



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.439 - SP (2015/0267632-9)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J V F DE J (INTERNADO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. ART. 122 DO ECA. REITERAÇÃO DELITIVA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA DO ADOLESCENTE. INSERÇÃO EM MEIO ABERTO. PRECEDENTES.

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. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas situações taxativamente elencadas no art. 122 do ECA, quais sejam, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

3. Hipótese em que a sentença condentória destacou a reiteração delitiva na prática de atos infracionais para a fixação da medida socioeducativa de internação.

4. A Quinta Turma desta Corte Superior, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem ressaltado que, para a caracterização da reiteração prevista no art. 122, II, do ECA, não se exige a presença de três ou mais condutas infracionais, por ausência de previsão legal.

5. Da interpretação conjunta dos dispositivos destacados – inciso IX do art. 35 e II do art. 49 –, verifica-se que a medida socioeducativa imposta ao adolescente deve ser cumprida em unidade próxima à sua residência, a fim de assegurar a proximidade da família e do ambiente em que vive, e, em consequência, fortalecer o processo socioeducativo.

6. *In casu*, ao paciente foi imposta medida socioeducativa de internação em virtude de prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, conduta desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa e, conforme se depreende dos autos, inexistente vaga em unidade educacional situada no local de seu domicílio.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente seja colocado em liberdade assistida, a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprida no município de sua residência.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de dezembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.439 - SP (2015/0267632-9)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de J. V. F. DE J., em que se aponta como autoridade coatora a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o HC n. 2169503-63.2015.8.26.0000 e manteve a medida socioeducativa de internação do paciente.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da Comarca de Cotia/SP julgou parcialmente procedente a representação formulada em desfavor do paciente, em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ocasião em que foi determinada a sua internação por tempo indeterminado (processo n. 0004223-06.2015.8.26.0152, fls. 20/22).

Segundo o *writ*, o paciente sofre constrangimento ilegal porque a internação é medida excepcional e somente pode ser aplicada com observância dos requisitos do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), acentuando que o entendimento adotado pelas instâncias anteriores está em desacordo com a Súmula 492 do STJ.

Ao final, destaca a impossibilidade de o adolescente ficar internado em localização diversa daquela onde está domiciliado, devendo ser colocado em meio aberto, em face do disposto no art. 49, II, da ECA.

A liminar foi indeferida (fls. 60/61).

As informações encontram-se às fls. 71/139.

Em parecer (fls. 145/152), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.439 - SP (2015/0267632-9)

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.

Na presente impetração, não está demonstrada a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal.

O art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que 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.

Vale frisar que esse elenco de condições é taxativo, não sendo admitida a aplicação em circunstâncias diversas das arroladas no dispositivo (HC n. 301.539/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma; HC n. 295.362/PE, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma).

In casu, o MM. Juiz sentenciante fundamentou a aplicação da medida de internação nos seguintes termos (fls. 22/23):

A versão das testemunhas de acusação por si só já são suficientes para comprovar a ocorrência e autoria do ato infracional, tal como descrito na representação. Aliada as drogas apreendidas, todas divididas em porções, bem como a atitude do menor de dispensar a sacola, deixam claro que estava ocorrendo a traficância. Tendo em vista a gravidade do ato infracional praticado que é cada vez mais comum nesta comarca e que destrói a sociedade e a família, bem como o fato do menor possuir antecedentes, conforme certidão de fls 17, verificamos a reiteração em crimes graves, sendo a medida de internação a única adequada.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao apreciar o *writ* lá impetrado, entendeu que se mostrava adequada a medida mais gravosa, nos seguintes termos (fl. 56):

Desta forma, a aplicação da medida levou em conta não apenas a gravidade abstrata do delito, mas também as condições pessoais do menor, em situação de risco, exposto à violência física e psicológica do meio criminoso. A internação foi aplicada com fundamento no art. 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Adolescente.

Verifica-se que as instâncias ordinárias destacaram a reiteração delitiva na prática de atos infracionais como fator fundamental para a aplicação da medida extrema.

A tese de que seriam necessários ao menos três eventos para caracterizar a reiteração, outrora abrigada na jurisprudência desta Corte (HC 225.139/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 11/06/2012), não mais prevalece, tendo em vista que esta Quinta Turma, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, tem se manifestado no sentido de que, para a caracterização da reiteração prevista no art. 122, II, do ECA, não se exige a presença de três ou mais condutas infracionais, por ausência de qualquer previsão legal.

A propósito, colho jurisprudência desta Quinta Turma e do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. 1. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. 2. REITERAÇÃO INFRACIONAL. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não existe fundamento legal para o argumento de que é necessário o número mínimo de três atos infracionais graves para a incidência do inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Para a Corte Suprema, o aplicador da lei deve analisar e levar em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para uma melhor aplicação do direito. Pondera que o magistrado deve apreciar as condições específicas do adolescente - meio social onde vive, grau de escolaridade, família - dentre outros elementos que permitam uma maior análise subjetiva do menor.

2. Na espécie, a medida de internação foi aplicada de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem assim em atenção às particularidades do caso, tendo em vista a natureza da droga apreendida - crack -, evidenciando o comprometimento do adolescente com o crime, bem como a reiteração no cometimento de outras infrações graves.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

(RHC 48.629/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe de 21/08/2014).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CARÁTER EXTREMO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. ATO INFRACIONAL NÃO COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA A PESSOA. GRAVIDADE DO ATO E GARANTIA DA INTEGRIDADE FÍSICA DO MENOR. FUNDAMENTOS NÃO INDÔNIOS PARA A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. FUNDAMENTO QUE AUTORIZA A INTERNAÇÃO (ART. 122, II, DO ECA). NÚMERO MÍNIMO DE DELITOS ANTERIORMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMETIDOS PARA CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM INDEFERIDA.

1. A internação, dentre todas as medidas sócio-educativas, constitui a mais severa, porquanto implica na privação da liberdade do menor.
 2. O ECA reconhece o caráter extremo da medida, ao condicioná-la aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (artigo 121) e prever sua subsidiariedade, determinando que “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (artigo 122, § 2º).
 3. Deveras, em razão deste caráter extremo, a internação justifica-se nas hipóteses taxativamente elencadas no artigo 122 da Lei n. 8.069/90 (Precedentes: HC n. 88.748/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 29.9.06 e HC n. 89.326/SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 6.11.06), porquanto até mesmo a prisão de indivíduos penalmente imputáveis com respaldo na gravidade em abstrato do crime é inadmissível (Precedentes: HC n. 96.618/SP, 2ª Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 24.6.10; HC n. 95.886/RJ, 2ª Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3.12.09; HC n. 92.299/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.9.08; HC n. 86.142/PA, 1ª Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia).
 4. A internação do paciente justifica-se em razão da reincidência no cometimento de ato infracional grave. A aplicação da medida de internação na hipótese de reiteração na prática criminosa é constitucional, tendo em vista a previsão expressa do inciso II do artigo 122 do ECA (Precedentes: n. 99.175/DF, 1ª Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 28.5.10 e HC n. 84.218/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.08).
 5. O inciso II do artigo 122 do ECA não prevê número mínimo de delitos anteriormente cometidos para fins de caracterização da reiteração na prática criminosa (Precedente: HC n. 84.218/SP, 1ª Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 18.4.08).
 6. *In casu*, o paciente cumpriu anteriormente medida de internação pela prática de ato infracional equiparado a roubo qualificado.
 7. Ordem indeferida.
- (STF - HC 94.447, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 05/05/2011).

Por outro lado, melhor sorte alberga o paciente quanto ao pleito de ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto pela ausência de vaga em estabelecimento adequado próximo ao local de residência da sua família.

Sobre o tema em exame, a legislação de regência, segundo os arts. 35 e 49 da Lei n. 12.594/2012, assim estabelece:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

- I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - **fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.**

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

I - ser acompanhado por seus pais ou responsável e por seu defensor, em qualquer fase do procedimento administrativo ou judicial:

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;** (grifos acrescidos)

Da interpretação conjunta dos dispositivos destacados – inciso IX do art. 35 e II do art. 49 –, verifica-se que a medida socioeducativa imposta ao adolescente deve ser cumprida em unidade próxima à sua residência, a fim de assegurar a proximidade da família e do ambiente em que vive, e, em consequência, fortalecer o processo socioeducativo.

Com efeito, encontra-se expressamente previsto na norma (art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012) que a internação de menor em local diverso do seu domicílio somente pode ocorrer nos casos em que a medida aplicada decorrer de ato infracional praticado mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Observa-se que ao paciente foi imposta medida socioeducativa de internação em virtude de prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas, conduta desprovida de violência ou grave ameaça à pessoa e, conforme se depreende dos autos, inexistente vaga em unidade educacional situada no local de seu domicílio, residindo aí, a procedência ao seu pleito.

Cito o seguinte julgado desta Quinta Turma:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO. REITERAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 492/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. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. O art. 122 da Lei n.º 8.069/1990 estabelece que a internação do adolescente somente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grave ameaça à pessoa ou na hipótese de reiteração na prática de outras infrações graves ou de descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia.

3. 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, notadamente quando se leva em consideração que a adolescente, pelo que consta dos autos e reconhecido na sentença, é primária. Súmula n. 492/STJ.

4. 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".

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que seja aplicada à paciente a medida de liberdade assistida, a ser cumprida em seu domicílio.

(HC 308.964/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 14/09/2015)

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para determinar que o paciente seja colocado em liberdade assistida, a ser cumprida no município de sua residência.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0267632-9

HC 339.439 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00042230620158260152 15992015 20150000703486 21695036320158260000
42230620158260152

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015
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 : GABRIELA GALETTI PIMENTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J V F DE J (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.