



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 328.019 - SP (2015/0149247-2)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN**  
**ADVOGADO : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : DIEGO FELIPE DOS SANTOS (PRESO)**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DO PACIENTE. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. A tese relativa ao pleito de desclassificação do delito de tráfico ilícito para uso de substância entorpecente por ausência de prova da traficância não foi apreciada no acórdão impugnado, o que impede esta Corte Superior de conhecer da matéria. Ademais, o *habeas corpus* não é o meio adequado para a respectiva análise por exigir, necessariamente, o reexame de conteúdo fático-probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *writ*, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

3. A ausência de impugnação específica dos fundamentos utilizados para a decretação da prisão preventiva impossibilita esta Corte de adentrar o mérito dessa irresignação, sendo que as condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

4. *Habeas corpus* não conhecido.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 328.019 - SP (2015/0149247-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN  
**ADVOGADO** : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : DIEGO FELIPE DOS SANTOS (PRESO)

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de DIEGO FELIPE DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2074428-94.2015.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, oportunidade em que a segregação cautelar anteriormente determinada foi mantida (e-STJ fls. 15/31).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, pendente de apreciação pela Corte local.

Entendendo existente flagrante constrangimento ilegal em virtude da condenação e manutenção da prisão cautelar, foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal estadual, que conheceu parcialmente da ordem e, nessa extensão, denegou-a. Entendeu-se que o *habeas corpus* não constitui meio adequado para a análise do pleito de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, sendo que o acerto ou não do édito condenatório reclama recurso próprio, já interposto e em processamento. No que toca ao pedido de liberdade provisória, assentou presentes os requisitos para a prisão cautelar previstos no art. 312 do CPP (e-STJ fls. 8/14).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/4), o impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal em face da não desclassificação para o delito previsto no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 28 da Lei 11.343/2006, na medida em que não foi flagrado traficando entorpecente, além de ser dependente de drogas. Afirma ser ele primário, com residência fixa, família e trabalho, não se justificando a prisão cautelar, sendo que a sentença não especificou claramente a impossibilidade de recorrer em liberdade.

Ao final, pede a concessão da ordem para que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente.

As informações solicitadas à autoridade impetrada e ao Juízo de primeiro grau foram prestadas às e-STJ fls. 46/55 e 56/103.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 108/111, opinou pelo não conhecimento do *writ*, conforme a seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.*

– 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.

– 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; impossibilidade, ausência de competência.

– Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).

– Parecer pelo não conhecimento deste habeas corpus.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.019 - SP (2015/0149247-2)

### VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. 'MODUS OPERANDI'. 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 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*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

*[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).*

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).*

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se no presente *writ*, em síntese, o reconhecimento de ilegalidade pela não desclassificação do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 para o estabelecido no art. 28 do mesmo estatuto, além da manutenção da prisão cautelar.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à pretensão de desclassificar o delito de tráfico ilícito para uso de substância entorpecente, observa-se que o acórdão recorrido não enfrentou a questão, tendo em vista que o *habeas corpus* não seria instrumento adequado para a respectiva análise, que reclama recurso de apelação já interposto e em fase de processamento.

Além disso, não há falar em omissão que caracterize constrangimento ilegal, pois a medida constitucional de proteção da liberdade, efetivamente, não é sede própria para incursão no acervo fático-probatório, que seria imprescindível para a análise da irresignação sobre a ausência de prova da traficância.

No que toca à insurgência sobre a manutenção da prisão cautelar, ressaí dos autos que a sentença apenas manteve a segregação anteriormente decretada, sendo que o impetrante não impugnou, especificamente, os fundamentos então exarados, o que também impossibilita esta Corte de adentrar o mérito dessa irresignação.

Ademais, cabe registrar que condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a sua decretação. A propósito:

*PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO (ART. 121, § 2º, II E IV DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MODUS OPERANDI. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. PERICULOSIDADE. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

[...]

*III - As condições pessoais favoráveis, tais como ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que se verifica na hipótese dos autos.*

*Recurso ordinário desprovido.*

(RHC 53.927/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 17/3/2015)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO PARA APELAR EM LIBERDADE. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. PERICULOSIDADE DO RÉU E REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

[...]

6. Eventuais condições pessoais favoráveis do acusado não têm o condão de, isoladamente, desconstituir a custódia preventiva, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 298.429/AM, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 19/6/2015)

Portanto, na presente oportunidade, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0149247-2

**HC 328.019 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00232300720148260576 20150000402719 20744289420158260000 232300720148260576

EM MESA

JULGADO: 01/10/2015

#### **Relator**

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN                 |
| ADVOGADO   | : ROOSEVELT DE SOUZA BORMANN                 |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : DIEGO FELIPE DOS SANTOS (PRESO)            |
| CORRÉU     | : FAGNER CORDEIRO                            |
| CORRÉU     | : GEOVANA CORDEIRO DOS SANTOS                |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes 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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.