



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.603 - SP (2013/0177655-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : MARIA MADALENA LOURENÇO DA SILVA ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRÉ FELIX BARBOSA (PRESO)
PACIENTE : AMANDA DINIZ BARBOSA (PRESO)
PACIENTE : EVALDO FELIX BARBOSA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARTS. 33, **CAPUT**, 33, § 1º, I, 34 e 35, C/C ART. 40, IV, DA LEI 11.343/2006. RÉUS SOLTOS, ABSOLVIDOS, EM 1º GRAU. APELAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA, COM A CONDENAÇÃO DOS RÉUS, E DETERMINAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, SEM QUALQUER FUNDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **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", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c** e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. **In casu**, evidencia-se constrangimento ilegal, a ensejar a concessão da ordem, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, eis que os pacientes – que responderam à Ação Penal em liberdade e que haviam sido absolvidos, em 1º Grau – foram condenados, pelo Tribunal de origem, que determinou a imediata expedição de mandado de prisão dos réus, sem qualquer fundamento e sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, antes do trânsito em julgado da condenação.

VI. O STJ, na esteira da jurisprudência do STF, firmou entendimento pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da custódia preventiva. Precedentes.

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, para deferir, aos pacientes, o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo devam permanecer presos, sem prejuízo da imposição fundamentada, se necessário, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o caso, demonstrada sua necessidade, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.603 - SP (2013/0177655-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANDRÉ FELIX BARBOSA, AMANDA DINIZ BARBOSA e EVALDO FELIX BARBOSA, em face da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 9000012-04.2007.8.26.0554).

Depreende-se dos autos que os pacientes foram absolvidos, pelo Juízo de 1º Grau, das imputações, formuladas na denúncia, de prática dos crimes previstos nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/2003, nos termos do art. 107 do Código Penal c/c art. 61 e art. 397, III, ambos do CPP, no art. 33, **caput**, § 1º, I, no art. 34 e no art. 35, **caput**, todos da Lei 11.343/2006 (fls. 137/159e).

Irresignado, o Ministério Público interpôs Apelação Criminal, perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento, para condenar os pacientes como incurso nos arts. 33, **caput**, 33, § 1º, I, 34 e 35, c/c art. 40, IV, todos da Lei 11.343/2006, determinando a expedição de mandado de prisão, em desfavor dos ora pacientes (fls. 209/230e).

Nesta oportunidade, sustenta a impetrante, em síntese, que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, eis que, "ao determinar a imediata expedição de mandado de prisão, a Colenda 6ª Turma de Direito Criminal do grupo da Seção Criminal do Tribunal 'a quo', implicitamente, também, determinou a execução provisória da pena, que somente é possível quando o agente está custodiado" (fl. 8e).

Aduz que "os pacientes responderam em liberdade toda a tramitação processual, circunstância que inviabiliza a execução provisória da pena notadamente quando a sentença de 1º grau absolveu por insuficiência de prova" (fl. 8e).

Alega, também, que "o prazo para recurso especial e extraordinário sequer foi deflagrado" (fl. 12e). Assevera, ainda, que "o recurso de apelação foi julgado no dia 16/05/2013, e até hoje, dia 03/06/2013, o acórdão se quer (**sic**) foi assinado, sendo expedido mandado na data de 22/05/2013, e cumprido o mandado na data de 29/05/2013, (...) e sequer houve a publicação do v. acórdão pelas vias oficiais, entendendo-se, assim, como prematura a execução provisória da sentença penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória (fl. 12e).

Acrescenta que o acórdão impugnado "não demonstrou fundamentação segura e inequívoca para impor a custódia cautelar, visto que a medida odiosa foi decretada divorciada de qualquer elemento ou justificação que autorize o encarceramento" (fl. 13e). Aduz que não se encontram presentes os fundamentos concernentes aos pressupostos autorizadores da custódia cautelar.

Sustenta, ainda, que "a Ordem Pública não encontra ameaça, tampouco a Aplicação da Lei Penal será frustrada, tendo-se em vista que os pacientes se encontram ressocializado (**sic**), exercendo ocupações lícita (**sic**) e possuem residência fixa no distrito da culpa, são pais de família" (fl. 16e).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se determine a expedição de alvará de soltura, em favor dos pacientes, revogando-se a ordem de prisão decretada pelo acórdão impugnado, para que aguardem, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação.

O pedido de liminar foi deferido, a fls. 302/306e, em 26/06/2013, "para garantir, aos pacientes, o direito de permanecerem em liberdade, até o julgamento do mérito do presente **writ**, ou, antes dele, até a superveniência do trânsito em julgado da condenação, determinando a imediata expedição de alvarás de soltura, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de eventual decretação, devidamente fundamentada, de prisão cautelar dos pacientes, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP, ou de imposição de medidas cautelares, nos termos do art. 319 do CPP" (fl. 306e).

As informações foram prestadas, a fls. 321/326e e 341/383e .

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, ODIM BRANDÃO FERREIRA, opinou, a fls. 392/396e, pela concessão da ordem, de ofício, "ressalvada a possibilidade de decretação fundamentada das prisões preventivas dos pacientes" (fl. 396e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.603 - SP (2013/0177655-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício, o que ora passo a fazer.

In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como relatado, busca a impetrante assegurar, aos pacientes, o direito de recorrer em liberdade.

Foram os pacientes, denunciados como incurso nos arts. 12 e 16 da Lei 10.826/2003, e arts. 33, **caput**, e § 1.º, I, 34 e 35, da Lei 11.343/2006, absolvidos, em 1º Grau. Em razão de liberdade provisória, que anteriormente lhes fora concedida, em 1º Grau (fls. 82e e 85/86e), responderam à Ação Penal em liberdade.

Em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça paulista negou provimento aos recursos da defesa e deu parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar os pacientes como incurso nos arts. 33, **caput**, 33, § 1º, I, 34 e 35, c/c art. 40, IV, todos da Lei 11.343/2006, determinando a expedição de mandado de prisão, em seu desfavor, sem qualquer fundamentação, **in verbis**:

"Nestas condições, REJEITO as preliminares suscitadas pela defesa de LIZIANE e de VIRGÍNIA, e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso ministerial, para condenar AMANDA DINIZ BARBOSA, ANDERSON JOSÉ DA SILVA, ANDRÉ FELIX BARBOSA, ARIANE RAMOS, EVALDO FELIX BARBOSA, LIZIANE APARECIDA DE FREITAS ROSA E VIRGÍNIA APARECIDA FRANCISCO, todos como incurso nos artigos 33, **caput**, 33, parágrafo 1º, inciso I, 34 e 35 em combinação com 40, inciso IV, todos da Lei 11.343/2006, da forma e nos limites acima estabelecidos, mantido, no mais, o julgamento de primeiro grau. **Expeçam-se e cumpram-se mandados de prisão em desfavor dos referidos réus**" (fl. 230e).

Compulsando as informações prestadas pela autoridade impetrada, a fls. 341/383e, verifica-se que o acórdão impugnado não transitou em julgado, tendo sido opostos Embargos de Declaração, pelo Ministério Público, e interposto Recurso Especial, pela paciente AMANDA, pendentes de julgamento.

Como se vê, a segregação dos pacientes foi imposta, no acórdão condenatório, sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, antes do trânsito em julgado da condenação, limitando-se o Tribunal de 2º Grau a determinar a expedição de mandado de prisão, sem qualquer fundamentação, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se admite.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. **REFORMA DA SENTENÇA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.** MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, pois concluído pelo Tribunal de origem que pertence a organização criminosa.

3. Para se chegar a conclusão diversa, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

4. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise - quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos - 926 g (novecentos e vinte e seis gramas) de maconha e 5 (cinco) pontos de LSD.

5. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias.

7. Habeas corpus parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada" (STJ, HC 189.432/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/07/2011).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU COMO INCURSO NO ART. 16 DA LEI N.º 6.368/76. CONCESSÃO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO QUE CONDENA O PACIENTE COMO NAS SANÇÕES DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DETERMINA A IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO DE ACORDO COM RECENTE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA NORMA GRAVOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal, mesmo após o julgamento do apelo, tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a condenação. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção, de acordo com a atual orientação do Plenário da Suprema Corte.

2. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, é de rigor a aplicação da causa de diminuição, quando favorável ao réu.

3. Para os crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, afigura-se incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. Aplicação do regime aberto.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, bem como para reformar o acórdão recorrido, a fim de fixar a reprimenda em 01 ano e 08 meses de reclusão. De ofício, fixo o regime inicial aberto e concedo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(STJ, HC 133.962/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/09/2009).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA ORDEM PRISÃO PREVENTIVA DETERMINADA NO JULGAMENTO DO APELO. PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR. PRECEDENTES.

1. Esta Corte, acompanhando orientação do Supremo Tribunal Federal, tem entendido pela impossibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, se o acusado respondeu ao processo em liberdade e não estão presentes os pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 do CPP).

2. "Habeas corpus" não conhecido. De ofício, determinar que o paciente permaneça em liberdade, até o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso" (STJ, HC 266.835/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2013).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL E FOI ABSOLVIDO PELA SENTENÇA. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FATOS NOVOS QUE JUSTIFIQUEM A SEGREGAÇÃO CAUTELAR.

1. A jurisprudência desta Corte, alinhada ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, entende que o simples esgotamento das instâncias ordinárias não autoriza a imediata expedição de mandado de prisão. É imperiosa, mesmo nesses casos, a demonstração da necessidade da segregação cautelar, mormente se o réu respondeu ao processo em liberdade.

2. No caso, não obstante a gravidade do crime pelo qual o paciente foi condenado, o acórdão impugnado não trouxe nenhum fundamento novo que autorizasse a sua segregação provisória, não se podendo olvidar de que até então havia ele respondido a todo o processo em liberdade, por força de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão do Supremo Tribunal Federal no HC n. 89.894/SP, e de que foi absolvido em primeiro grau.

3. Situação concreta na qual foi o paciente preso imediatamente após o provimento da apelação ministerial, uma vez que estava presente na sessão de julgamento do Tribunal a quo que apreciou o referido recurso.

4. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de haver nova decretação de prisão, caso ocorra a superveniência de fatos novos e concretos para tanto, ficando ratificada a liminar deferida" (STJ, HC 220.234/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 11/04/2012).

Cumpre salientar que, entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos nos arts. 282, I e II, do CPP, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas. Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva ou se aceitam as medidas cautelares dos arts. 319 e 320 do CPP, acrescidas pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, ausentes os requisitos da prisão cautelar, resta a possibilidade de se impor medida cautelar diversa do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que "as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se trata de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade" (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o **fumus commissi delicti** (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o **periculum libertatis** (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos II, VI e VII do art. 319 do CPP, necessidade para se evitar a reiteração criminosa). Porém, diferentemente da prisão preventiva (art. 313 do CPP), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se, apenas, que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) limitada a situações excepcionais (art. 282, § 6º, do CPP).

Desse modo, **não conheço** do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Concedo, porém, **habeas corpus**, de ofício, para deferir, aos pacientes, o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo devam permanecer presos, sem prejuízo da imposição fundamentada, se necessário, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o caso, demonstrada sua necessidade, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0177655-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271.603 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20130000314729 5540120070136360 6032007 90000120420078260554

EM MESA

JULGADO: 18/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARIA MADALENA LOURENÇO DA SILVA ALVES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDRÉ FELIX BARBOSA (PRESO)
PACIENTE	: AMANDA DINIZ BARBOSA (PRESO)
PACIENTE	: EVALDO FELIX BARBOSA (PRESO)
CORRÉU	: ANDERSON JOSÉ DA SILVA
CORRÉU	: ARIANE RAMOS
CORRÉU	: DEIVID SANTOS DE OLIVEIRA
CORRÉU	: EDVAN MAXIMINO PEREIRA
CORRÉU	: EVELYN TEIXEIRA BRAGA
CORRÉU	: LIZIANE APARECIDA DE FREITAS ROSA
CORRÉU	: VIRGINIA APARECIDA FRANCISCO
CORRÉU	: GLEISSON PEREIRA
CORRÉU	: FRANCISCO LUIZ GONÇALVES

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 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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.