



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2018.0000792948

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 2148444-14.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é paciente [REDACTED] e Impetrante EGMAR GUEDES DA SILVA, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ITAPEVI.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem para revogar a prisão preventiva. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente) e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 8 de outubro de 2018.

KENARIK BOUJIKIAN
RELATORA
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Habeas Corpus nº 2148444-14.2018.8.26.0000

Impetrante: Egmar Guedes da Silva

Paciente: [REDACTED]

Impetrado: Mm(a) Juiz(a) de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapevi
Comarca: Itapevi

Autos originários nº 0001851-43.2017.8.26.0628 (digital)

Data da prisão: 26/09/2017

VOTO Nº 11.667

EMENTA: Habeas Corpus. Decreto de prisão preventiva. Ministério Público requer liberdade provisória ao paciente em audiência de custódia. Deferido o pedido. Dia seguinte, outro membro do Ministério Público representa a prisão preventiva e magistrada defere. Inadmissibilidade.

1- Juízes que realizam audiência de custódia são da mesma instância dos juízes de conhecimento, que não têm poder revisional das decisões concessivas de liberdade.

2- Inadmissível decisão de juiz de primeira instância que casse decisão prolatada em audiência de custódia, para trazer prejuízo ao réu, revogando relaxamento da prisão ou liberdade concedida. Decisão desta natureza é de competência do Tribunal de Justiça, pois o juiz da causa não tem poder de revisão das decisões benéficas prolatadas pelo juízo da audiência de custódia.

3- Decreto de prisão pelo magistrado do processo de conhecimento é possível na hipótese de surgimento de fato inédito, o que não ocorreu.

4- Se o Ministério Público dissente da decisão prolatada pelo juiz que realiza a audiência de custódia deve impugná-la valendo-se de recurso em sentido estrito. No caso, não havia interesse, pois houve requerimento de concessão de liberdade.

5- A prisão sem condenação é medida excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e, ainda, forem atendidas as exigências dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

6- Decisão carecedora de fundamentação, não sendo possível inferir necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e tampouco a exigência da prisão do paciente para garantir a aplicação da lei penal. Constrangimento ilegal configurado.

Ordem concedida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 01/27) impetrado pelo Dr. Egmar Guedes da Silva, em favor de [REDACTED], sob a alegação de constrangimento ilegal praticado, em tese, pela Mm^a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapevi, Dra. Carolina Hispagnol Lacombe, que **cassou a fiança arbitrada e decretou a prisão preventiva do paciente.**

Pugna o impetrante pela revogação da prisão preventiva, com a expedição de alvará de soltura. Sustenta que não estão preenchidos os requisitos do artigo 312, do CPP, destacando que o paciente possui residência fixa, é primário e ostenta bons antecedentes. Afirma que na audiência de custódia o paciente teve a liberdade provisória concedida mediante imposição de medidas cautelares, dentre elas a fiança, e, sem qualquer fato novo a autoridade coatora decretou a prisão preventiva. Assim, sustenta que a magistrada não fundamentou adequadamente a decisão, limitando-se a invocar a gravidade em abstrato do delito. Infere que a prisão cautelar é medida desproporcional à eventual pena aplicável ao caso em apreço. Requer concessão de medida liminar, alegando estarem presentes “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

O pedido liminar foi deferido (fls. 160/163).

A D. Procuradoria Geral de Justiça (Dr. Fernando Grella Vieira) opinou pela denegação da ordem (fls. 176/188).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

É o relatório.

A prisão sem condenação é medida excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e, ainda, forem atendidas as exigências dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

Na situação em apreço, em audiência de custódia (fls. 93/99), houve **requerimento do Ministério Público**, de concessão de liberdade provisória ao paciente, mediante aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (fls. 94 dos autos principais). Foi **deferida liberdade provisória**, nos termos da decisão de fls. 94/99, **inclusive com pagamento de fiança**. Consta da aludida decisão:

“Dessa forma, a imposição de fiança para concessão da liberdade provisória **não** está afastada, pois (i) o art. 44 da Lei nº 11.343/06 **não** abrange o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 [...] (ii) da mesma forma que o art. 2º da Lei nº 8.072/90 também não abrange o §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 [...]” (fls. 96).

A fiança arbitrada foi paga (fls. 109 e 110) .

No dia seguinte à audiência de custódia, o Ministério Público requereu a decretação da prisão preventiva.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sobreveio decisão do juízo singular (fls. 125/127) que **cassou a fiança arbitrada e decretou a prisão preventiva do paciente**. A magistrada embasou a decretação e manutenção da prisão preventiva sob o argumento de que (i) a pena máxima é superior a quatro anos; (ii) relevante quantidade de droga e variedade (iii) o encarceramento se justifica para garantia da ordem pública ao longo do processo e conveniência da instrução criminal (iv) **vedação do benefício da fiança ao delito de tráfico de drogas**.

Pois bem.

Verifico que o Ministério Público, inconformado com a decisão que deferiu a liberdade provisória ao paciente, pugnou, por outro representante, pela decretação da prisão preventiva, sem trazer à tona qualquer **fato novo**. Com efeito, **cabia, caso não concordasse com os termos da decisão prolatada pelo MM. Juiz que presidiu a audiência de custódia, a interposição de recurso em sentido estrito**, nos termos do artigo 581, V, do CPP. No caso, nem esta hipótese se mostrava adequada, por falta de interesse, eis que o próprio Ministério Público requereu a liberdade provisória.

De qualquer sorte, ainda que se admitisse o pedido formulado pelo Ministério Público, **a autoridade coatora não poderia rever a decisão exarada pelo MM. Juiz que presidiu a audiência de custódia**, para determinar a prisão do indiciado, dada a **inexistência de elementos novos que autorizassem a medida**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

cautelar.

Os juízes que realizam a audiência de custódia são os juízes naturais nas hipóteses de realização destas.

Lembremos que o projeto Audiência de Custódia, do CNJ e TJSP, foi **lançado de forma pioneira em São Paulo**, aos 6 de fevereiro de 2015 e, posteriormente, foi aplaudida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos- OEA, quando da realização de audiência temática realizada a pedido do Estado Brasileiro. A audiência de custódia, realizada imediatamente após a prisão, em até 24 horas, tem por finalidade o efetivo controle judicial, com o encontro real entre a pessoa detida e o magistrado, em dois aspectos fundamentais: a **legalidade e necessidade da prisão e verificação de eventuais maus tratos ao preso. Os juízes que judicam na audiência de custódia são considerados os juízes naturais para esta decisão e a revisão de suas decisões devem ser realizadas pelo órgão próprio.**

O princípio do juiz natural, um dos mais relevantes para a garantia do sistema democrático, foi consagrado na Constituição Federal de 1988, como um dos Direitos e Garantias Fundamentais insculpidos no artigo 5º:

Art. 5º. [...]

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

autoridade competente;

Acerca do Juiz natural, vale lembrar a preciosa lição de Luigi Ferrajoli, extraída de sua obra “Direito e razão – teoria do garantismo penal”, de 2002:

A garantia do “juiz natural” indica essa normalidade da ordem das competências no juízo, pré-constituída pela lei, entendido por competência “o limite da jurisdição” de que qualquer juiz é titular. Ela significa, precisamente, três coisas diferentes ainda que entre si conexas: a necessidade de que o juiz seja pré-constituído pela lei e não constituído *post factum*; a impossibilidade de derrogação e a indisponibilidade das competências; a proibição de juízes extraordinários e especiais. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 472)

O limite da competência do juízo das audiências de custódia é justamente estabelecido na sua função precípua, de ofertar jurisdição aos réus presos e apresentados para a realização de tais audiências, nos limites e fins acima indicados, conforme fixado na normativa do TJSP que trata do tema.

Em relação às decisões concessivas de liberdade, não há poder revisional do magistrado do processo de conhecimento sobre a decisão que seja benéfica ao réu. **O magistrado somente está autorizado a dar decisão em sentido oposto na hipótese de surgimento de fato inédito.**

A competência revisora da decisão prolatada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pelo juiz da audiência de custódia é exclusiva do Tribunal de Justiça, sob pena de subversão da ordem jurídica, que acolhe, além do princípio do juiz natural, o devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Exige-se, assim, a segurança das decisões, por meio de sua **imutabilidade e com o uso dos recursos** próprios a serem julgados por magistrados de segundo grau.

Evidente que, **em relação às decisões que não são concessivas de liberdade, há que se conciliar com os demais princípios constitucionais, especialmente o da supremacia da liberdade. Nesta medida, é permitida a revisão pelo juiz de conhecimento durante todo o processo.**

O que se viu nos autos é que o pedido do Ministério Público foi acolhido na audiência de custódia e, ato subsequente, no dia seguinte, o mesmo órgão, por outro de seus membros, apresenta pedido absolutamente oposto, para que fosse decretada a prisão preventiva e que fosse cassada a decisão prolatada, pela interpretação jurídica que o novo representante possui, tudo atendido pela magistrada.

A autoridade coatora não poderia rever a decisão exarada pelo MM. Juiz que presidiu a audiência de custódia, para determinar a prisão do indiciado, dada a inexistência de elementos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

novos que autorizassem a medida cautelar.

Por tudo o que foi exposto, indevida a revisão realizada pela Magistrada.

No caso concreto, as circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva, indicadas na decisão, carecem de fundamentação.

Trata-se de infração ao delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. A quantidade de entorpecentes encontrada com o paciente é pouco relevante e a variedade nada tem de excepcional (**10,32g de cocaína e 2,99g de crack** – de peso líquido cf. laudo de constatação fls. 40/42).

Acrescento que se trata de réu primário e de bons antecedentes, conforme documentação apresentada (fl. 150/151).

A gravidade do delito, por si só, não é indicativo que, isoladamente, possa inferir as circunstâncias que admitem a prisão cautelar, nos termos do regramento constitucional e processual penal. Admitir prisão cautelar em razão da gravidade do crime importa, inegavelmente, reconhecer as funções de prevenção e retribuição, que são inerentes à pena. Desvirtua-se absolutamente, portanto, o caráter excepcional e instrumental da prisão preventiva.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cumprе destacar, novamente, que o acusado é primário e trazia consigo quantidade pouco considerável de entorpecentes.

De fato, nada está a indicar que a prisão seja necessária e a decisão que a decretou não se sustenta.

Por fim, é certo que caso verificado fato novo que possa ensejar a necessidade da custodia cautelar, a decisão poderá ser revista pelo juiz de primeiro grau.

Assim, a ocorrência de fato novo, como a evasão do distrito da culpa, poderá fundamentar a prisão preventiva sob novo título. Todavia, a decisão ora atacada não se fundamenta em fato novo, de modo que não se submeteu a esta instância a análise da necessidade da prisão cautelar sob tal aspecto.

Isto posto, ratifico a liminar e concedo a ordem, para revogar a prisão preventiva decretada e deferir liberdade provisória mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais.

Kenarik Boujikian
Relatora