



HABEAS CORPUS Nº 0065834-18.2018.8.19.0000

IMPETRANTE: Eduardo Januário Newton – DP 969.600-6

PACIENTE [REDACTED]

AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DE DIREITO DA 41ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL

RELATOR: DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA

HABEAS CORPUS – PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 33 E 35, CADA UM C/C ART.40, V, TODOS DA LEI 11343/06 – PLEITO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO, AO ARGUMENTO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZ CUSTODIANTE PARA DECRETÁ-LA, NA MEDIDA EM QUE SUA ATUAÇÃO CONTRARIARIA OS LIMITES FIXADOS PELA RESOLUÇÃO TJRJ/OE Nº 29, DE 11 DE SETEMBRO DE 2015. ADUZ QUE REFERIDO ATO NORMATIVO INDICA A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO, SEM MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR – **ACOLHIMENTO** – JUIZ CUSTODIANTE QUE RELAXOU A PRISÃO EM FLAGRANTE, EM RAZÃO DO RETARDO NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E, POSTERIORMENTE, DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA, SUBSTITUINDO-A, EM SEGUIDA, POR PRISÃO DOMICILIAR COM FULCRO NO ART.318, V DO CPP. AO RELAXAR A PRISÃO EM FLAGRANTE, NÃO É CABÍVEL A DISCUSSÃO SOBRE EVENTUAL CABIMENTO OU NÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CABE TÃO SOMENTE A RESTITUIÇÃO DO STATUS DE LIBERDADE AO INDIVÍDUO QUE TEVE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS E JUDICIALMENTE RECONHECIDAS. HIPERATIVIDADE JUDICIAL QUE AFRONTA O PRINCÍPIO DA INERCIA, INVADINDO COMPETÊNCIA DO JUIZ NATURAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO – EXPEÇA-SE ALVARA DE SOLTURA - **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**



ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos pelos Desembargadores que integram a **SEXTA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** estes autos de *Habeas Corpus* de nº 0065834-18.2018.8.19.0000, em que figura como pacient [REDACTED], em Julgamento nesta data, por unanimidade de votos, e nos termos do voto do relator, foi concedida a ordem para relaxar a prisão, por excesso de prazo, com a expedição de alvará de soltura condicionado.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2019.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**
Relator



RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Eduardo Januário Newton, defensor, em favor d [REDACTED], tendo como autoridade coatora o Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da Capital, alegando constrangimento ilegal consistente na prisão ilegal do paciente

A paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 33 e 35, cada um c/c art.40, V, todos da Lei 11343/06, tendo tido em sua prisão em flagrante relaxada por retardo na realização da audiência de custódia, com posterior decretação de prisão preventiva, e sua substituição por prisão domiciliar a teor do art.318, IV do CPP

Em síntese, alega o impetrante que a prisão da paciente é ilegal, uma vez que foi decretada pelo juiz que presidiu a audiência de custódia, argumentando que o mesmo teria extrapolado sua competência, incorrendo em abuso de direito, contrariando os limites fixados pela Resolução TJRJ/OE nº 29, de 11 de setembro de 2015, independentemente de previsão contida no Código de Processo Penal. Isso porque, segundo alega a Defesa, referido ato normativo indica a possibilidade de conversão, sem menção à possibilidade de decretação da medida cautelar, sendo o magistrado incompetente para tal, na medida em que com o relaxamento da prisão teria esgotado sua competência para apreciação do flagrante.

Objetiva assim o relaxamento da prisão, com a cassação da decisão proferida pela autoridade coatora, e expedição do competente alvará de soltura.

O pleito liminar foi analisado e indeferido.

Informações prestadas pela autoridade dita coatora à fls. 18/20 – arq. 00018.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Delma Moreira Acioly emitiu parecer no sentido de que fosse denegada a ordem.

É o relatório.

VOTO

A patient [REDACTED] responde a ação penal perante o Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da Capital por infração ao 33 e 35, cada um c/c art.40, V, todos da Lei 11343/06.

O impetrante sustenta a ilegalidade da prisão. Alega que em razão do retardo na apresentação para audiência de custódia, a paciente teve sua prisão em flagrante relaxada pelo excesso de prazo. Entretanto, na referida audiência, o juiz custodiante decidiu por decretar a prisão preventiva do paciente e, em seguida, substituí-la por prisão domiciliar, com fulcro no art.318, V do CPP. Argumenta que referido magistrado extrapolou da competência a ele atribuída, uma vez que decretou a prisão preventiva do paciente em vez de convertê-la, contrariando os limites fixados pela Resolução TJRJ/OE nº 29, de 11 de setembro de 2015, independentemente de previsão contida no Código de Processo Penal.

Entendo que lhe assiste razão, senão vejamos:

Conforme dispõe o art. 310, II, do CPP, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, que lhe será encaminhado em até 24 horas após a realização da prisão, não sendo caso de relaxamento, liberdade provisória com ou sem fiança, cumulada ou não com a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, deverá, em decisão fundamentada, *converter a prisão em flagrante em preventiva*, quando presentes os requisitos constantes do art. 312

deste Código. A teor do disposto no art. 310, nesse momento do controle jurisdicional, só poderá subsistir prisão se presentes os requisitos da custódia preventiva, que então deverá ser decretada, caso a prisão em flagrante tenha ocorrido sem vícios, daí porque o legislador usou o termo converter e não decretar.

Com efeito, tendo em vista a adoção do sistema acusatório, não é possível a decretação de prisão preventiva *de ofício*, na fase de investigação. Assim, ao ‘decretar’ a preventiva nessa fase processual, o juiz custodiante nada mais faz que rafiticar a prisão antes efetuada (prisão em flagrante), que necessita ser convalidada dada a sua precariedade. Assim fazendo considera a presença do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, aliada à ausência de vícios do flagrante. Dessa forma, pode-se afirmar que a conversão da prisão em flagrante em preventiva depende sempre da legalidade do flagrante, aferida após a análise das circunstâncias e formalidades em que se deu a prisão pre-cautelara.

Nessa linha de pensamento, a conversão da prisão em flagrante pelo juiz custodiante não afronta o sistema acusatório nem invade a competência do juiz natural.

Assim já se posicionaram os tribunais superiores, como apontam as ementas que seguem transcritas:

“O Juízo processante, ao receber o auto de prisão em flagrante, **verificando sua legalidade e inviabilidade de sua substituição por medida diversa, deverá convertê-la em preventiva ao reconhecer a existência dos requisitos preconizados nos arts. 312 e 313, do CPP**, independente de representação ou requerimento” (STJ, RHC 47.149/RS, 5ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 8-5-2014, *DJe* de 14-5-2014).

“Desnecessária a existência de representação do agente policial ou da oitiva do *Parquet*, pois, existindo a necessidade da

custódia preventiva respeitado os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, deve o magistrado, mesmo sem provocação, decreta-la. Não há que falar em nulidade no decisum de primeiro grau pela ausência de representação policial ou ministerial, **na medida em que se cuida de mera conversão da prisão em flagrante em preventiva, em exato cumprimento do dispositivo legal**” (STJ, HC 263.320/MS, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 28-5-2013, *DJe* de 3-6-2013; STJ, RHC 43.360/MG, 5ª T., rel. Min. Marilza Maynard, j. 25-2-2014, *DJe* de 11-3-2014).

“(…)Com efeito, não se pode confundir o juízo de legalidade da prisão em flagrante com a verificação, *in concreto*, da necessidade de imposição de segregação cautelar, porquanto no momento da conversão da prisão em flagrante em preventiva, essa exaure-se. Deveras, **o decreto da prisão preventiva pressupõe a legitimidade do flagrante** e muda o fundamento da segregação no afã de confirmar a necessidade da constrição da liberdade do agente a partir do confronto entre a situação de fato e o suporte normativo impositivo da constrição cautelar, desde que ausentes a possibilidade da fixação de medidas diversas da prisão. (STF, RCL 26244 / RJ, rel. Min. Luiz Fux, DJ. 4-04 -2017) - *Grifei*

Todavia, no caso em comento, o juiz custodiante reconheceu a ilegalidade do flagrante, por não terem sido observadas as formalidades legais e, sendo assim, relaxou a prisão daí proveniente. Ora, dessa forma, ao relaxar a prisão em flagrante, não é cabível a discussão sobre eventual cabimento ou não de medida cautelar. Cabe tão somente a restituição do status de liberdade ao indivíduo que teve suas garantias constitucionais violadas e judicialmente reconhecidas. Tal é o efeito jurídico do reconhecimento judicial da ilegalidade do flagrante. Ora, ao decretar a prisão preventiva logo após reconhecer a prisão ilegal, o juiz da custódia age de forma hiperativa, afrontando o princípio da inercia. Assim agindo, acaba por fazer juízo de valor sobre outros elementos que estão fora do Auto de Prisão em



Flagrante, já declarado ilegal, invadindo a competência do juiz natural que, diga-se de passagem, não ratificou a prisão preventiva decretada.

Ressalte-se que a ilegalidade do flagrante não impede eventual prisão preventiva ou a decretação de medidas cautelares diversas pelo juiz natural, da mesma forma que não impede a deflagração da ação penal pelo promotor de justiça que tenha atribuição para tanto, até porque a ilegalidade do flagrante não necessariamente invalida as provas obtidas, mas apenas aquelas que foram obtidas com nexos de causalidade com o flagrante declarado ilegal. O que não se pode permitir é que o juiz da custódia convalide uma prisão ilegal, após reconheça-la como tal.

Desta forma, reconheço o constrangimento ilegal e, por conseguinte, relaxo a prisão.

Por tais considerações, voto no sentido de conhecer este remédio constitucional, e **JULGAR PROCEDENTE** o pedido, relaxando a prisão do custodiado e determinando a expedição de alvará de soltura se por al. não estiver preso.

Rio de Janeiro, 26 de março de 2019.

Desembargador **FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA**
Relator