

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.579 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
AGTE.(S) : CID VIANA DE SOUZA
ADV.(A/S) : ANDRE LUIZ GALERANI ABDALLA
AGDO.(A/S) : RELATOR DO HC Nº 646.745 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática do relator que não conheceu o *habeas corpus* impetrado.

Além de apontar óbice formal por se tratar de *habeas corpus* impetrado em face de decisão monocrática de Ministro do STJ, o relator afirmou que “*superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia*”.

Embora o relator mencione o julgado pela Turma no HC 194.074 AgR (rel. Min. Nunes Marques, DJe 20.5.2021), naquele caso, acompanhei, com ressalvas, a negativa de provimento ao recurso. Adotei fundamentos distintos, visto que o pedido do impetrante limitava-se à revogação da prisão preventiva em razão da falta de motivação, o que neguei diante dos indicativos de reiteração delitiva. Portanto, penso que a questão agora em debate é inédita a esta Turma e deve ser analisada com cautela.

Neste caso, cuida-se de paciente preso em flagrante, em 26.6.2020, por trazer consigo “*sacola contendo 157 (cento e cinquenta e sete) ‘inos de cocaína’ dos quais 30 (trinta) possuíam maior quantidade da substância; 85 (oitenta e cinco) pedras de crack, 16 (dezesesseis) buchas de maconha e 01 (um) papelote também de cocaína, sendo que tais entorpecentes, pela natureza e quantidade, indicavam serem destinados à comercialização*”, além de “*arma de fogo do tipo pistola, calibre .380 ACP, modelo PT 838, marca ‘Taurus’, com numeração de série raspada, com um carregador municiado com 18 (dezoito) projéteis de mesmo calibre*”. A prisão preventiva foi decretada em razão da garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de maus antecedentes, sem a realização de audiência de custódia.

Preliminarmente, segundo jurisprudência consolidada deste Tribunal, não tendo sido a questão objeto de exame definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou ausente prévia manifestação colegiada das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa implica supressão de instância, o que não é admitido. Nesse sentido: HC-AgR 131.320/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016; HC 140.825/PR, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 3.3.2017; e HC 139.829/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 8.3.2017.

Contudo, em casos de manifesta e grave ilegalidade, tais entendimentos podem ser flexibilizados, inclusive por meio da concessão da ordem de ofício, **o que é o caso dos autos.**

Quanto ao pedido de revogação da prisão porque ausente pedido do Ministério Público, efetivamente, trata-se de atuação judicial inadmitida por esta Segunda Turma diante da reforma realizada pela Lei 13.964/19. Contudo, neste caso concreto consta dos autos que houve posterior manifestação do MP no sentido da necessidade da medida cautelar (eDOC 2, p. 84 e p. 90).

Por outro lado, **verifico ilegalidade manifesta na não realização da audiência de custódia.**

A audiência de custódia, determinada pela CADH e pelo PIDCP, é **mecanismo essencial para o controle da legalidade de prisões realizadas em Estados democráticos.** No caso *Tibi v. Equador* (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que "*o controle imediato é uma medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência*". (item 114)

Na doutrina, aduz-se que a audiência de custódia tem as funções

essenciais de controlar abusos das autoridades policiais e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Empório do Direito, 2015. p. 37-39). Tais finalidades, sem qualquer dúvida, também são aplicáveis aos casos de prisões cautelares. Por exemplo, para verificar abusos na condução do preso, a sua correta identificação, ou até controlar eventuais decretos prisionais manifestamente abusivos ou sem fundamentação concreta.

Por óbvio, a cognição em audiência de custódia possui limitações, pois não se pode antecipar o julgamento de mérito do processo com aprofundamento instrutório. Contudo, tendo-se em vista que no ato há um contato da defesa com um juiz ou juíza, deve-se dar primazia ao exercício do contraditório de modo oral e com imediação, para controle da legalidade da prisão e especial atenção à revisão de ilegalidades manifestas.

Nesse sentido, embora compreenda as premissas adotadas, não compartilho com a tese de que a *“superveniência da realização da audiência de instrução e julgamento torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia”*. Assim, divirjo por dois motivos que me parecem relevantes: 1) tais audiências possuem finalidades distintas e não podem ser confundidas; 2) tal posição findaria por esvaziar a necessidade de um cumprimento efetivo do direito fundamental do preso e, implicitamente, poderia transmitir mensagem inadequada aos operadores do sistema criminal, no sentido de sua dispensabilidade.

Como visto, a audiência de custódia possui justificação convencional (art. 7.5, CADH) que consolida um **direito fundamental do preso a ser apresentado sem demora a uma autoridade judicial** que possa controlar eventuais abusos e analisar a legitimidade da restrição à liberdade. Portanto, a **audiência de custódia tem finalidades sistêmicas totalmente distintas daquelas desempenhadas pela audiência de instrução e**

juízo.

Ainda que eventualmente questões sobre a prisão ou eventuais abusos possam ser levantadas pelas partes na audiência de instrução, deve-se perceber que **tais questões seriam objeto de análise incidental, e não o tema central da audiência a ser submetido ao contraditório.** Ademais, a depender da inércia das partes, esses pontos podem nem mesmo ser abordados.

Por fim, destaco que aceitar a superação da necessidade de realização da audiência de custódia pelo transcurso do processo e a ocorrência da audiência de instrução **findaria por transmitir uma mensagem distorcida aos operadores do sistema criminal**, no sentido da desnecessidade da medida. Assim, o Juízo que não assegurasse o direito fundamental, consolidado convencionalmente no Pacto de São José da Costa Rica, mas deixasse o tempo passar até o fim da instrução processual teria tal dever esvaziado e superado. Não podemos admitir que essa importante inovação, que aprimorou o processo penal brasileiro, torne-se letra morta na prática judicial.

Diante do exposto, **divirjo do relator, para dar parcial provimento ao agravo regimental e conceder parcialmente a ordem de *habeas corpus* de modo a determinar que o Juízo de origem, se ainda não o fez, realize audiência de custódia**, na modalidade presencial ou por videoconferência, **em conformidade com o disposto no art. 19 da Resolução 329/2020**, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da comunicação deste juízo.

É como voto.