



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.331 - SP (2012/0142672-7)

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**RECORRENTE** : ANDRESA RODRIGUES DE SOUSA  
**ADVOGADO** : JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

#### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, **CAPUT**, DA LEI 11.343/2006). PRISÃO EM FLAGRANTE, CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A DECRETAÇÃO E A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ACÓRDÃO EMBASADO, UNICAMENTE, NA GRAVIDADE ABSTRATA E NA HEDIONDEZ DO DELITO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS, PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DECISÃO DE 1º GRAU QUE SE ARRIMOU TAMBÉM NA VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, DECLARADA CONSTITUCIONAL, PELO STF. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

I. É certo que a prisão preventiva, medida de caráter excepcional, somente pode ser decretada quando devidamente amparada em fatos concretos, que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida, no caso de eventual condenação, respeitando-se, de toda forma, a razoabilidade, quanto ao tempo de segregação cautelar do acusado.

II. **In casu**, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com base em considerações genéricas acerca da gravidade abstrata e da hediondez do delito, sem indicação de elementos concretos, que justificassem a custódia cautelar, o que não se admite, na forma da jurisprudência do STF. Precedentes.

III. A decisão de 1º Grau – confirmada pelo acórdão ora impugnado – fundamentou-se, ainda, na vedação legal à concessão de liberdade provisória. Entretanto, em 10/05/2012 foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedava o benefício da liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico de entorpecentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF, HC 104.339, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 06/12/2012).

IV. Recurso Ordinário provido, para, concedendo-se a ordem de **habeas corpus**, revogar a prisão preventiva da recorrente, deferindo-lhe o benefício da liberdade provisória, salvo se por outro motivo estiver presa, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, 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, com base em fundamentação



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013 (data do julgamento).

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.331 - SP (2012/0142672-7)

### RELATÓRIO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de Recurso Ordinário em **Habeas corpus**, interposto por ANDRESA RODRIGUES DE SOUSA, com fundamento no art. 105, II, **a**, da Constituição da Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem, em **writ** ali impetrado (HC 0297266-23.2011.8.26.0000).

Consta dos autos que a recorrente foi presa em flagrante, em 04/11/2011, custódia convertida em prisão preventiva, e denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006 (fls. 43/44e).

Requerida a liberdade provisória, foi esta indeferida, pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava/SP (fl. 79e), motivo pelo qual foi impetrado **Habeas corpus**, perante a Corte de origem, cuja ordem foi denegada (fls. 119/124e).

Daí a interposição do presente Recurso, no qual a recorrente alega, inicialmente, que o Tribunal **a quo**, ao indeferir a ordem de **habeas corpus**, não se manifestou sobre a ausência de fundamentação da decisão que indeferira a liberdade provisória, violando, desse modo, o disposto nos arts. 5º, LV, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

Sustenta, nesse contexto, a ocorrência de constrangimento ilegal, por inobservância, no caso, dos requisitos legais, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, mormente porque o crime, a ela imputado, não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo, portanto, justificativa idônea à manutenção da sua custódia cautelar, fundada apenas na gravidade abstrata do delito, sem indicação de elementos concretos.

Aduz, outrossim, que possui residência fixa, ocupação lícita e filhos menores de idade, que necessitam de cuidados especiais.

Requer, assim, inclusive liminarmente, o provimento do recurso, para conceder a ordem de **habeas corpus**, revogando-se a prisão preventiva, com expedição de alvará de soltura, em seu favor (fls. 127/140e).

Contrarrazões apresentadas, a fls. 142/143e.

Distribuídos os autos, em 17/07/2012, à então Relatora, Ministra ALDERITA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), foram encaminhados ao Ministério Público Federal, sem apreciação do pedido de liminar (fl. 51e).

Em parecer ofertado a fls. 153/161e, opinou-se pelo improvimento do Recurso.

Foi impetrado, perante o Supremo Tribunal Federal, o **Habeas corpus** 119.905/SP, relativamente ao julgamento do presente **writ** (fls. 179/188e), no qual o Ministro CELSO DE MELLO, por decisão monocrática, proferida em 21/10/2013, deferiu, em parte, o pedido de **habeas corpus**, a fim que o Superior Tribunal de Justiça julgue o presente **writ**, no prazo máximo de 10 (dez) sessões, a partir da comunicação da decisão, ocorrida em 24/10/2013 (fl. 165e).

O presente **writ**, distribuído, em 17/07/2012, à Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), foi a mim atribuído, em 24/08/2012.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 33.331 - SP (2012/0142672-7)

### VOTO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** Consoante relatado, pretende-se o provimento do presente Recurso Ordinário, a fim de que seja concedida ordem de **Habeas corpus**, revogando-se a prisão preventiva, decretada contra a recorrente, pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, tendo em vista a ausência de elementos concretos, a amparar a custódia preventiva.

Consta dos autos que a recorrente foi presa em flagrante delito, em 04/11/2011, e denunciada pela suposta prática do delito previsto no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006 (fls. 85/91e).

Em 05/11/2011, o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava/SP converteu a custódia em prisão preventiva, com a seguinte fundamentação:

“O benefício da liberdade provisória, previsto no inciso III, do citado artigo, também é incabível para a hipótese ora analisada. Isto porque encontram-se presentes os requisitos, fundamentos e pressupostos para conversão da detenção cautelar provisória em prisão preventiva na hipótese ora em análise.

**Há que se garantir a ordem pública (um dos fundamentos exigidos pelo art. 312 do CPP), já claramente debilitada pela violência alarmante, notadamente em relação aos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. As características do crime em comento afastam qualquer eficácia ou possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP notadamente dos incisos I (comparecimento periódico em juízo), II (proibição de acesso ou frequência a determinados lugares), IV (proibição de ausentar-se da Comarca), V (recolhimento domiciliar no período noturno) e IX (monitoração eletrônica), pois nenhuma delas mostra-se eficiente ou idônea para a coibição da prática de novos delitos, notadamente pelo seu próprio 'modus operandi', que, em suma, seria a consagração do descrédito de tais cautelares.**

Não bastassem a materialidade do delito (laudos de constatação) e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de substância entorpecente (prisão em flagrante), **temos a impossibilidade imposta pela norma do art. 44 da Lei 11.343/06, segundo a qual**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*'Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.'*

Nestes termos, a prisão preventiva mostra-se necessária e adequada (art. 282 CPP). Quanto aos pressupostos exigidos pelo art. 312 do CPP, constato a prova da existência do crime, obviamente para fins de prisão preventiva conversão (que envolve apenas cognição superficial), consubstanciada no auto de prisão em flagrante, laudo de constatação, bem como o indício suficiente de autoria em razão dos depoimentos colhidos, que retratam fatos verossímeis.

Isto posto, nos termos do art. 310, II, do Código de Processo Penal (alterado pela recente Lei nº 12.403/2011), presentes os requisitos, fundamentos e pressupostos legais, conforme razões acima expostas, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA DA ACUSADA ANDRESA RODRIGUES DE SOUSA**" (fls. 43/44e).

Requerida a liberdade provisória, o Juízo de 1º grau indeferiu o pedido, em 10/11/2011, pelos seguintes motivos:

"Trata-se de Pedido de Liberdade Provisória feito pela ré **Andresa**, que encontra-se presa por força de prisão em flagrante (fls. 02/04-principal).

O DD. Representante do Ministério Público manifestou-se contrariamente a fls. 18/20, consignando que **o delito imputado à ré é de extrema gravidade (artigo 33, 'caput', da Lei nº. 11.343/2006), vedada a concessão de 'fiança' nos crimes hediondos e assemelhados e, assim, se a lei veda a liberdade provisória com fiança, muito mais se deve entender tal vedação à sua concessão sem fiança.**

Decretada sua prisão preventiva às fls. 30/31 do principal que, nos termos do artigo 310, II, do Código de Processo Penal, converteu a prisão em flagrante, permanece inalterada a situação, nada existindo a afastar a custódia cautelar" (fl. 79e).

Impetrado **habeas corpus**, o Tribunal de origem, por sua vez, ao denegar a ordem, manteve a prisão preventiva da recorrente, asseverando, **in verbis**:

"A ora paciente está sendo acusada da prática do delito previsto no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, em razão de fato ocorrido no dia 4 de novembro de 2011, às 15h38, na Rua Firmino Dias dos Santos, nº 110, bairro Benedito Trajano Borges, Ituverava, quando guardava no interior de sua casa, para fim de entrega a terceiros, 7 porções de crack (69,48 g), substância entorpecente que causa dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo descreve a inicial, policiais militares se dirigiram à residência da acusada, a fim de darem cumprimento a mandado de busca e apreensão. Chegando ao local, bateram no portão, porém, não foram atendidos. Assim, pularam o muro e perceberam que havia alguém em casa. No quintal, depararam-se com 3 cachorros da raça *pitbull*, os quais foram contidos com o disparo de uma bala de borracha, não ocasionando maiores problemas. Neste instante, a denunciada saiu do interior do imóvel, correu até o muro da divisa e jogou uma sacola plástica de cor marrom, que trazia na mão, sobre o telhado da casa dos fundos. Os policiais, então, subiram ao aludido telhado e lograram êxito em apreender as drogas no interior da sacola.

Durante as buscas na residência da acusada, os policiais encontraram uma balança eletrônica, um caderno com várias anotações relacionadas ao movimento de traficância, além da quantia de R\$ 57,00.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, em que pesem as elaboradas razões da insurgência do impetrante, entende-se que não merece acolhida o pedido.

**Estando presentes os motivos para a manutenção da custódia cautelar, uma vez que a natureza do crime imputado, fundada a tipificação em indícios razoáveis da autoria e materialidade e em se cuidando de conduta que, em tese, viola a saúde e a ordem pública de modo severo, por se cuidar de tráfico de drogas, não há porque se cogitar de liberdade provisória, e nem de substituir a prisão por uma das medidas cautelares, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, muito embora a prova de toda a imputação deva ser confirmada no contraditório processual, sendo descabido apreciar argumentos de mérito nesta oportunidade.**

**A conduta imputada à paciente traz perigo à ordem pública. São nefastas as consequências do tráfico de drogas, posto que motivadoras de milhares de crimes que se sucedem no cotidiano. Portanto, apresentam-se os requisitos da prisão preventiva, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal. Ademais disso, mesmo aquele que delinque pela primeira vez,**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo, portanto, antecedentes imaculados, traz o mesmo risco à ordem pública pela possibilidade de reiteração na conduta, não sendo suficientes essas circunstâncias para afastar os efeitos da prisão em flagrante regularmente realizada.

Não se verifica, assim, violação do princípio da presunção de inocência. A despeito de a Constituição Federal trazer como regra que a prisão somente deva ocorrer após a decisão definitiva, ela própria prevê as hipóteses de prisões cautelares, decorrentes de flagrante-delito ou determinadas por decreto preventivo judicial (art. 5º, LXI), que têm cabimento na forma da lei.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*'As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a decretação da prisão provisória, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção (STJ, HC 139630/SP, Rei. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 3.11.2009).*

Portanto, **presentes os requisitos para a custódia decretada e não sendo carente de fundamentação o despacho impugnado, revela-se incabível o exame prematuro do mérito da denúncia, não havendo como se deferir a expedição de alvará de soltura**" (fls. 122/124e).

Em consulta ao endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que os autos da Ação Penal 0004942-07.2011.8.26.0288 (Numeração Antiga 288.01.2011.004942), a que se refere o presente Recurso, foram conclusos, para sentença, em 04/12/2013, de modo que, não havendo prejudicialidade, passo à análise da questão relativa à prisão preventiva da recorrente.

Inicialmente, verifico que o fundamento relativo à vedação legal à concessão da liberdade provisória aos presos em flagrante pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, encontra-se superado.

Com efeito, em 10/05/2012 foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da parte do art. 44 da Lei 11.343/2006, que vedava o benefício da liberdade provisória aos acusados da prática do delito de tráfico de entorpecentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgado assim ementado:

"Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. **Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal.** 5. **Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP.** **Fundamentação inidônea.** 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida" (STJ, HC 104.339, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 06/12/2012).

**In casu**, como se vê dos excertos acima transcritos, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, com fundamento na vedação legal à liberdade provisória, prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006 – matéria já superada, pela jurisprudência do STJ e do STF –, bem como em considerações abstratas acerca da gravidade e hediondez do delito, sem indicação de elementos concretos, a justificar a necessidade da custódia cautelar, o que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, não se admite.

Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PROVISÓRIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a escorreita prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. In casu, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória.

2. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida" (STJ, HC 263.275/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 24/04/2013).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE: 1,92 G DE MASSA LÍQUIDA DE COCAÍNA E 0,62 G DE MASSA LÍQUIDA DE MACONHA. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990, consoante atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. No julgamento do HC n. 104.339/SP, em 10/5/2012, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 665/STF, de 7 a 11/5/2012, o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes.

**3. As instâncias ordinárias não indicaram fatos concretos aptos a justificar a segregação cautelar da paciente, estando as decisões fundamentadas simplesmente na gravidade abstrata do crime, o que configura nítido constrangimento ilegal.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para deferir a liberdade provisória à paciente" (STJ, HC 252.435/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 26/11/2012).

**"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MERA INDICAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO A JUSTIFICAR A MEDIDA EXCEPCIONAL. 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 - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

III - A mera alusão aos requisitos da custódia cautelar, expressões de simples apelo retórico, bem relativas à necessidade de coibir a prática de delitos graves e ao clamor público, não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

IV - 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 (Precedentes).

V - Reconhecida a ausência de motivação idônea do decreto prisional, resta superada a análise do suposto excesso de prazo na formação da culpa.

**VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido e as decisões de 1º grau, para conceder 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" (STJ, HC 243.717/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012).

Cumprе 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. 317, 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 317, 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. 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. 312 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, dou provimento ao presente Recurso, a fim de conceder a ordem de **Habeas corpus**, para revogar a prisão preventiva da recorrente, deferindo-lhe o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia cautelar, se for o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, demonstrada sua necessidade, com base em fundamentação concreta, nos termos e para os fins do art. 312 do CPP.

Oficie-se ao eminente Ministro CELSO DE MELLO, Relator do **Habeas corpus** 119.905/SP, no Supremo Tribunal Federal (fls. 179/180e), encaminhando-lhe cópia do presente acórdão.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0142672-7

PROCESSO ELETRÔNICO

**RHC 33.331 / SP**

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 288.01.2011.004942-0 2972662320118260000 5292011 RI0013TNX0000

EM MESA

JULGADO: 10/12/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ANDRESA RODRIGUES DE SOUSA

ADVOGADO : JOÃO ANTONIO CAVALCANTI MACEDO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

#### **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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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