



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.104 - SP (2016/0024162-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ORIVALDO DE SOUSA GINEL JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B A M A (INTERNADO)

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGADA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO, INTERROGATÓRIO ANTERIOR À OITIVA DAS TESTEMUNHAS E AUSÊNCIA DO MEMBRO DO *PARQUET* NA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Diante da ausência de demonstração de prejuízo, em razão da alegada falta de declaração do direito da paciente de permanecer em silêncio (art. 186 do CPP), não há falar em constrangimento ilegal. Esclareça-se que a adolescente permaneceu silente perante a autoridade Policial, não confessou a prática dos atos infracionais, declarando-se apenas como usuária, quando ouvida pelo *Parquet*, bem como ao ser ouvida em Juízo foi informada do respectivo direito.
3. "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." (HC 295.176/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 11/06/2015).
4. A ausência do membro do *Parquet* na audiência de apresentação não evidencia nulidade, tendo em vista que a Defesa não demonstrou qualquer prejuízo quanto à adolescente. Registra-se que, no momento da realização da referida audiência, não houve por parte da Defesa, a qual se fez presente, oposição ao fato de não ter comparecido o membro do *Parquet*, até porque, certamente, era sabido que a adolescente havia sido ouvida pelo órgão ministerial na mesma data da mencionada audiência (26.3.2015).
5. Hipótese em que há manifesta ilegalidade, pois a medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos gravosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.
6. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja aplicada ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.104 - SP (2016/0024162-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ORIVALDO DE SOUSA GINEL JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B A M A (INTERNADO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de B. A. M. A., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0006197-58.2015.8.26.0482).

Segundo os autos, o MM. Juízo da Vara do Júri e da Infância e Juventude de Presidente Prudente julgou procedente representação contra a paciente por ato infracional equiparado ao crime do art. 33, *caput*, c/c os arts. 34 e 35, todos da Lei nº 11.343/2006, determinando sua internação.

Eis a sentença, na parte que interessa (fls. 62/64):

O ato infracional praticado é de natureza grave e traz repercussão social, sendo considerado crime hediondo. Mas, não é só, pois cada caso concreto deve ser analisado com suas particularidades, não sendo oportuno o posicionamento jurisprudencial que aplica a letra fria da lei quanto ao não cabimento da internação, fora dos casos previstos no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. É certo que a violência da conduta da menor não é direcionada a uma única pessoa, como erroneamente se exige a letra fria do dispositivo legal citado, porém, tal violência no caso em questão é direcionada a um número indeterminado de pessoas, considerando que milhares e milhares de famílias são destruídas pela conduta nefasta do tráfico, a qual o menor está praticando. A internação não pode ser vista unicamente como pena privativa de liberdade, mas também como a possibilidade de oferecer ao menor o acesso a valores sociais como esporte, educação, lazer, saúde, respeito ao próximo, profissionalização, etc., que na maioria das vezes não lhe são propiciados ou não se interessam quando cumpre medida no meio aberto. Registre-se que nos dias atuais a Fundação CASA trabalha com poucos jovens em cada unidade, precisamente em torno de 50 (cinquenta) adolescentes, propiciando alimentação adequada em horários estabelecidos, prática de esporte e lazer, educação, profissionalização e, em especial, regras de conduta em sociedade, bem como acompanhamento individualizado por equipe composta por psicólogos e assistentes sociais, visando e. sua reinserção no meio social de forma que não volte a praticar delitos e seja encaminhado para os estudos e o trabalho. Outrossim, muito se discute no meio jurídico e na própria sociedade quanto à pertinência da redução da maioridade penal, em especial para coibir a conduta de adolescentes envolvidos com a criminalidade, em faixa etária próxima aos dezoito anos de idade. Ora, cabe ao operador do direito analisar, de forma criteriosa, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta de cada adolescente e seus reflexos perante a sociedade e também quanto à formação do menor, visando que não retorne a delinquir. Não parece adequado, ainda, que um jovem de dezoito anos de idade que cometa o mesmo delito praticado pelo adolescente em questão, receba uma pena privativa de liberdade superior a cinco anos de reclusão, pois o delito é considerado hediondo e exige o cumprimento inicial da pena em regime fechado, enquanto a menor em questão, mesmo possuindo o discernimento que tais condutas são ilícitas, não permaneça sequer poucos meses internado perante unidade da Fundação CASA, visando à ressocialização, conforme já dito.

(...)

Diante de tal conjunto probatório, fica claro que outra solução não resta a não ser a internação da adolescente, face à gravidade do fato e de sua repercussão social, razão pela qual a internação em unidade da Fundação CASA é a melhor medida, tanto para o menor como para a sociedade. Outrossim, caso seja colocada em liberdade para cumprir medida no meio aberto, além de seu comprometimento pessoal e de sua família em sua formação, por certo voltará a praticar o tráfico, ficando patente que também por este aspecto não é recomendável que a menor cumpra medida socioeducativa em meio aberto, razão pela qual a internação mostra-se como a medida mais adequada. Frise-se ainda que a adolescente registra outras passagens por este juizado (fls. 37/42), ficando evidente o seu comprometimento com a prática de atos infracionais. Registre-se que o estudo técnico carreado aos autos (fls. 79/82) demonstra que a adolescente não conta com apoio familiar e não dispõe de um ambiente acolhedor para eventual retorno. Também o relatório polidimensional indica dificuldades da adolescente no cumprimento da internação provisória, face a pequenos conflitos com as demais adolescentes, bem como a existência de conflitos familiares que dificultam seu retorno, sendo este o momento adequado para que sejam colocados freios inibidores na conduta da adolescente, visando sua melhor formação, circunstâncias que também justificam a internação da adolescente. Por fim, considerando que a adolescente alegou ser usuária de crack, maconha e cocaína, hei por bem aplicar a medida protetiva de tratamento para drogadição a ser cumprida nas dependências da própria Fundação CASA. Posto isso, JULGO PROCEDENTE a representação para aplicar à adolescente BÁRBARA ANDRESSA MAGALHÃES ALMEIDA medida socioeducativa de INTERNAÇÃO, até que seja considerada apta ao convívio social, nos termos do artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cumulada com medida protetiva de TRATAMENTO PARA DROGADIÇÃO, a serem cumpridas na Fundação CASA.

Manejada apelação, não foi provida, a teor da seguinte ementa (fl. 149):

Apelação. Atos infracionais análogos aos crimes previstos nos arts. 33, caput, 34 e 35, todos da Lei nº. 11.343/06). Sentença que julgou procedente a representação, aplicando à adolescente a medida socioeducativa de internação. Preliminares de nulidade afastadas. Análise da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova oral. Autoria e materialidade comprovadas. Pretendida desclassificação para o artigo 28 da Lei 11.343/06. Impossibilidade. Admissibilidade da aplicação da medida extrema. Condições pessoais da menor que recomendam a imposição da medida drástica. Internação que não vem como pena, senão como programa de reabilitação. Manutenção da medida imposta, que se mostra necessária para a ressocialização da jovem. Recurso não provido.

Dá a presente impetração, alegando o seguinte:

- a) nulidade do processo porque não declarados para a adolescente os seus direitos, conforme o art. 186 do Código de Processo Penal;
- b) nulidade porque foi a adolescente ouvida antes da testemunha, violando o art. 400 do Código de Processo Penal;
- c) nulidade por falta de promotor de justiça natural na audiência de apresentação;
- d) a medida de internação é imprópria, pois não estão presentes os requisitos do art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente;
- e) vedação de tratamento mais gravoso do que o de um adulto, pois se não fosse ato infracional, a pena seria cumprida em regime semiaberto, além do que o prazo de prisão cautelar seria computado na expiação;
- f) é inconstitucional a privação da liberdade como suposta garantia da segurança pessoal da própria adolescente.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão e a imediata desinternação da paciente, com aplicação da liberdade assistida. No mérito, a ratificação da liminar para anular o processo desde a colheita do depoimento policial, a oitiva informal ou a audição judicial da paciente, *"determinando-se a renovação dos atos, com a oitiva judicial da representada ao final da instrução, asseguradas as garantias constitucionais e legais e presente o i. Promotor de Justiça natural, prosseguindo-se a ação socioeducativa nos seus ulteriores atos, vedada a imposição de medida de internação à paciente, ou para afastar-se a medida socioeducativa de internação aplicada à paciente ou substituí-la por qualquer medida socioeducativa em meio aberto, especialmente a de liberdade assistida, ordenando-se em qualquer caso, a expedição de mandado de desinternação."* (fls. 39/40).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 169-172.

As informações foram juntadas às fls. 185-186, 188-192 e 191-354.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 357-363, da lavra do Subprocurador-Geral da República Humberto de Paiva Araújo.

Segundo as últimas informações, a adolescente cumpre medida socioeducativa de internação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.104 - SP (2016/0024162-6)

EMENTA

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGADA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO, INTERROGATÓRIO ANTERIOR À OITIVA DAS TESTEMUNHAS E AUSÊNCIA DO MEMBRO DO *PARQUET* NA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 122 DO ALUDIDO ESTATUTO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Diante da ausência de demonstração de prejuízo, em razão da alegada falta de declaração do direito da paciente de permanecer em silêncio (art. 186 do CPP), não há falar em constrangimento ilegal. Esclareça-se que a adolescente permaneceu silente perante a autoridade Policial, não confessou a prática dos atos infracionais, declarando-se apenas como usuária, quando ouvida pelo *Parquet*, bem como ao ser ouvida em Juízo foi informada do respectivo direito.

3. "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." (HC 295.176/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 11/06/2015).

4. A ausência do membro do *Parquet* na audiência de apresentação não evidencia nulidade, tendo em vista que a Defesa não demonstrou qualquer prejuízo quanto à adolescente. Registra-se que, no momento da realização da referida audiência, não houve por parte da Defesa, a qual se fez presente, oposição ao fato de não ter comparecido o membro do *Parquet*, até porque, certamente, era sabido que a adolescente havia sido ouvida pelo órgão ministerial na mesma data da mencionada audiência (26.3.2015).

5. Hipótese em que há manifesta ilegalidade, pois a medida socioeducativa de internação somente pode ser imposta ao adolescente na hipótese de não haver outra mais adequada e menos gravosa à sua liberdade, e caso o adolescente incida em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para que seja aplicada ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

De pronto, importante ter em mente que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. (RHC 123.890 AgR/SP, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 15/05/2015).

Pois bem. A Defesa alega que "deve-se anular o processo em testilha, a contar da colheita do termo de declarações de fl. 12 ou da oitiva informal de fl. 43, porquanto não observada, em qualquer dos aludidos atos, a forma prescrita no art. 5º, LXIII, da Constituição da República, no art. 106, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 186 do Código de Processo Penal, com novo texto conferido pela Lei n.º 10.792/03".

Todavia, não merece guarida o pleito do impetrante. Isso porque a matéria, sob o aspecto ventilado na inicial, qual seja - adolescente não foi informada dos seus direitos quando ouvida pela autoridade Policial e pelo *Parquet* (fl. 203) - não foi enfrentada pelo Tribunal de origem, o que impede sua cognição por esta Corte.

Com efeito, depreende-se que o Tribunal *a quo* apenas fez menção ao fato de terem sido informados os direitos da paciente (art. 186 do CPP) no momento em que ela foi ouvida perante o Juízo, não havendo manifestação quanto à oitiva pela autoridade Policial e pelo Ministério Público. Vejam-se:

Nesse sentido, destaca-se que a adolescente manifestou-se em todas as fases do processo (fls. 12, 43, 46/50 e 100/101), bem como foi assistida por defesa técnica, que apresentou defesa prévia (fls. 65/68), ofereceu alegações finais (fls. 92/95) e interpôs recurso de apelação (fls. 174/236).

Ademais, verifica-se que, por ocasião do depoimento prestado em Juízo, a jovem foi informada de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, observando-se, assim, o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (fls. 46).

Observa-se, pois, que não houve qualquer prejuízo ao direito de defesa da apelante, razão pela qual deve ser afastada a nulidade arguida pela adolescente. (fl. 151).

Ainda que assim não fosse, não vislumbro patente ilegalidade quanto à questão, eis que não se demonstrou qualquer prejuízo suportado pela adolescente, que inclusive manteve-se silente ao ser ouvida na Delegacia de Polícia, bem como negou a prática dos atos infracionais equiparados ao tráfico de drogas e respectiva associação perante o membro do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público.

Impende repisar trecho da sentença socioeducativa:

A autoria também restou comprovada pela prova oral constante dos autos, senão vejamos. **Perante a Autoridade Policial (fl. 12), a adolescente não quis se manifestar.** Ouvida **perante o representante do Ministério Público (fls. 43/vº) e em juízo (fls. 46/51), a adolescente informou que as substâncias entorpecentes apreendidas na residência de seu namorado Gilson destinavam-se para o consumo próprio** de ambos, porém, não justificou a razão da existência de inúmeros apetrechos destinados ao comércio de drogas no interior da mesma residência. Não obstante, a versão apresentada pela adolescente restou isolada no conjunto probatório, senão vejamos. (fl. 61).

Dessarte, não constato constrangimento ilegal capaz de superar a impropriedade da via eleita, até porque a procedência da representação ministerial sequer se pautou pela confissão da adolescente, uma vez que ela apenas se declarou como usuária. Nessa toada, notabiliza-se que a imposição da medida socioeducativa teve por base o depoimento das testemunhas, laudo pericial e demais componentes do conjunto probatório.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Sodalício:

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 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 alinharam-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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

A Defesa, ainda, suscitou a ocorrência de nulidade em razão da oitiva da paciente ter sido realizada antes da audição da testemunha, o que segundo o impetrante revela afronta ao art. 400 do Código de Processo Penal. Todavia, tal alegação também não prospera, visto que prevalece o disposto no aludido Estatuto sobre o conteúdo do dispositivo do CPP, nos termos da jurisprudência desta Corte:

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 INQUIRIRÇÃO 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nullité 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.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 320.876/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 01/09/2015)

Cumpre analisar a terceira questão sobre o tema nulidade, qual seja, a falta de promotor de justiça na audiência de apresentação.

Nessa situação, não verifico a existência de constrangimento ilegal, eis que a Defesa também não cuidou de demonstrar qualquer prejuízo quanto à adolescente.

Ademais, no momento da realização da referida audiência, não houve por parte da Defesa, a qual se fez presente, oposição ao fato de não ter comparecido o membro do *Parquet*, até porque, certamente, era sabido que a adolescente havia sido ouvida pelo órgão ministerial na mesma data da mencionada audiência (26.3.2015). Tal fato reforça a inexistência de constrangimento ilegal.

Registra-se que na audiência de apresentação a adolescente foi ouvida, tendo sido indeferido o pedido de desinternação, bem como foi designada a audiência de instrução e julgamento, na qual compareceu o Promotor de Justiça.

Confira-se o teor do termo de oitiva da paciente:

Aos **26.03.2015**, faço vista destes autos ao Dr. Promotor de Justiça da Infância e JUventude da Comarca de Presidente Prudente, do que, para constar, fiz este termo.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Feito n. 540/15

MM. Juiz:

01.

Nesta data a adolescente foi devidamente apresentada no gabinete desta Promotoria de Justiça, estando acompanhado por policiais civis e genitores.

Ouvida informalmente, a adolescente informou que não trabalha e que mora com o maior imputável Gilson há dois meses com a anuência de sua família. A respeito dos fatos, negou a prática do ato infracional, afirmando que a droga apreendida se destinava ao consumo dela e do namorado. A mãe da adolescente disse que a filha já esteve internada várias vezes para tratamento da drogadição, todas sem sucesso. (...) (fl. 203).

Eis os termos da audiência de apresentação:

Aos **26 de março de 2015**, às 17h35, na sala de audiências da Vara do Júri, Infância e Juventude, Comarca de Presidente Prudente, Estado de São Paulo, sob a presidência do MM. Juiz de Direito, Dr. José Wagner Parrão Molina, comigo Escrevente ao final nomeado, foi aberta a audiência de apresentação, nos autos da ação entre as partes em epígrafe. Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes, presente a adolescente Barbara Andressa Magalhães Almeida, acompanhada de sua responsável legal, bem como do Defensor Público, Dr. Orivaldo de Sousa Ginel Júnior. DESENVOLVIMENTO DOS TRABALHOS: 1) Foi ouvida o adolescente supracitada, pelo sistema de estenotipia, conforme termo em apartado; 2) A seguir, pelo Defensor Público foi pedida a palavra e assim se manifestou: MM. Juiz, protesto, com fulcro no artigo 174, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pela imediata liberação do representado, porquanto ausentes, na espécie, os requisitos disciplinados pelos artigos 108, parágrafo único, 121, caput, 122, II, e 174, in fine, do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelos arts. 282, § 6º, incluído pela Lei n.º 12.403/11, 312 e 313, estes com redação dada pela Lei n.º 12.403/11, do Código de Processo Penal, sendo certo, com a devida vênia, que a afirmada gravidade do ato infracional não se revela como fundamentação idônea para a decretação da internação provisória, como se infere do disposto no art. 42,-§ 2º, da Lei n.º 12.594/12; 3) A seguir, pelo MM. Juiz foi dito: VISTOS. O pedido de liberação da adolescente já foi analisado juntamente com o despacho de recebimento da representação, permanecendo inalterada referida decisão no tocante à internação provisória da menor. Designo o dia 07 de maio de 2015, às 13h30, para a realização da audiência de instrução e julgamento, visando à oitiva das testemunhas de representação e de defesa, se forem arroladas. Saem os presentes intimados. Sem prejuízo, determino a abertura de vista ao Defensor Público para apresentação de defesa prévia, que passará a correr a partir da regularização dos autos, com a juntada do termo colhido por estenotipia, remoção do adolescente para uma das unidades da Fundação CASA e posterior carga dos autos. (fl.205).

Colhe-se do aresto impugnado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda em sede de preliminar, cumpre destacar que a ausência do representante do Órgão Ministerial na audiência de apresentação não implica qualquer prejuízo à representada, haja vista que a finalidade da referida audiência é justamente a oitiva da jovem e de seu representante legal, conforme os termos do artigo 184 do ECA.

Assim, a ausência do membro do Ministério Público na audiência de apresentação não implica a nulidade do presente processo. (fl. 152).

Portanto, não prosperam as alegações da Defesa no tocante às nulidades.

De mais a mais, da análise dos autos, verifica-se, ainda, o pleito de adequação da medida socioeducativa de internação imposta à paciente, frente ao disposto no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, a medida socioeducativa de internação possui suas hipóteses de cabimento taxativamente previstas no artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência a pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta), dentre as quais não se encontra o ato infracional equiparado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes ou respectiva associação.

Tal medida, prevista no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por importar na privação da liberdade da adolescente, é albergada pelos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, conforme disposição expressa no aludido dispositivo, bem como no artigo 227, parágrafo 3.º, inciso V, da Constituição Federal.

Dentre os princípios apontados, destaca-se o da excepcionalidade, que assegura à adolescente a inaplicabilidade da medida de internação quando houver a possibilidade de aplicação de outra menos onerosa ao seu direito de liberdade.

É pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que, não verificada nenhuma destas hipóteses, a medida de internação mostra-se incabível, mormente no ato infracional análogo ao delito de tráfico ilícito de drogas ou respectiva associação, que não pressupõe violência ou grave ameaça a pessoa.

Vejam-se os julgados deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO TRÁFICO DE DROGAS E AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INTERNAÇÃO. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente.

2. É desproporcional a aplicação da medida de internação, pois, apesar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da cuidadosa análise do caso pelo juiz sentenciante, os atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo são desprovidos de violência ou grave ameaça contra pessoa e os adolescentes não possuem passagem anterior pelo Juízo da Infância.

3. A quantidade de entorpecentes apreendidos não foi substancial, mas os pacientes traziam consigo arma de fogo e granada e ficou evidente o intenso envolvimento que possuem com o tráfico e a participação deles em organização criminosa denominada Terceiro Comando, com relatos de ameaças pela facção rival. Tais elementos, associados à situação de risco em que se encontram, pois não estudam e nem sequer residem com os familiares, recomendam a aplicação da medida socioeducativa de semiliberdade, mais adequada para mantê-los afastados da seara infracional e para salvaguardar a incolumidade física dos adolescentes, diante das ameaças relatadas.

4. *Habeas corpus* concedido para impor aos pacientes a medida socioeducativa de semiliberdade. (HC 303.408/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERNAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. RECURSO PROVIDO.

I - A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA (v. g. HC n. 291176/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 21/8/2014).

II - A gravidade do ato infracional equivalente ao delito de tráfico de entorpecentes 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, ou se não houve reiteração na prática de outras infrações graves ou descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia. (Precedentes).

V - Este col. STJ, por meio da Súmula n. 492, sedimentou 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." Parecer da d. Subprocuradoria-Geral da República favorável ao provimento do recurso.

Recurso provido para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, desconstituir o r. *decisum a quo* no tocante à medida socioeducativa aplicada. (RHC 52.645/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 25/02/2015)

In casu, o ato infracional praticado pelo paciente não foi cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, bem como não houve reiteração no cometimento de outras infrações graves - *paciente possui cinco passagens pela Vara da Infância e Juventude, mas ainda é primária (2 dos processos arquivados, 1 suspenso, 1 em andamento e outro no qual houve remissão)* -, tampouco, ocorreu descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse passo, diante de reiterados julgados no tocante ao referido tema, esta Corte, recentemente, por meio do Enunciado Sumular n.º 492 sedimentou o seguinte entendimento:

O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

Para além disso, importante transcrever a lição da doutrina referente ao tema:

É entendimento dominante que é exaustivo o rol do art. 122 (v. Cury, Garrido e Marçura, op. cit., p.65, item 1). (ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente Doutrina e Jurisprudência. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2011, p.273) O artigo 122 deve ser entendido no sentido de constituir uma especificação taxativa do caráter breve e excepcional da privação da liberdade, estabelecido no art. 121. (MENDEZ, Emílio García. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 10. ed. atual. Coord. Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 585).

Ao delimitar as hipóteses em que a medida privativa de liberdade poderá ser aplicada, o art. 122 está, em seus incisos de I a II, regulamentando o princípio da excepcionalidade. (COSTA, Antônio Carlos Gomes. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 10. ed. atual. Coord. Munir Cury. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 586).

Dessarte, embora o contexto delineado pela instância de origem, em especial no tocante ao fato de ter a paciente passagem pela Vara da Infância e Juventude, não respalde a aplicação da medida de internação, justifica a imprescindibilidade da semiliberdade.

Colhe-se do acórdão impugnado:

Compulsando os autos, verifica-se que a apelante está inserida em contexto de risco social, pois, apesar de primária, já ostenta cinco passagens pela Vara da Infância e da Juventude. Já foi, inclusive, beneficiada com a concessão de remissão, o que não se mostrou suficiente para emendar, definitivamente, o seu comportamento e afastá-la do meio infracional.

O cotidiano da jovem apresenta quadro de rotina ociosa, com proximidade de convivência, afinidade e envolvimento com grupos de pessoas voltadas a propósitos escusos, o que se mostra prejudicial haja vista a imaturidade e suscetibilidade a influências externas próprias da idade, bem assim o fato de se tratar de pessoa usuária de drogas e que não trabalha nem estuda.

O núcleo familiar mostra-se igualmente desestruturado e disfuncional, inexistindo figura de autoridade ou comando que possa, isoladamente, impor à jovem limites e regras a serem obedecidas, razão pela qual se faz necessário o respaldo da equipe técnica da Fundação Casa. (fl. 161).

Por fim, diante da situação de vulnerabilidade da adolescente, diante da falta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de apoio familiar e do vício em substâncias entorpecentes, penso não ser razoável restringir a liberdade da jovem de forma mais intensa, mas destaco a importância de aplicação de medidas protetivas (art. 101 do aludido Estatuto).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, para que seja aplicada a medida socioeducativa de semiliberdade à paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0024162-6

HC 348.104 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00061975820158260482 2015000862433 5402015 61975820158260482

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ORIVALDO DE SOUSA GINEL JÚNIOR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : B A M A (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 SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.