



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.297 - MG (2011/0005297-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : G J S (INTERNADO)
ADVOGADO : ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PESSOAL. INVIABILIDADE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. ECA. INTERNAÇÃO. INVIABILIDADE. ARTIGO 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE, DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– No que concerne ao pedido de desclassificação do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas para o de consumo pessoal de entorpecentes, o *habeas corpus* não é o remédio idôneo para análise de tal pleito, tendo em vista que sua aferição demandaria a verificação do conjunto fático-probatório.

– 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).

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja aplicada ao paciente medida socioeducativa mais branda.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 21 de março de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.297 - MG (2011/0005297-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : G J S (INTERNADO)
ADVOGADO : ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de G J S contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, por ter praticado ato infracional equiparado ao crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06. Ao fim, foi estabelecida ao adolescente a medida socioeducativa de internação, por prazo não superior a 3 (três) anos.

Inconformada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, cuja ementa está assim redigida (fl. 119):

APELAÇÃO CRIMINAL - ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA A HIPÓTESE ANÁLOGA AO DELITO DE USO PRÓPRIO - INVIABILIDADE - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO AGENTE CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DE POLICIAL MILITAR - DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADA - APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO - ADEQUAÇÃO AO CASO - REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE INFRAÇÕES GRAVES - RECURSO NÃO PROVIDO. - O depoimento de policial militar responsável pela apreensão em flagrante, não contraditado e em plena consonância com os demais elementos de prova, inclusive com a confissão extrajudicial do agente, torna certa a existência do tráfico. - Demonstrada a finalidade mercantil da substância entorpecente, incabível a desclassificação para a hipótese análoga ao delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. - A prova da destinação exclusiva da droga para o consumo próprio é ônus que incumbe à defesa (art. 156 do CPP). - A imposição de medida socioeducativa de internação, consoante o disposto no art. 122, II, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 8.069/90, justifica-se, em benefício do próprio adolescente, quando demonstrada a reiteração no cometimento de infrações graves.

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante requer a "*desclassificação do delito de tráfico para o de porte para uso próprio; e, alternativa e subsidiariamente, a modificação da decisão para admitir o cumprimento da reprimenda no meio aberto*" (fl. 5).

A liminar foi indeferida (fls. 133/134).

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal se manifestou pela concessão parcial da ordem (fls. 162/164).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.297 - MG (2011/0005297-2)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial. Contudo, em observância ao princípio da ampla defesa e diante da plausibilidade jurídica da tese levantada pela defesa, passo a analisar a presente impetração.

No que concerne ao pedido de desclassificação do ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas para o de consumo pessoal de entorpecentes, o *habeas corpus*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é o remédio idôneo para análise de tal pleito, tendo em vista que sua aferição demandaria a verificação do conjunto fático-probatório.

Com efeito, é sabido que a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII, CF/1988).

A propósito:

CRIMINAL. RHC. ECA. ATO INFRACIONAL DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PREPARADO. RECONHECIMENTO. EM 1º GRAU, PARA A VENDA. DEMAIS DELITOS PERMANENTES NÃO-AFETADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. DETERMINAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DECISÃO COM FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. AFRONTA AOS OBJETIVOS DO SISTEMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não obstante ter havido o reconhecimento, pelo Julgador de 1º grau, do flagrante preparado em relação à venda de entorpecentes, o mesmo não afeta a anterior aquisição para entregar a consumo a substância entorpecente ("trazer consigo para comércio") – modalidade que já estava consumada por ocasião do flagrante.

O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como a pleiteada desclassificação do ato infracional para uso de entorpecentes, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da decisão monocrática.

A medida sócio-educativa de internação só está autorizada nas hipóteses previstas taxativamente nos incisos do artigo 122 do ECA, devendo ser devidamente fundamentada a sua imposição.

A simples alusão à gravidade da infração não é suficiente para motivar a privação total da sua liberdade, até mesmo pela própria excepcionalidade da medida, restando caracterizada a afronta aos objetivos do sistema.

Recurso parcialmente provido para determinar a anulação do decum de 1º grau, quanto à medida sócio-educativa imposta ao paciente, a fim de que outro seja proferido (RHC 12.685/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 5/8/2002, p. 358).

Já no que se refere à medida socioeducativa aplicada ao menor, verifica-se que a internação do adolescente tem fundamento tão somente na gravidade abstrata do ato infracional. A propósito, vale transcrever excerto da r. sentença (fls. 77/78):

Ora, o uso de drogas não deixa de ser grave, sobretudo, ao próprio Representado, provocando alterações de comportamento em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estado psicológico e mais grave ainda o Tráfico, na medida em que, não obstante as elementares da violência ou grave ameaça não integrem o tipo penal, não se pode olvidar a existência de grupos criminosos voltados para a sua prática, responsáveis indiretamente por uma das mais violentas formas de criminalidade que flagelam a sociedade, em busca de lucros financeiros, sem qualquer pudor em relação a toda gama de malefícios que trazem à sociedade.

Conforme se depreende dos autos, ficou esclarecido que o menor praticou somente o ato infracional equiparado ao tráfico de drogas. Embora socialmente reprovável, tal conduta não implica em internação em razão de não estar dentro das hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada 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.

Assim, a decisão que impôs a medida de internação por prazo não superior a 3 (três) anos submeteu o paciente a constrangimento ilegal. Nesse sentido, os seguintes julgados da Quinta Turma desta Corte de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ECA. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 122 DA LEI Nº 8.069/1990. ROL TAXATIVO. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

1. 'O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente' (Súmula 492/STJ).

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 252.331/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 26/2/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outras infrações graves ou de descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia.

2. Ainda que reprovável, a prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de entorpecentes não permite a segregação dos menores, pois não pressupõe violência ou grave ameaça.

3. Consoante se verifica da folha de antecedentes infracionais, o paciente não registra passagens anteriores.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 252.101/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1/3/2013).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para que seja aplicada ao paciente medida socioeducativa mais branda.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0005297-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.297 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10223092922036 10607070357571 223092922036

EM MESA

JULGADO: 21/03/2013

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : G J S (INTERNADO)
ADVOGADO : ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.