

O art. 7º, item 5, CADH, autoriza que a audiência de custódia seja realizada por juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais. Ora, além do juiz, quem são as autoridades que podem ser presidentes da audiência de custódia? Vejamos:

O delegado de polícia

Em um primeiro entendimento, o poder judiciário pensava que a apresentação do preso a um delegado de polícia cumpria com o disposto na CADH, uma vez que a lei atribuía a tal servidor público as funções de receber e ratificar as ordens de prisão em flagrante. Ademais, o magistrado competente para o caso também analisaria o auto de prisão em flagrante, não havendo necessidade de implementar-se o novo procedimento denominado audiência de custódia. Contudo, o STF, após a decretação do estado de coisas inconstitucionais dos presídios brasileiros, passou a entender que havia, sim, a necessidade de o preso ser levado à presença física de um juiz, havendo também a necessidade de um procedimento próprio para tanto. Dessa maneira, entende-se que, atualmente, o delegado de polícia não pode presidir a audiência de custódia.

Tal procedimento foi adotado, no Brasil, como forma de reduzir-se o número de presos preventivos nos estabelecimentos penitenciários, bem como de fiscalizar-se, com maior atenção, a atuação policial no momento da captura. Para tanto, há a necessidade de que o procedimento seja conduzido por uma autoridade dotada de **imparcialidade, independência e competência para relaxar prisões** em decorrência da ilegalidade, bem como de **converter o flagrante em preventiva e decretar a prisão cautelar**.

O CPP, ao regrar as atribuições dos sujeitos processuais, conferiu tais características somente aos magistrados. Assim, caberá aos juízes, e aos juízes somente, presidir as audiências de custódia.

O Ministério Público

A doutrina entende, de modo majoritário, que os membros do MP não podem presidir audiência de custódia em nenhuma hipótese em que a ação penal seja de titularidade do órgão, a saber, os casos de ação pública incondicionada ou condicionada à representação ou requisição, uma vez que o requisito da imparcialidade estaria violado. Assim, de novo, os juízes devem ser os responsáveis pela condução da audiência de custódia, posto que esse cargo reúne os requisitos da imparcialidade e da independência, bem como os poderes da prisão preventiva e de conceder a liberdade provisória.

Quem é o juiz competente?

A principal questão quanto aos magistrados é definir qual juiz, dentre os disponíveis, presidirá a audiência de custódia.

A regra geral determina que, se o crime ocorreu no município X, um juiz criminal do município X deverá presidir a audiência de custódia. Entretanto, o que ocorrerá nos casos em que o juiz competente não estiver na comarca?

Substituto legal (Resolução 213/2015 do CNJ)

Nesse caso, a Resolução 213/2015 do CNJ estipula um dispositivo específico. De acordo com seu art. 3º, se restar-se comprovado que não há juiz competente na comarca em que a audiência de custódia deveria ser realizada, o preso deverá ser apresentado a um substituto legal daquela autoridade:

Art. 3º. Se, por qualquer motivo, não houver juiz na comarca até o final do prazo do art. 1º, a pessoa presa será levada imediatamente ao substituto legal, observado, no que couber, o § 5º do art. 1º.

Logo, os Tribunais de Justiça deverão estipular os substitutos dos juízes responsáveis por presidir o procedimento.

Prisão em comarca diversa

E se a prisão ocorrer em comarca diversa daquela na qual o crime se consumou? Segundo o CPP, tal fato pode ser consequência de perseguição policial que acaba ultrapassando os limites de um município ou de inexistência de delegado de polícia no local em que a prisão em flagrante foi efetivada. Na prática, as autoridades policiais têm comunicado a prisão, bem como encaminhado o auto de prisão em flagrante, ao magistrado titular da vara criminal do local em que a captura ocorreu, ao invés de fazê-lo ao juiz realmente competente pelas regras do CPP. A justificativa dada é que não haveria condições materiais para o transporte do preso à comarca correta. Entretanto, com a exigência da realização da audiência de custódia, a apresentação ao juiz competente deverá, sim, acontecer, sendo o prazo de 24 horas aparentemente insuficiente para tanto. Resta aguardar para saber como essa questão será decidida pelos tribunais.

Prerrogativas de foro

Quanto às autoridades que gozam de foro por prerrogativas de função: quem presidirá a audiência de custódia quando elas forem presas? A Resolução 213/2015 do CNJ, em seu art. 1º, parágrafo 3º, estipula que os casos de prisão em flagrante cuja competência para apreciação do auto de prisão seja de um tribunal, a apresentação do capturado poderá ser realizada perante um juiz de primeira instância, desde que este tenha sido *nomeado pelo presidente do tribunal*, ou pelo desembargador ou ministro relator do caso. Inicialmente, é forçoso reconhecer que tal norma padece de inconstitucionalidade material (art. 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal), já que a autoridade judicial competente é modificada posteriormente ao fato e é escolhida pela liberalidade do presidente do tribunal ou do relator do caso na ausência de critérios que garantam isonomia e imparcialidade.

Outra polêmica reside no fato de um magistrado cuja competência derivou de delegação pelas instâncias superiores poder decretar a prisão preventiva aos presos em flagrante que gozam de prerrogativa de foro. Parte da doutrina entende que o juiz de primeira instância, a quem foi conferida tal competência, não poderia decretar a prisão preventiva: falta-lhe competência para tanto. Outra parte da doutrina entende que a delegação decorre de uma **carta de ordem**, sendo transmitida também a competência para a imposição de medidas cautelares. Novamente, haverá necessidade de aguardar para saber como os tribunais vão resolver a questão.