



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.956 - SP (2015/0302081-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLORISVALDO ANTÔNIO FIORENTINO JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J V S (INTERNADO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO, A SER CUMPRIDA EM COMARCA DIVERSA DA QUAL RESIDE A FAMÍLIA DO MENOR. GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO. REITERAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 492 DA SÚMULA DO STJ. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. LOCAL DE RESIDÊNCIA DO MENOR. DIREITO A INSERÇÃO EM MEDIDA EM MEIO ABERTO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– No caso, constata-se a insuficiência da fundamentação da decisão que impôs medida de internação com base apenas na gravidade abstrata do ato infracional, praticado sem violência ou grave ameaça por adolescente que não reiterou na prática de ato infracional grave, conforme consta dos autos. Aplica-se à hipótese, assim, o disposto no enunciado n. 492 da Súmula do STJ.

– Nos termos do disposto no art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012, é direito do adolescente "ser incluído em programa de meio aberto, quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em unidade mais próxima de seu local de residência".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que seja aplicada ao paciente a medida de liberdade assistida, a ser cumprida na cidade em que reside com a família.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.956 - SP (2015/0302081-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLORISVALDO ANTÔNIO FIORENTINO JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J V S (INTERNADO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de J V S contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC 2195242-38.2015.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente encontra-se cumprindo medida socioeducativa de internação pela prática de ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas.

Irresignada, a Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual manteve os termos da sentença.

No presente *mandamus*, alega a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, argumentando haver violação do art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012, pois, em razão de não haver vaga para a internação do menor na comarca em que reside sua família, foi encaminhado para cumprimento da referida medida na Fundação Casa de Bauru/SP, o que prejudica seu processo ressocializador, tendo em vista que o retira da convivência familiar.

Aponta, ainda, que a medida foi aplicada fora das hipóteses autorizadoras, previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 51/52).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 107/111).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.956 - SP (2015/0302081-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
(Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A Defensoria Pública busca a substituição da medida de internação do paciente por outra mais branda, em meio aberto, aos fundamentos de que não estão presentes as hipóteses autorizadoras da medida mais gravosa, bem como porque o adolescente encontra-se internado em Bauru/SP, município diverso daquele no qual residia com sua família (Agudos/SP).

Como é cediço, a medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada nas hipóteses legais arroladas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Ademais, foi consolidado no enunciado n. 492 da Súmula do STJ o entendimento de que *o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.*

Sobre a escolha da medida de internação, colhe-se da sentença (fls. 29/30):

A INTERNAÇÃO É A ÚNICA MEDIDA ADEQUADA AO CASO CONCRETO. SEGUNDO AS TESTEMUNHAS OUVIDAS. O ADOLESCENTE JÁ VEM PRATICANDO O TRÁFICO HÁ ALGUM TEMPO.

A IRMÃ JÁ FOI CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS E ESTÁ CUMPRINDO MEDIDA SOCIOEDUCATIVA, SENDO QUE NESTA APREENSÃO A DROGA FOI APREENDIDA NA RESIDÊNCIA DO ADOLESCENTE E SUA IRMÃ. PORTANTO, NÃO É A PRIMEIRA VEZ QUE FOI ENCONTRADA DROGA NA POSSE DOS ADOLESCENTES.

JEFFERSON É USUÁRIO DE MACONHA E CONTA COM APOIO DA GENITORA PARA SUSTENTAR O USO.

CONSIDERANDO QUE ESTAVA PORTANDO 21 PEDRAS DE "CRACK" AO SAIR DA SUA RESIDÊNCIA, TUDO INDICA QUE GUARDAVA A DROGA PARA FINS DE TRÁFICO DENTRO DA RESIDÊNCIA. PORTANTO, NÃO É A PRIMEIRA VEZ QUE EXISTIA DROGA DENTRO DA RESIDÊNCIA E DIANTE DO HISTÓRICO FAMILIAR E DA GRAVIDADE DO CRIME, ENTENDO QUE NÃO HÁ QUALQUER CHANCE DE SUCESSO NA MEDIDA EM MEIO ABERTO.

OS LAUDOS PSICOLÓGICOS SÃO FAVORÁVEIS AO MEIO ABERTO, POIS NÃO CONTAVAM COM AS INFORMAÇÕES PRESTADAS NOS AUTOS EM RELAÇÃO AO HISTÓRICO DO ADOLESCENTE, JÁ CONHECIDO DOS MEIOS POLICIAIS. FINALMENTE, O ADOLESCENTE ESTAVA VENDENDO "CRACK". O QUE TORNA MAIS GRAVE O ATO INFRACIONAL, ANTE O POTENCIAL DE DESTRUIÇÃO DA DROGA.

ALÉM DISSO, ABANDONOU OS ESTUDOS NA 8 SÉRIE, NÃO TRABALHA E NÃO REVELA A MENOR PREOCUPAÇÃO COM O GRAVE ATO INFRACIONAL QUE VINHA PRATICANDO. ACREDITA NA IMPUNIDADE. Portanto, permanecendo em liberdade, voltará a delinquir.

Pelo quadro exposto, evidencia-se ser imperiosa a intervenção do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estado para reeducá-lo, exigindo a adoção de atitude mais severa para que se possa avaliar a conduta do menor e desenvolverem-se meios de inseri-lo na sociedade.

Tudo considerado, levando-se em conta o perfil do adolescente, tenho que a medida de internação é única adequada para puni-lo e educá-lo, já que a aplicação de outra medida não produzirá qualquer efeito.

Nesse passo, em interpretação ao art. 122, II, da Lei nº. 8.069/90, pode-se afirmar que a prática de infrações, que demonstrem um acentuado grau de reprovabilidade, como ocorre no presente caso, passam a ser consideradas graves, vez que, além de ferirem o sentimento social de justiça, colocam freqüentemente em perigo valores fundamentais da sociedade e, inclusive, do próprio menor.

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve a internação, aos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 24/26):

Por outro lado, sem embargo do respeito a entendimentos jurisprudenciais em sentido contrário, não se tem dúvida de que a gravidade da conduta análoga ao crime de tráfico de entorpecentes requer punição mais severa, justamente para que o infrator não reconheça na resposta estatal um incentivo à prática de novas infrações, como determina o artigo 122 do ECA, que deve observar, inclusive, os princípios da proteção integral e da prioridade de atendimento.

E, com efeito, o legislador, posteriormente à edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, passou a classificar tal prática descrita nos autos como crime hediondo.

[...]

Ademais, as condições pessoais do paciente revelam ausência de criticidade do comportamento inadequado, observado que o jovem não possui respaldo familiar e é usuário de maconha, tudo a indicar a necessidade de imediata segregação, tanto para a sua proteção pessoal quanto da sociedade.

Cumpre notar, ainda, que a Súmula nº 492 do Superior Tribunal de Justiça não veda a imposição de medida socioeducativa, mas tão somente estabelece que ela deva ser aplicada consoante o caso concreto. E, in casu, diante da gravidade dos fatos e das condições pessoais do infrator, a internação se mostra necessária.

Constata-se, assim, a insuficiência da fundamentação das decisões que determinaram a aplicação de medida mais gravosa, com base apenas na gravidade abstrata do ato infracional, praticado sem violência ou grave ameaça, notadamente quando se leva em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração que o adolescente, pelo que se depreende dos autos, não reiterou na prática de atos infracionais (e-STJ fl. 101).

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art.

654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no habeas corpus, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível o seu processamento para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

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

03. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que seja proferida outra decisão, com a aplicação de medida socioeducativa diversa da internação, e para assegurar ao paciente o direito de aguardar em semiliberdade novo pronunciamento jurisdicional (HC 308.823/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR. SÚMULA 691 DO STF. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ROL TAXATIVO. SÚMULA 492/STJ.

1. "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar" (Súmula 691 do STF), a não ser em hipóteses excepcionais, quando demonstrada patente ilegalidade.

2. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA.

3. Na espécie, o aspecto determinante para a imposição da medida socioeducativa de internação foi a prática em si do ato infracional análogo ao tráfico de drogas, entendimento que contraria a jurisprudência desta Corte sobre o tema, consolidada na Súmula 492.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o paciente seja submetido à medida socioeducativa diversa da internação (HC 321.907/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015).

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 122 DO REFERIDO ESTATUTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 492/STJ.

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 ordinário (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 alinharam-se a esta 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 próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na hipótese, o paciente foi representado pelo cometimento de atos infracionais equiparados ao tráfico ilícito de entorpecentes e à associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06). A conduta foi praticada sem violência ou grave ameaça a pessoa; o paciente é primário, o que afasta a possibilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122 do ECA).

IV - Assim sendo, infere-se que a medida socioeducativa aplicada (internação) foi imposta ao ora paciente ao argumento, unicamente, da gravidade em abstrato dos atos infracionais praticados. Nesse contexto, as decisões de origem divergiram da pacífica jurisprudência desta col. Corte, nos termos da Súmula 492/STF (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando-se a liminar deferida, desconstituir o r. decisum a quo no tocante à medida socioeducativa aplicada (HC 307.198/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015).

Deve-se ressaltar, ademais, que o art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012, ao regulamentar a execução de medidas socioeducativas a serem aplicadas a adolescente infrator, estabeleceu:

Art. 49. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei:

[...]

II - ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência.

Na hipótese, foi aplicada ao paciente, residente no município de Agudos/SP, medida socioeducativa de internação. Contudo, tendo em vista a ausência de vaga para internação na comarca onde reside, o paciente passou a cumprir a medida no município de Bauru/SP.

Nos termos do aludido dispositivo, o menor tem o direito de ser incluído em medida de meio aberto, a ser cumprida na comarca de residência de sua família, uma vez que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o ato infracional foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (nesse sentido: **HC n. 285.538/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 2/4/2014, HC n. 316873, Rel. Min. Felix Fischer, Dje de 12/8/2015**).

À vista do exposto, não conheço do *writ*, mas **concedo** a ordem de ofício para determinar que seja aplicada ao paciente a **medida de liberdade assistida**, a ser cumprida na comarca em que reside com sua família.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0302081-3

HC 342.956 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014030520158260058 14030520158260058 20150000777118 2195242382015826000

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FLORISVALDO ANTÔNIO FIORENTINO JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J V S (INTERNADO)

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.