

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

Conforme relatado, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por meio da qual se impugna ato normativo, expedido pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que veda ao juiz plantonista a conversão do auto de prisão em flagrante em diligência.

A preliminar de ilegitimidade ativa da ANAMAGES, suscitada pelo Advogado-Geral da União, **foi afastada pelo Plenário da Corte** quando da apreciação do recurso interposto pela associação autora contra a decisão monocrática proferida pelo então Relator, Ministro **Luiz Fux**, que, de início, não conheceu da presente ação.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“LEGITIMIDADE – ASSOCIAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – PROCESSO OBJETIVO. A Associação Nacional de Magistrados Estaduais – ANAMAGES possui legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade quando verificada pertinência temática, ou seja, elo entre os preceitos atacados e os objetivos institucionais constantes do Estatuto” (e-Doc. 30).

Com efeito, embora a associação autora represente apenas uma fração da classe dos magistrados, a jurisprudência mais recente deste Supremo Tribunal passou a reconhecer sua legitimidade ativa em sede de controle concentrado quando a norma impugnada se referir exclusivamente à magistratura de determinado ente da Federação. **E é exatamente isso o que ocorre na hipótese dos autos**, uma vez que a norma questionada está **direcionada especificamente à magistratura do Estado de São Paulo, e não à magistratura como um todo**.

Na mesma linha de inteligência, cito os seguintes precedentes:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS – ANAMAGES. NORMA DE INTERESSE DE TODA A MAGISTRATURA. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA . DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. Embora a

ANAMAGES represente apenas fração da classe dos magistrados, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a sua legitimidade ativa quando a norma objeto de controle abstrato de constitucionalidade referir-se exclusivamente à magistratura de determinado ente da Federação . 2. O que se verifica, contudo, no caso em análise é a impugnação de norma de interesse de toda a magistratura, o que enseja o entendimento jurisprudencial consolidado desta Corte no sentido da ausência de legitimidade ativa da ANAMAGES. Precedentes: ADI 5.448-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ADI-AgR-ED 3.843, Rel. Min. Teori Zavascki; ADI 4.372, Rel. Min. Ayres Britto, Redator para o acórdão o Ministro Luiz Fux; ADI 4600-AgR, Rel. Min. Luiz Fux. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ADI nº 4.311-AgR, Rel. Min. **Roberto Barroso**, Tribunal Pleno, Dje de 24/09/18)

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.388/99 do Estado do Rio de Janeiro. **ANAMAGES. Legitimidade ativa. Norma de interesse da magistratura estadual.** Obrigação de entrega de declaração de bens à Assembleia Legislativa pelos magistrados estaduais. Competência atribuída ao Poder Legislativo sem o devido amparo constitucional. Vício de iniciativa. Ação julgada procedente. 1. **Configurada, na hipótese, a legitimidade ativa da ANAMAGES. Embora a associação represente apenas fração da classe dos magistrados, no presente caso, há a peculiaridade de que a lei questionada direciona-se, especificamente, à magistratura do Estado do Rio de Janeiro, e não à magistratura como um todo. Precedentes.** 2. A lei estadual, ao estabelecer a obrigação de que os magistrados estaduais apresentem declaração de bens à Assembleia Legislativa, criou modalidade de controle direto dos demais Poderes pela Assembleia Legislativa - sem o auxílio do Tribunal de Contas do Estado - que não encontra fundamento de validade na Constituição Federal. Assim, faltando fundamento constitucional a essa fiscalização, não poderia a Assembleia Legislativa, ainda que mediante lei, outorgar a si própria competência que é de todo estranha à fisionomia institucional do Poder Legislativo. 3. Inconstitucionalidade formal da lei estadual, de origem parlamentar, na parte em que pretende submeter aos seus ditames os magistrados estaduais. Violação da autonomia do Poder Judiciário (art. 93 da CF). 4. Ação direta julgada procedente. (ADI nº 4.232, **de minha relatoria** , Tribunal Pleno, DJe de 2/2/15).

Superada a preliminar suscitada, convém ressaltar, outrossim, que a presente ação tem por objeto provimento do Conselho Superior da

Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, ato normativo esse dotado de autonomia jurídica e, por isso mesmo, passível de impugnação em sede de controle concentrado.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é cabível o controle concentrado de constitucionalidade tendo por objeto provimentos ou resoluções de Tribunais de Justiça quando esses atos têm autonomia normativa, ou quando são impugnados em conjunto com o ato normativo primário. Vide:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. **Resolução editada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que alterou os percentuais de destinação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registros (Resolução nº 196/2005).** 3. **Ato administrativo com caráter genérico e abstrato. Possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade. Precedentes** . 4. Supressão de parcela destinada ao Poder Executivo, que passaria a ser destinada ao Poder Judiciário. 5. Não configurada violação ao art. 98, § 2º da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004), uma vez que o referido dispositivo constitucional inclui tanto as custas e emolumentos oriundos de atividade notarial e de registro (art. 236, § 2º, CF/88), quanto os emolumentos judiciais propriamente ditos. 6. Caracterizada a violação dos arts. 167, VI, e 168 da Constituição Federal, pois a norma impugnada autoriza o remanejamento do Poder Executivo para o Poder Judiciário sem prévia autorização legislativa. Inconstitucionalidade formal. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI nº 3.401, Rel. Min. **Gilmar Mendes** , Tribunal Pleno, DJ de 23/2/07).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO. PROVIMENTO Nº 09/97 DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO. EMOLUMENTOS: PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. 1. **Provimento nº 9/97, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso. Caráter normativo. Controle concentrado de constitucionalidade. Cabimento.** 2. **Hipótese em que o controle normativo abstrato não se situa no âmbito da legalidade do ato, mas no exame da competência constitucional da autoridade que instituiu a exação.** 3. A instituição dos emolumentos cartorários pelo Tribunal de Justiça afronta o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar, majorar ou reduzir os valores das taxas judiciárias. Precedentes. 4. Inércia da União Federal em editar normas gerais sobre emolumentos. Vedação aos Estados para legislarem sobre a matéria com fundamento em sua competência suplementar. Inexistência . Ação direta de

inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI nº 1.709, Rel. Min. **Maurício Corrêa** , Tribunal Pleno, DJ de 31/3/00).

Na hipótese dos autos, insurge-se a autora contra a expressão **“vedada a conversão em diligência”** , contida no art. 2º do Provimento nº 1.898/2011 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça que São Paulo, o qual dispõe sobre a atuação do juiz no plantão judiciário, com o argumento de que a norma violaria a competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal (art. 22, I, da CF) e, conseqüentemente, ofenderia os princípios da autonomia dos entes federativo, da separação dos Poderes e da legalidade (arts. 2º e 5º, II, da CF).

Eis o teor do dispositivo atacado:

“PROVIMENTO CSM Nº 1.898/2011

(...)

Art. 2º- Acrescer o item 4.2 ao Capítulo XII das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, que passa a vigorar com a seguinte redação:

4.2. Ao receber a cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz designado para atuar no plantão, na forma do artigo 310, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, deverá relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória, **vedada a conversão em diligência** . (...)” (grifos nossos)

Antes de mais nada, registro que **a norma impugnada sofreu pequeno ajuste de redação com a edição do Provimento CG nº 28/2019** , passando a constar das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, no art. 1.133, com a seguinte redação:

“Art. 1.133. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz designado para atuar no plantão, na forma do art. 310, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, deverá relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória, **vedada a conversão em diligência** .” (Alterado pelo Provimento CG Nº 28/2019)

Não obstante isso, **não houve aditamento da inicial** .

Observa-se, no entanto, que a alteração de redação, consubstanciada na supressão da expressão “a cópia do” na primeira parte da norma, não implicou a modificação de seu sentido e alcance, permanecendo incólume, ademais, o trecho objeto de impugnação nestes autos e hígidos os argumentos expostos na inicial .

Nesse contexto, tenho por **não caracterizada a prejudicialidade da presente ação direta** , na esteira dos seguintes julgados da Corte:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. ALTERAÇÃO NÃO-SUBSTANCIAL DA NORMA IMPUGNADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. **É correta decisão monocrática que entende não prejudicada ação direta de inconstitucionalidade em virtude de sobrevinda de alteração legislativa não-substancial da norma impugnada. Nova redação que não altere o sentido e o alcance do dispositivo atacado não implica a revogação deste, de sorte que permanece viável o controle concentrado de constitucionalidade .** Agravo regimental a que se nega provimento”. (ADI nº 2.581-AgR-segundo, Rel. Min. **Joaquim Barbosa** , Tribunal Pleno, publicado em 16 /12/2005).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. 1. Ação não conhecida quanto aos §§ 1º e 2º do artigo 81 e ao § 2º do art. 82, todos do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais, uma vez que esses dispositivos, de natureza transitória, já exauriram seus efeitos. 2. **A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta** . 3. (...) (ADI nº 2.501, Rel. Min. **Joaquim Barbosa** , Tribunal Pleno, publicado em 19/12/2008)

No mérito, verifico que **a norma em questão, de fato, padece de flagrante inconstitucionalidade formal** , por desbordar dos limites do poder regulamentar e afrontar competência privativa da União para legislar sobre

direito processual penal, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal:

“Art. 22. Compete **privativamente à União** legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

Ao comentar referido preceito constitucional, José Afonso da Silva assim conceitua o direito processual:

“É o Direito que disciplina o *processo* – considerado este como uma série de atos coordenados destinados a obter a atuação da lei na composição dos conflitos de interesse (lide) por meio do exercício da função jurisdicional do Estado. A regulamentação legal da atividade jurisdicional gera um complexo de normas jurídicas formais, instrumentais, porque servem de instrumento para a atuação da lei material (lei civil, lei penal, lei trabalhista), cujo conjunto constitui o direito processual. Então, o *direito processual* pode ser entendido simplesmente como um sistema de princípios e normas legais que regulam a atividade jurisdicional na atuação da lei material para a solução concreta dos conflitos de interesses.” (**Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 265)

Destaco, também, a lição do eminente Ministro e professor **Luiz Fux**, para quem:

“[o] Direito processual é o ramo do Direito público composto de um complexo de princípios e normas que regulam a jurisdição – como atividade estatal de aplicação do Direito aos casos submetidos à apreciação do Judiciário –, a ação – como o direito de acesso amplo à justiça, seus pressupostos e consequências de seu exercício – e o processo – como instrumento pelo qual a parte pede justiça e o Estado dela se desincumbe.

As normas processuais gravitam, assim, acerca dos institutos da ação, da jurisdição e do processo e seus consectários. Nesse sentido, quando se analisa a jurisdição, enfoca-se a competência, que é a repartição daquela função, e a coisa julgada, que retrata a imutabilidade do seu resultado. As normas versam sobre a competência e a coisa julgada são, portanto, normas processuais. A ação, por seu turno, implica a análise de sua bilateralidade por meio da defesa, da existência de sujeitos que a exerçam, dos requisitos necessários para manejá-la utilmente e obter a decisão de mérito etc.

As regras que tratam desses temas - vale dizer, defesa, contestação, pluralidade de sujeitos, litisconsórcio, partes, capacidades das partes, etc -, são normas integrantes do Direito processual. Por fim, o instrumento veiculador da pretensão das partes e da solução judicial que é o processo, é como a vida humana: tem início, meio e fim. Forma-se, pode suspender-se e extingue-se. Os fatos constitutivos, suspensivos e extintivos do processo, como a demanda, a conversão das partes e a decisão antecipada ou não, terminativa ou de mérito, são institutos do processo e, como tais, regulados pelo Direito processual” (**Teoria Geral do Processo Civil** . São Paulo: Editora Forense, 2014, p. 1).

Vale recordar, ainda, que no julgamento da ADI nº 3.896, de relatoria da Ministra **Cármem Lúcia** , o Plenário da Corte assentou que a persecução penal é regida por norma processual penal, incumbindo privativamente à União legislar sobre essa matéria.

Confira-se a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, INC. IV, DA LEI SERGIPANA N. 4.122/1999, QUE CONFERE A DELEGADO DE POLÍCIA A PRERROGATIVA DE AJUSTAR COM O JUIZ OU A AUTORIDADE COMPETENTE A DATA, A HORA E O LOCAL EM QUE SERÁ OUVIDO COMO TESTEMUNHA OU OFENDIDO EM PROCESSOS E INQUÉRITOS. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **É competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I, da Constituição da República).** 2. **A persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal** ” (ADI nº 3.896, Rel.(a) Min (a). Cármem Lúcia, Plenário, DJ de 7.8.2008).

De igual modo, o Supremo Tribunal Federal já afirmou ser de competência reservada à União a edição de leis sobre as espécies de prisão e a competência funcional da magistratura. Vide:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 13.454 /00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. JUIZ DE PAZ. ELEIÇÃO E INVESTIDURA. SIMULTANEIDADE COM AS ELEIÇÕES MUNICIPAIS. PRINCÍPIO MAJORITÁRIO. PREVISÃO NO ART. 117, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. (...) JUIZ

DE PAZ. COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS. PROCESSAR AUTO DE CORPO DE DELITO. LAVRAR AUTO DE PRISÃO. RECUSA DA AUTORIDADE POLICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. 8. Lei estadual que define como competências funcionais dos juízes de paz o processamento de auto de corpo de delito e a lavratura de auto de prisão, na hipótese de recusa da autoridade policial, invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. (...) JUIZ DE PAZ. PRERROGATIVAS. PRISÃO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR. ART. 22, I, DA CB/88. DIREITO ASSEGURADO PELO ART. 112, § 2º, DA LOMAN [LC 35/75]. 11. Lei estadual que prevê em benefício dos juízes de paz o recolhimento a prisão especial invade a competência da União para legislar sobre direito processual penal [art. 22, I, da CB/88]. Direito já assegurado pelo art. 112, § 2º, da LOMAN [LC n. 35/75]. 12. Ação direta julgada parcialmente procedente” (ADI nº 2.938, Rel. Min. **Eros Grau** , Plenário, DJ de 9.12.2005).

E mais recentemente, no julgamento da ADI nº 5.949, de relatoria da Ministra **Cármem Lúcia** , o Supremo Tribunal entendeu que compete privativamente à União legislar sobre direito processual penal, **no qual se insere o regime jurídico das prisões** .

O julgado recebeu a ementa que segue transcrita:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI N. 7.917, DE 16.3.2018, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PERMANÊNCIA DE PRESO PROVISÓRIO EM UNIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO ESTADUAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, pela não complexidade da questão de direito em discussão e instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei n. 9.868/1999. Precedentes. 2. É competência privativa da União legislar sobre direito processual penal (inc. I do art. 22 da Constituição da República), no qual se insere o regime jurídico das prisões. Precedentes. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada

procedente para declarar inconstitucional a Lei nº 7.917, de 16.3.2018, do Estado do Rio de Janeiro.” (ADI nº 5.949, Rel.(a) Min.(a) **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, Dje 11/11/19)

In casu, não há que se falar em possível delegação por parte da União ao Conselho Superior de Magistratura do TJSP a autorizá-lo a legislar sobre a matéria, uma vez que a competência legislativa da União foi plenamente exercida, conforme se infere do art. 310 do Código de Processo Penal que, **ao tempo da edição da norma impugnada**, assim rezava:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011):

I – relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403/, 2011)

II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403/, 2011)

III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403/, 2011)

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob penal de revogação (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Como se observa, **não havia (e ainda não há) na lei processual, mesmo após as alterações introduzidas pela Lei nº 13.964, de 2019, qualquer proibição à conversão do auto de prisão em flagrante em diligência**. E, nesse sentir, é certo que o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a pretexto de disciplinar o bom funcionamento do plantão judiciário, **indevidamente, inovou em matéria processual penal**.

Apesar de louvável a preocupação do Tribunal de Justiça de São Paulo com a celeridade da deliberação judicial no auto de prisão em flagrante, visto que o que está em jogo ali é a liberdade de locomoção do cidadão preso em flagrante – um dos direitos fundamentais mais caros ao regime democrático e ao Estado de Direito –, os argumentos trazidos a lume em sua manifestação, **notadamente** no que diz respeito **à taxatividade dos provimentos judiciais a serem proferidos** em decorrência do exame do auto

de prisão em flagrante, **não resistem a um exame mais acurado da legislação.**

Numa leitura isolada do art. 310 do Código de Processo Penal, pode parecer que ao examinar o auto de prisão em flagrante, o juiz só tem três possibilidades: relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os respectivos requisitos e pressupostos; ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Penso, entretanto, que o citado dispositivo legal deve ser lido – e interpretado – sempre em conjunto com o art. 321 do CPP, cuja redação também foi modificada pela Lei nº 12.403, de 2011, e segundo o qual, por ocasião da deliberação acerca do auto de prisão em flagrante, estando ausentes os requisitos e os pressupostos indispensáveis ao decreto de prisão preventiva, deverá o juiz “ *conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código* ”.

Conforme leciona Renato Brasileiro de Lima,

“com o advento da Lei nº 12.403/11, a liberdade provisória já não se restringe mais àquela anteriormente concedida: com ou sem fiança. Para além da concessão (ou não) da fiança, é plenamente possível que o juiz aplique isolada ou cumulativamente as medidas cautelares diversas da prisão, desde que evidenciada sua necessidade para neutralizar uma das situações de perigo listadas no art. 282, I, do CPP. Supondo, assim, funcionário público flagrado na prática do crime de concussão, ao juiz é permitido conceder liberdade provisória com fiança, impondo, cumulativamente, a suspensão do exercício da função pública, nos termos do art. 319, VI, c/c art. 282, I, do CPP, desde que evidenciado que a manutenção do agente no exercício funcional daria ensejo à reiteração delituosa” (**Manual de Processo Penal: volume único**, 7ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: ed. JusPodivm, 2019, p. 983).

A grande inovação trazida pela Lei nº 12.403, de 2011, **pelo menos no tocante à prisão em flagrante**, foi reverter a construção jurisprudencial até então predominante no sentido de que, ao receber a comunicação do flagrante, a autoridade judiciária não estaria obrigada a fundamentar a manutenção da prisão, bastando que examinasse a regularidade formal do auto de prisão em flagrante. De acordo com esse entendimento, incumbia ao Juiz mero exame de legalidade. Mais nada. Eventual cabimento de

liberdade provisória só era analisado mediante pedido expresso da defesa. Contudo, com a superveniência da mencionada lei, além de apreciar a legalidade da prisão em flagrante, **o juiz passou a ter que se manifestar, expressa e obrigatoriamente, quanto à necessidade (ou não) de manutenção da prisão cautelar do agente.**

Outrossim, não se pode perder de vista que **o mundo real não raro nos surpreende com situações peculiares, excepcionais e inéditas** que, **num caso ou noutro**, podem justificar a conversão em diligência do auto de prisão em flagrante a fim de se averiguar – **sempre em regime de urgência e com parcimônia, dado o momento processual e os restritos poderes instrutórios do juiz nessa fase** – algum fato, informação e/ou documento **que venha a se revelar, diante das circunstâncias do caso concreto, de especial importância para a formação de sua convicção.**

Nesse contexto, creio que a possibilidade de ordenar diligências prévias, **caso assim entenda indispensável para a formação de sua convicção**, consiste em **prerrogativa inafastável** do magistrado, porque **consectária do princípio da independência judicial.**

Aqui, ao falar em independência judicial, refiro-me ao corolário do princípio constitucional da independência do Poder Judiciário a que Gomes Canotilho denominou **independência funcional**, considerando-a

“uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o **núcleo duro do princípio da independência**. Significa ela que **o juiz está apenas submetido à lei – ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas – no exercício da sua função jurisdicional**” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 617/618) - grifei.

E não é por outro motivo que o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, em 06 de agosto de 2008, preconizou que **o exercício da magistratura se norteia, dentre outros, pelo princípio da independência** (art. 1º), devendo “ *o magistrado primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do país*” (art. 2º) no exercício de sua atividade, “*de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana*” (art. 3º).

A independência judicial foi objeto de disciplina no Capítulo II do referido Código, nos seguintes termos:

“Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais.

Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos.

Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência.

Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária.”

Então, vista a questão sob essa perspectiva, penso que **a norma impugnada vulnera, diretamente, o princípio da independência funcional do juiz, motivo pelo qual está eivada também de vício material**.

Como é sabido, no controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir é aberta e a Suprema Corte não se vincula aos fundamentos jurídicos expostos na inicial, devendo verificar a compatibilidade da norma impugnada com todo o ordenamento constitucional vigente ao tempo da edição do ato questionado, e não apenas proceder ao cotejo dele com os parâmetros de controle apontados pelos requerentes (v.g, ADI nº 5.180-AgR, **de minha relatoria**, Tribunal Pleno, DJe de 1/6/21).

Por fim, registro que após o ajuizamento da presente ação, **sobreveio primeiramente a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça**, de 15 de novembro de 2015, **que determinou a realização de audiência de custódia** para apresentação de toda pessoa presa. No referido ato, além de examinar a legalidade da prisão, averiguando se houve abuso ou arbitrariedade dos agentes estatais responsáveis pela apreensão física do custodiado, deveria o juiz decidir a respeito da manutenção (ou não) da prisão cautelar.

Posteriormente, **a Lei nº 13.964, de 2019, introduziu no art. 310 do CPP a exigência da realização de audiência de custódia**, forçando os órgãos e Tribunais do Poder Judiciário a se adequarem definitivamente a essa nova realidade, inclusive criando condições e estrutura necessária.

Transcrevo, por oportuno, a redação vigente do art. 310 do CPP:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do

acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do , e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos , poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Fato é que **a audiência de custódia importou, para o Poder Judiciário, a necessidade de se adotarem novos fluxos procedimentais para o processamento do auto de prisão em flagrante, mormente em regime de plantão judiciário** , o que acaba por prejudicar, de certa forma, a preocupação do Presidente do Tribunal de São Paulo com a necessidade de deliberação judicial imediata nos casos de flagrante.

É dizer, sobretudo a partir da vigência da Lei nº 13.964, de 2019, **o magistrado competente para o exame do auto de prisão em flagrante, inclusive o plantonista, deve fazê-lo em prazo exíguo, no máximo até a audiência de custódia** (salvo impossibilidade devidamente justificada), oportunidade em que deverá, previamente, ouvir o custodiado e as partes, podendo esclarecer as dúvidas, além de receber e verificar os documentos que lhe forem apresentados.

A audiência de custódia e, mais propriamente, o contato pessoal e direto com o custodiado, bem como o debate com as partes auxiliam na formação da convicção do juiz. Entretanto, **ainda assim, em casos extremos e excepcionais, dadas as circunstâncias concretas**, o pronunciamento judicial definitivo acerca da manutenção (ou não) da prisão em caráter cautelar **pode não prescindir de diligências prévias a serem ordenadas pelo juiz**.

Isso **não significa**, ressalte-se bem, que se **possa admitir a indefinida e irrazoável postergação da decisão judicial** a respeito da manutenção (não) da privação de liberdade em caráter cautelar, mas sim que, **excepcionalmente**, havendo necessidade de se determinar diligências prévias para a formação da convicção judicial, o juiz competente, inclusive o plantonista, **deve decidir o quanto antes, ou seja, com a maior celeridade possível**.

Como já salientado, com a nova redação dada ao art. 310 do CPP pela Lei nº 13.964/19, essa decisão deve ser proferida, via de regra, em audiência de custódia a realizar-se “*no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão*”, respondendo a autoridade que der causa a seu atraso, “*sem motivação idônea*”, administrativa, civil e penalmente (CPP, art. 310, § 3º).

Ante o exposto, **julgo parcialmente procedente o pedido** formulado na presente ação direta para declarar a **inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em diligência”**, contida no art. 2º do Provimento nº 1.898/2001 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e reiterada no art. 1.133 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça, com redação dada pelo Provimento CG nº 28 /2019.

É como voto.