



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.587 - SP (2012/0213414-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RAFAEL APARECIDO BOFFI**
ADVOGADO : **ROGÉRIO DE OLIVEIRA**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS**. **1. MANDAMUS** IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Mostra-se inidôneo o decreto de prisão preventiva que não declina de forma concreta dados que demonstrem a efetiva necessidade da medida extrema, fazendo apenas referência à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas e à vedação legal que não mais subsiste.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.587 - SP (2012/0213414-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou seguimento ao **habeas corpus**, concedendo, contudo, a ordem de ofício, para cassar a prisão preventiva do paciente.

Sustenta o agravante, às fls. 164/171, que estão sim presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, haja vista o paciente ter sido encontrado com 32,71g (trinta e dois gramas e setenta e um decigramas) de maconha, 4,66g (quatro gramas e sessenta e seis decigramas) de cocaína e mais 3,98g (três gramas e noventa e oito decigramas) de cocaína, além da quantia de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais). Dessarte, entende estar fundamentada a prisão cautelar.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 256.587 - SP (2012/0213414-2)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Inicialmente, importante esclarecer que, a par de o impetrante não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, foram analisadas as questões suscitadas na inicial para verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

E, de fato, constatou-se patente constrangimento ilegal impingido ao paciente, razão pela qual concedeu-se a ordem de ofício, não prosperando, portanto, a irresignação trazida no presente agravo interno.

Com efeito, nos termos do que referido na decisão ora agravada, insurgia-se o impetrante, em síntese, contra a manutenção da segregação cautelar, por entender não estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

O Juízo **a quo** manteve a prisão, nos seguintes termos (fl. 26):

Assim, entendo estar o flagrante formalmente em ordem e, estando em ordem, entendo ser o caso de decretar a prisão preventiva do indiciado. A sociedade bem conhece os efeitos negativos do tráfico de drogas, que fomenta a prática de diversos outros delitos, tais quais roubo e furtos, praticados por agentes criminosos dependentes da substância e que, muitas vezes, sob a influência dos entorpecentes, cometem crimes com violência assombrosa. Não bastassem as características do delito que, por si, recomendam a custódia cautelar, de rigor observar que o tipo em questão encerra crime assemelhado aos hediondos, com expressa vedação legal ao benefício da liberdade provisória. Ante esse contexto, para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, presentes os pressupostos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Indefiro o pedido de liberdade provisória do acusado e converto a prisão em flagrante em prisão preventiva do indiciado Rafael Aparecido Boffi, nos termos do artigo 310, inciso II, do CPP.

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve a decisão do Magistrado **a quo, in verbis** (fls. 84/92):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 - No caso vertente, a ordem é de ser conhecida apenas em parte e, nessa parte, denegada, com amparo na r. manifestação ministerial. Das informações prestadas pela digna autoridade, dita coatora, e das peças reprográficas que instruem os autos, se constata que o paciente está processado nos termos do artigo 33, **caput**, da Lei nº 11.343/06, tendo sido encontrados, em tese, em seu poder, dezessete invólucros plásticos com 32,71g de maconha, dezessete invólucros plásticos com 4,66g de cocaína e mais onze cápsulas com 3,98g de cocaína, além da quantia de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) (fls. 30 e 49), ou seja, foi processado por prática de crime doloso, gravíssimo e inafiançável, equiparado aos hediondos, para o qual, nos exatos termos do que dispõe a Lei nº 8.072/90, no seu artigo 2º, inciso II, não há que se falar na concessão de fiança, espécie da qual a liberdade provisória é gênero, somando-se a tal que, além disso, o próprio artigo 323, inciso II, no Código de Processo Penal, conforme modificação nele efetivada por força da Lei nº 12.403/2011, expressamente veda a concessão da fiança para o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", entre outros crimes gravíssimos. E tudo isso se dá no sentido de reafirmar o espírito da Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLIII, ao tratar com maior rigor, entre outros delitos, "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", que considera inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, o que vai bem ao encontro do reflexo extremamente danoso que gera na sociedade, lesando profundamente a saúde pública, atingindo em especial a juventude, em tese se constituindo um fator gerador de outros crimes dolosos, também graves, notadamente contra a pessoa e o patrimônio. A Lei Maior frisa, inclusive, no inciso LI, do mesmo artigo 5º, que o único caso passível de extradição do nacional se dá por seu "comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", o que reforça a convicção, portanto, do tratamento especial, motivadamente mais rígido que, quer a legislação constitucional, quer a infraconstitucional, reservam para aquele que é acusado do exercício do narcotráfico, daí porque, por óbvio, não há que se conceder liberdade provisória no caso. Nesse diapasão, inclusive, se pronunciou o Colendo Superior Tribunal de Justiça: (...). E a fl. 13 se observa que o ato guerreado se mostra devidamente motivado, não havendo que se falar que tal foi prolatado desprovido de fundamentação. Já no que concerne aos princípios invocados (fl. 06), é de se observar que antes da edição da Lei 12.403/11, que revogou os artigos 393 e 595, do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça, em v. Aresto da lavra do Ministro Félix Ficher, já havia decidido que: - "O princípio da inocência (art. 5º, inciso LVII da Lex Máxima) não é incompatível com a exigência da prisão provisória para apelar (Súmula nº 09 STJ). A premissa continua a mesma, desde que se demonstre a necessidade e adequabilidade da medida extrema, o que se denota no caso em tela, a ensejar a manutenção da custódia antecipada. Dessa forma, ainda que a nova ordem constitucional consagre no capítulo das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantias individuais o princípio da presunção de inocência e que a faculdade de aguardar o julgamento em liberdade seja regra, não tem aplicação na espécie, vez que a prisão antes do trânsito em julgado do édito condenatório pode ser admitida a título de cautela. De se salientar que o princípio constitucional da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Lei maior, não impede a segregação cautelar do autor de crime, por interesse da própria sociedade, quando presente motivo que a justifique, como no caso. Nesse posicionamento: (...). E a par de todo o exposto, cumpre mencionar que o pleito subsidiário não comporta acolhimento, vez que as medidas previstas no artigo 319, do Estatuto Adjetivo, se mostram insuficientes no presente caso.

Da leitura da decisão do Juízo **a quo**, bem como do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, verificou-se que não se declinou qualquer dado concreto que justificasse a segregação cautelar do paciente. Com efeito, as instâncias ordinárias fizeram referência apenas aos efeitos negativos do tráfico de drogas e à existência de expressa vedação legal ao benefício da liberdade provisória.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça era, efetivamente, no sentido de que o óbice legal previsto no art. 44 da Lei 11.343/2006 seria suficiente para a manutenção da prisão cautelar, uma vez que a impossibilidade trazida pela Constituição Federal, no art. 5º, inciso XLIII, de concessão de fiança aos crimes hediondos e equiparados autorizava o indeferimento do benefício de liberdade provisória.

Em síntese, tratando-se de crime equiparado a hediondo, previsto na Lei 11.343/2006, a prisão cautelar era a regra, sem nenhuma nuance de ilegalidade, regra que poderia ser afastada excepcionalmente pelo julgador, no caso concreto, quando evidenciada situação de desnecessidade da medida extrema.

Entretanto, no julgamento do **Habeas Corpus** nº 104.339, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, realizado na sessão do dia 10/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes. Na oportunidade, entendeu o Ministro Relator que a mencionada norma, ao afastar a liberdade provisória de forma genérica, retirava do magistrado a possibilidade de, no caso concreto, "analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar em inequívoca



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais".

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade da vedação legal à liberdade provisória, para a manutenção da prisão cautelar nos crimes de tráfico, devem ser observados os parâmetros do art. 312 do Código de Processo Penal, que subordinam a medida excepcional ao **fumus comissi delicti** e ao **periculum libertatis**. Contudo, mencionados requisitos não foram observados, razão pela qual se mostra equivocada a manutenção da custódia cautelar do paciente.

De fato, apenas se fez referência à gravidade em abstrato do crime de tráfico de entorpecentes e ao tratamento legal e constitucional dado ao delito, que se equipara a crime hediondo. Ademais, não obstante ter se afirmado ser necessária a medida extrema para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, em nenhum momento, foi, realmente, alocado fatores que demonstrassem o quão prejudicial seria a soltura do paciente, nem mesmo de forma genérica.

Dessa forma, não há se falar em idoneidade do decreto de prisão, pois este não está embasado em contexto empírico da causa. Diversamente, os fundamentos trazidos à baila apenas mencionam a gravidade abstrata do delito, que foi hipoteticamente praticado pelo suplicante.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE **HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. (...). 3. Hipótese em que a decisão de primeiro grau, corroborada pelo Tribunal **a quo** no **writ** originário, não apresentou argumentos idôneos e suficientes à manutenção da prisão cautelar da ora Paciente, pois, apesar de afirmar a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, não apontou elementos concretos extraídos dos autos que justificassem a necessidade da custódia, restando esta amparada, tão somente, na gravidade abstrata do delito e no seu caráter hediondo. 4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem de **habeas corpus** concedida, de ofício, para revogar a prisão**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*preventiva da ora Paciente, ressalvada a possibilidade da expedição de outro decreto prisional, desde que devidamente fundamentado, ou, ainda, da adoção de outras medidas cautelares pelo Juízo condutor do processo, conforme salientado no voto. (HC 239.550/RJ, Relatora a Ministra **LAURITA VAZ**, DJe 26/09/2012)*

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. CUSTÓDIA RESTABELECIDADA PELO COLEGIADO DE ORIGEM. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ARTIGO 44 DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DO ÓBICE DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA. I - A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva. II - Na hipótese, a decretação de prisão preventiva se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata do delito e à suposta periculosidade do agente, dissociadas de qualquer elemento concreto, bem como na vedação legal do art. 44 da Lei 11.343/2006. III - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP. IV - O Pleno do STF declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, **caput, da Lei 11.343/2006, assim, não é cabível a manutenção da prisão preventiva aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face do óbice legal afastado. V - As condições pessoais favoráveis, como primariedade, bons antecedentes e residência definida, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença dos requisitos que justificam a medida constritiva excepcional. VI - Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão monocrática que concedeu ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Magistrado singular, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta. VII - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 245.703/MG, Rel. o Ministro **GILSON DIPP**, DJe 05/09/2012)**

O que sempre sustentei e sustento é que o **habeas corpus** é antídoto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável, que se mostra de plano ao julgador. Não se destina à correção de controvérsias ou de situações que, embora eventualmente existentes, demandam para sua identificação, aprofundado exame de fatos e provas.

Nesse contexto, a análise dos fundamentos indicados pelas instâncias ordinárias a fim de justificar a segregação preventiva deve ser feita com abstração das possibilidades, à luz dos elementos de convicção contidos no decreto de prisão. Em outras palavras, na via estreita do **writ**, a abordagem do julgador deve ser direcionada à verificação da compatibilidade entre a situação fática retratada na decisão e a providência jurídica adotada.

Dessa forma, se os fatos mencionados na origem não são compatíveis e não legitimam a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, pois dissociados de maior embasamento em concreto, podem e devem as Cortes Superiores sanar tais ilegalidade, mesmo que, para isso, tenham que agir de ofício. Em síntese, plenamente cabível o **habeas corpus** de ofício no presente caso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0213414-2

AgRg no
HC 256.587 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1462378620128260000 16992012 6162012

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROGERIO DE OLIVEIRA
ADVOGADO : ROGÉRIO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL APARECIDO BOFFI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : RAFAEL APARECIDO BOFFI
ADVOGADO : ROGÉRIO DE OLIVEIRA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.