

AG.REG. NO HABEAS CORPUS 202.700 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES  
AGTE.(S) : LUCIANO PEREIRA DOS SANTOS  
ADV.(A/S) : BRUNO BARROS MENDES  
AGDO.(A/S) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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

Além de justificar a restrição preventiva no fundamento da gravidade concreta da conduta narrada, 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.

Quanto ao pedido de revogação da prisão porque ausente fundamentação, não constato ilegalidade manifesta ao passo que o decreto se justifica na gravidade concreta da conduta narrada, não somente pela quantidade de entorpecente apreendida, mas pela apreensão de armamento e vultosa quantia de dinheiro, além dos maus antecedentes do paciente (eDOC 2, p. 96).

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 justificção 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 julgamento.**

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**

HC 202700 AGR / SP

Resolução 329/2020, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar da comunicação deste julgamento.

É como voto.

Em revisão