

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 regradar 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?

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.

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 decida pelos tribunais.

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.