havia respondido, "em data recente, por ato infracional da mesma natureza", sendo-lhe aplicada medida socioeducativa de liberdade assistida, cumulada com medidas protetivas de tratamento para as drogas, inclusive de ordem psicológica (fl. 109).

O Tribunal de origem, ao apreciar o *habeas corpus* ali impetrado, manteve a referida medida socioeducativa, consignando que o adolescente estava cumprindo a medida socioeducativa anterior (liberdade assistida) quando foi apreendido, *in verbis* (fls. 202/203):

Não bastasse, as condições subjetivas de V. E. S. D. tampouco o favorecem. É dos autos (fls. 35, 38/41, 95/98), que, quando de sua apreensão, não vinha exercendo qualquer atividade laborativa ou escolar, e estava em pleno cumprimento da medida socioeducativa de liberdade assistida; está afastado do núcleo escolar há quatro anos; é usuário de cocaína; já faz uso de maconha; verbaliza que possui amizade com pessoas com envolvimento no meio delitivo, possui tatuagens típicas a utilizadas por pessoas com tal envolvimento, pelo fato destas indicarem apologia a cultura do crime; apresenta-se resistente e desinteressado a refletir sobre a situação de vulnerabilidade que se encontra, uso de drogas e vivência infracional; e não conta com respaldo familiar adequado, visto que advém de família disfuncional, sem a presença de figura de autoridade que lhe imponha normas e limites.

Como se vê, as instâncias ordinárias destacaram a reiteração delitiva na prática de atos infracionais e a insuficiência da medida anterior menos gravosa como fundamentos concretos a embasar a internação do menor, pelo que não se vislumbra ilegalidade na aplicação da internação.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE FURTO QUALIFICADO. INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE OUTRAS INFRAÇÕES GRAVES. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. Na hipótese, não obstante o agravante tenha praticado ato infracional análogo ao crime de furto qualificado, o Tribunal de origem aplicou-lhe a medida socioeducativa de internação em razão da comprovada reiteração de outras práticas infracionais, pelas quais já lhe haviam sido anteriormente aplicadas duas medidas de prestação de serviços à comunidade e três de liberdade assistida. 2. Desta 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. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1477889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 15/04/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS. MEDIDA JUSTIFICADA. ART. 122, II, DO ECA. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. 2. Configurada uma das hipóteses elencadas no rol taxativo do art. 122 da Lei n.º 8.069/90, é possível a aplicação da medida socioeducativa de internação. 3. A insistente reiteração no cometimento de atos infracionais (dezesseis processos relativos a atos infracionais contra o patrimônio), bem como a aplicação de medidas menos gravosas que não alcançaram o objetivo de afastá-lo da prática dos referidos atos, autorizam a imposição da medida mais gravosa. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 301.301/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 17/10/2014)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0080407-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 320.876 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00165214420148260482 14742014 165214420148260482

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO PEREIRA LEITE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V E DA S D (INTERNADO)

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

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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.