



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.903 - SP (2016/0034376-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIELA GALETTI PIMENTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W D A B (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, 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 o ato infracional foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como em razão da ausência de histórico que denote a reiteração da prática de atos infracionais.



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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.903 - SP (2016/0034376-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIELA GALETTI PIMENTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W D A B (INTERNADO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de W. D. A. B. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2235890-60.2015.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente, adolescente, foi representado pela prática do ato infracional análogo ao tipo penal previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, a qual foi julgada procedente, sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação (fls. 57/59).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* na Corte local, sendo a ordem denegada (fls. 19/23), em acórdão assim ementado:

Habeas corpus - ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 33, caput, c.c. o artigo 40, III, ambos da lei 11.343/06 - impetração contra sentença que impôs ao paciente medida socioeducativa de internação - alegação de constrangimento ilegal - pretendida substituição da medida restritiva de liberdade por medida em meio aberto - não cabimento - constrangimento ilegal inocorrente - alegação de afronta ao artigo 49, II, da lei 12.594/12 - inocorrência - ordem denegada.

No presente *mandamus* (fls. 1/9), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o Tribunal *a quo* manteve sentença que lhe aplicou medida socioeducativa de internação sem respaldo no taxativo rol do art. 122 do ECA. Outrossim, aduz que a medida socioeducativa está sendo cumprida em comarca diversa da residência de sua família, o que viola os arts. 35, inciso IX e 49, inciso II, ambos da Lei 12.594/2012.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a substituição da medida socioeducativa de internação aplicada ao paciente por outra em meio aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (fls. 104/105).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para afastar a medida de internação aplicada ao menor (fls. 210/217).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.903 - SP (2016/0034376-7)

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 município diverso daquele no qual residia com sua família.

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 (fl. 59):

Com relação à medida de internação, devem ainda serem observados os pressupostos do artigo 122 do mesmo estatuto. Considerando a gravidade concreta dos atos praticados, principalmente em razão da natureza das drogas apreendidas (artigo 42 da Lei 11.343/06), bem como o histórico de situação de risco do menor, que permaneceu em casa abrigo por aproximadamente 03 anos, considerando ainda a informação prestada pela genitora de que seu filho seria usuário de drogas desde 2013, não freqüentava escola, fazia bicos esporádicos apenas para sustentar o vício, restam preenchidos os requisitos para a internação do adolescente. Anoto ainda que o relatório da Fundação Casa bem retrata a vulnerabilidade vivenciada pelo menor, incapaz até mesmo de exercer a suposta paternidade.

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve a internação, aos seguintes fundamentos (fls. 22):

A sentença, para impor a internação, amparou-se não somente na gravidade dos atos infracionais, como também nas condições pessoais do paciente e em sua periculosidade ao meio social, inexistindo, assim, afronta à súmula 492 do STJ.

Ainda que assim não fosse, a medida socioeducativa imposta na origem encontra suporte na jurisprudência majoritária desta Câmara Especial (habeas corpus nº 2035217-22.2013.8.26.0000, relator Des. Walter de Almeida Guilherme, Decano, julgado em 3.2.2014; habeas corpus nº 2063280-57.2013.8.26.0000, relator Des. Pinheiro Franco, Presidente da Seção de Direito Criminal, julgado em 27.1.2014).

Desse modo, inviável a modificação da medida socioeducativa de internação aplicada na origem no bojo do presente habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 consideração que o adolescente, pelo que se depreende dos autos e nos termos do que foi ressaltado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, não reiterou na prática de atos infracionais (fl. 83). Ressalto que a menção à permanência do menor em casa de abrigo refere-se à retirada do menor do convívio familiar por abandono e não em razão da aplicação de medidas socioeducativas pela prática de ato infracional.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 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. decismum 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, foi aplicada ao paciente, residente no município de Pindamonhangaba/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 Franco da Rocha/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 o ato infracional foi cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como em razão da ausência de histórico que denote a reiteração da prática de atos infracionais (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 como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0034376-7

HC 348.903 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00046846920158260445 20160000051053 22072015 22358906020158260000
46846920158260445

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016
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. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIELA GALETTI PIMENTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : W D A B (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, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.