

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

Da legitimidade ativa

1. Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido da legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) para ajuizar ação de controle abstrato de constitucionalidade, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional com homogeneidade de representação e que congrega delegados das polícias federal, estadual e distrital. Assim, por exemplo:

“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DA LEI 15.301, DE 10 DE AGOSTO DE 2004, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA DE SUSPENSÃO PREVENTIVA A SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL, ASSIM QUE RECEBIDA DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE DETERMINADOS CRIMES. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (INCISOS LIV E LV DO ART. 5º DA CF).

1. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tem legitimidade para a propositura da ação direta, pois constitui entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de “todos os delegados de polícia de carreira do país, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses” (inciso IX do art. 103 da Constituição Federal). Presença do requisito da pertinência temática entre as finalidades da agremiação e o objeto da causa. (...)” (ADI n. 3.288, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, DJe 24.2.2011).

“ Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. (...)” (ADI n. 3.469, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28.2.2011).

“ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE --- ADEPOL. (...)”

1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior --- entidade de classe de âmbito

nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal. (...)” (ADI n. 4.009, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJe 29.5.2009).

Da aptidão da petição inicial

2. A Advocacia-Geral da União afirma que a ação direta não deveria ser conhecida, em razão da suposta da “ausência de impugnação de todo o conjunto normativo”.

Razão jurídica não lhe assiste no ponto.

O autor impugna nesta ação direta o § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, no qual se atribui à autoridade policial a competência para adotar as providências previstas no § 2º desse dispositivo legal caso ausente a autoridade judicial.

Na petição inicial, o autor alega que essas providências seriam de competência privativa da autoridade policial, não podendo ser conferidas à autoridade judicial.

Como o § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 não esclarece, de forma expressa, a competência para a realização dos atos nele previstos, mostra-se adequada a impugnação do § 3º, e não do § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006.

A afirmação da Advocacia-Geral da União de incoerência entre o fundamento do pedido e a conclusão pretendida pelo autor confunde-se com o mérito da ação direta.

Conheço da ação direta de inconstitucionalidade .

Do mérito

3. Na presente ação direta, questiona-se a validade do § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, pelo qual se dispõe sobre o procedimento dos processos por crimes relacionados a entorpecentes.

Como se sabe, embora no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 tenham sido criminalizados a posse de drogas e o plantio de plantas tóxicas para consumo pessoal, a prática desses delitos não enseja a aplicação de pena privativa de liberdade.

Nesse dispositivo legal, previu-se a submissão do agente às penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo:

“ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”.

4. No § 1º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, determinou-se a submissão dos processos penais relativos ao crime do art. 28 desse diploma legal ao procedimento previsto na Lei n. 9.099/1995, com algumas especificidades:

“ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais”.

No § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, vedou-se a imposição de prisão de flagrante para o crime previsto no art. 28, determinando-se o encaminhamento do agente ao juízo competente ou, na falta deste, seja firmado com ele compromisso de comparecimento em data futura, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários:

“ Art. 48. (...)

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”.

No § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, impugnado nesta ação direta, dispõe-se que, se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no

parágrafo anterior devem ser tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que estiver, sendo vedada a detenção do agente:

“ Art. 48. (...)

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente”.

Pela norma do § 4º do art. 48, dispõe-se que, finalizados os procedimentos previstos no § 2º, o agente deve ser submetido a exame de corpo de delito, se assim requerer ou se a autoridade policial entender conveniente, e, em seguida, ser liberado:

“ Art. 48. (...)

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado”.

5. Ao se determinar no § 2º do art. 48 que o agente da conduta tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 seja encaminhado ao juízo competente ou, na impossibilidade de fazê-lo, que seja firmado compromisso de a ele comparecer, não se especificou de forma expressa a que autoridade caberia a lavratura de termo circunstanciado e as requisições dos exames e perícias necessários.

Disposição semelhante à do § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 consta do art. 69 da Lei n. 9.099/1995, no qual se atribui expressamente à autoridade policial a competência para lavrar termo circunstanciado e encaminhar o agente ao Juizado:

“ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante,

nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima”.

A análise do sistema normativo conduz à compreensão de que a determinação do § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 também seria voltada à autoridade policial, à qual caberia encaminhar o autor ao juízo competente, lavrar termo circunstanciado e providenciar as requisições dos exames e perícias pertinentes.

No § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, contudo, dispõe-se que a autoridade policial deve tomar as providências previstas no § 2º “ *se ausente a autoridade judicial*”

É de se interpretar, portanto, que, presente a autoridade judicial, a ela caberia a adoção do procedimento do § 2º, até mesmo quanto à lavratura do termo circunstanciado.

6. Como anotado antes, as normas dos §§ 2º e 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 deram origem a duas interpretações. Pela primeira interpretação, as providências previstas no § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 deveriam ser adotadas pela autoridade policial, não pela autoridade judicial, vedando-se em qualquer caso a detenção do autor.

A intenção da regra posta no § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 seria enfatizar que as providências previstas no seu § 2º deveriam ser adotadas pela autoridade policial imediatamente, ainda que ausente a autoridade judicial, a impedir que sua ausência servisse de pretexto para a detenção do agente.

Segundo essa interpretação, caberia sempre à autoridade policial, não à judicial, a lavratura do termo circunstanciado e a requisição dos exames e perícias pertinentes.

Essa a interpretação defendida nas informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional:

“ (...) o que cuida a lei é de assegurar o seguinte procedimento: a) ao constatar, a autoridade policial, que o agente cometeu uma das ações descritas no caput, e nos parágrafos, do art. 28, após a lavratura do termo circunstanciado e de providenciar as requisições dos exames e perícias necessárias, encaminha-lo-á ao juízo competente, que, por sua vez, procederá a aplicação de qualquer das cominações previstas no corpo do mesmo artigo 28; b) se, porém, o juiz não estiver presente para a realização da audiência, então a autoridade policial tomará, do agente, o compromisso de que este comparecerá à audiência perante o juiz, e igualmente, não deixará de providenciar as requisições dos exames e das perícias necessárias, sem que se permita que mantenha o agente detido.

Portanto, em nenhum momento se vislumbra a transferência de atribuições de delegados para juízes como afirma a Autora. (...)”.

Também nesse sentido a manifestação da Advocacia-Geral da União:

“ Tem-se (...) que ambos os dispositivos – art. 69 da Lei nº 9.099/95 e art. 48, § 2º, da Lei nº 11.343/06 – prescrevem a adoção do mesmo procedimento, qual seja, a autoridade policial – e não a autoridade judicial, como entendeu a autora – deverá lavrar termo circunstanciado da ocorrência, que substitui o auto de prisão em flagrante, e providenciará, ato contínuo, as requisições dos exames periciais necessários.

A par de vedar a pena privativa de liberdade e a prisão em flagrante ao usuário de drogas, preocupou-se a lei em proibir, até mesmo, a sua detenção na delegacia de polícia diante da impossibilidade de ser encaminhado imediatamente ao Juizado Especial, determinando que a autoridade policial providencie com a urgência devida a lavratura do termo circunstanciado e a requisição dos exames e perícias necessários para, após, liberar o usuário.

Este é o sentido do § 3º do art. 48 da Lei nº 11.343/06, ao dispor que, ante a ausência da autoridade judicial, a autoridade policial deverá, imediatamente, lavrar o termo circunstanciado e requisitar os exames e perícias necessários, vedada a detenção do usuário.

Percebe-se, da interpretação sistemática do art. 48 da Lei nº 11.343/06, que a autora fez uma leitura equivocada de seus §§ 2º e 3º, o que motivou o ajuizamento da presente ação.

Não dispôs em nenhum momento o art. 48 da Lei nº 11.343/06 no sentido de que o magistrado é quem deverá lavrar o termo circunstanciado e requisitar exames e perícias. Ao veicular as expressões "lavrando-se termo circunstanciado" e "providenciando-se

as requisições dos exames e perícias necessários", a norma questionada não vinculou as ações descritas ao sujeito "juízo competente".

Nessa mesma linha, a Procuradoria-Geral da República opinou:

" 12. No que tange à presente ação, a insurgência se dirige contra o § 3º do art. 48 da mencionada lei, que, analisado juntamente com o § 2º do mesmo artigo, seria um exemplo de desarranjo legislativo.

13. É que a leitura do § 2º do art. 48 permitiria concluir que é a autoridade policial a incumbida de lavrar termo circunstanciado e de requisitar exames e perícias na hipótese de ocorrência de fato definido no art. 28 da mesma lei, relativo à posse de drogas para consumo pessoal, e que a análise posterior do § 3º do artigo estaria a desautorizar tal interpretação, dispondo, contrario sensu, que, em regra, é a autoridade judicial a responsável por tais providências.

14. Note-se, no entanto, que, apesar de a técnica legislativa não ter sido a melhor na espécie, dando ensejo, à primeira vista, a uma interpretação confusa dos dispositivos, não se pode asseverar que o impugnado § 3º do art. 48 infirma o teor do parágrafo antecedente, a ponto de cometer ao magistrado, ordinariamente, e não ao delegado de polícia, as tarefas mencionadas.

15. O que o § 3º do art. 48 dispõe, em verdade, é que, mesmo ausente a autoridade judicial, a lavratura do termo circunstanciado e a requisição dos exames e perícias deverão ser levadas a cabo de imediato pela autoridade policial, da mesma forma como esta procederia na hipótese de estar presente a autoridade judicial, caso em que, além dessas providências, o delegado de polícia haveria de lhe encaminhar o usuário de drogas, ao invés de tomar deste o compromisso de comparecimento.

16. Pretendeu o legislador reforçar a idéia de que, apesar de ausente a autoridade judicial, a imediatidade das providências atribuídas à autoridade policial se impõe, proibindo, no mesmo passo, que esta, a pretexto de tal ausência, detenha o usuário de drogas. Registre-se que o verbo deter não está empregado no sentido de prender, visto que a prisão em flagrante do usuário já foi proibida pelo § 2º do art. 48. A detenção pressupõe período curto de tempo em que a polícia tem em seu poder sujeito ativo de infração penal. E a vedação à detenção, expressa no § 3º do art. 48, está a corroborar a afirmação de que esse dispositivo destina-se a proibir a tardança das providências policiais em caso de ausência da autoridade judicial, já

que, ausente esta, obviamente não há como “o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente”, o que pressuporia também a imediatidade das providências policiais.

17. Em suma, a leitura do § 3º do art. 48 da novel Lei Antidrogas, em conjunto com a do parágrafo que o antecede, há de conduzir, portanto, à conclusão de que é a autoridade policial que tomará as providências nele descritas.

18. Essa interpretação, aliás, é a mais consentânea com o sistema pátrio de persecução penal, indo ao encontro inclusive do disposto no art. 69 da Lei 9.099/95, que tem propósito semelhante.

19. Diante do que expressado, a análise da hipótese vertente deve levar em conta a interpretação conjunta do comando do dispositivo sob censura com o do parágrafo que lhe é antecedente.

20. Portanto, há de se partir da premissa de que a norma atacada não conferiu aos magistrados a função de lavrar termo circunstanciado e de requisitar perícias e exames necessários por ocasião da prática, por usuário de drogas, das condutas previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006. Conferiu tais providências, isto sim, à autoridade policial. 21. Por isso, a análise a respeito da constitucionalidade do dispositivo impugnado fica prejudicada, já que o motivo do inconformismo da requerente parte de pressuposto diverso, ou seja, de que foi atribuída à autoridade judicial aquelas providências.

22. Não se há cogitar nem mesmo de interpretação conforme a Constituição Nacional, uma vez que o deslinde do tema passa primeiro pelo âmbito infraconstitucional, mediante interpretação da norma questionada com outra que nem sequer é objeto da ação”.

Esse é também o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, para quem:

“ Encontrado com droga, [o autor] deve ser levado à presença da autoridade policial, pois a esta caberá avaliar, em primeiro lugar, se é consumo pessoal ou tráfico. Entendendo tratar-se de consumo, deve ser lavrado termo circunstanciado, direcionando o usuário ao Juizado Especial Criminal, onde poderá, transacionando, receber advertência ou ser obrigado a cumprir prestação de serviço à comunidade ou frequentar cursos e programas educativos. Inexistindo JECRIM disponível na localidade ou no momento da detenção do agente, lavra-se termo circunstanciado e providencia-se os demais exames e perícias. O autor da infração, segundo a lei, deve assumir o compromisso de comparecer ao JECRIM, quando chamado. Porém, havendo recusa a fazê-lo, a autoridade policial nada pode fazer. Diversamente, no art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95, prevê-se a

possibilidade de lavratura de flagrante, caso tal compromisso seja desprezado” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas . 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 401).

7. Outra interpretação possível dos §§ 2º e 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 é a de que o autor da conduta do art. 28 desse diploma legal deveria ser encaminhado diretamente à autoridade judicial, à qual caberia a lavratura do termo circunstanciado, a requisição dos exames e perícias necessários.

Apenas quando ausente a autoridade judicial seria competência da autoridade policial adotar essas providências, vedada, em qualquer caso, a detenção do autor.

Essa interpretação é defendida por parte da doutrina. Para Luiz Flávio Gomes, o legislador optou pela apresentação do usuário de drogas diretamente à autoridade judicial por se tratar de questão de saúde pessoal e pública, da qual não deveria cuidar a autoridade policial:

“ [10] Envio do agente ao juízo competente

Normalmente, o agente que se encontra em posse de droga para consumo pessoal acaba sendo capturado por agente militar ou civil (ou federal). Dissemos normalmente porque, na verdade, qualquer pessoa (CPP, art. 301) está autorizada a proceder a essa captura (em flagrante).

Concretizada a captura do agente (e feita a apreensão da droga ou da planta tóxica) cabe ao condutor (pessoa que efetuou a captura) levar o autor do fato (imediatamente) ao juízo competente. Imediatamente significa sem demora, sem delongas, prontamente. Note-se que a lei autoriza essa condução coercitiva, por conseguinte, não há que se falar em delito contra a liberdade individual (de locomoção) do agente capturado.

A nova Lei de Drogas priorizou o “juízo competente”, em detrimento da autoridade policial. Ou seja: do usuário de droga não deve se ocupar a polícia (em regra). Esse assunto configura uma questão de saúde pessoal e pública, logo, não é um fato do qual deve cuidar a autoridade policial.

A lógica da Lei nova pressupõe Juizados (ou juízes) de plantão, vinte e quatro horas. Isso seria o ideal. Sabemos, entretanto, que na prática nem sempre haverá juiz (ou Juizado) de plantão. Conclusão:

na prática, o agente flagrado com drogas para consumo pessoal normalmente será apresentado para a autoridade policial, que vai lavrar o termo circunstanciado e liberar o agente capturado.

[11] *Falta ou ausência de autoridade judicial*

Na falta (ou ausência) de autoridade judicial (ou seja: não havendo juiz ou juizado de plantão), todas as providências que a ela compete serão tomadas pela autoridade policial (ver comentários ao § 3.º logo abaixo). (...)

[13] *Exames e perícias necessários*

Uma vez lavrado o termo circunstanciado (pela autoridade judicial ou autoridade policial) devem ser requisitados os exames e perícias necessários. (...)

[14] *Falta ou ausência da autoridade judicial*

Se não existe autoridade judicial de plantão, uma vez capturado o agente do fato (com drogas ou planta tóxica), será ele conduzido à presença da autoridade policial. Como já enfatizamos, quer a lei (como meta prioritária) que o usuário seja apresentado ao juízo competente. Não sendo possível, então o agente do fato será apresentado à autoridade policial, que tomará as providências indicadas no § 2.º. (...)” (GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Lei de Drogas comentada*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

César Dario Mariano da Silva também sustenta caber à autoridade judicial, se presente, a lavratura do termo circunstanciado e a requisição dos exames e perícias necessários:

“ Os crimes previstos no artigo 28 da Lei de Drogas não contemplam pena privativa de liberdade como sanção. Corolário lógico deste dispositivo é que não é possível a prisão em agrante do autor de um destes delitos. O autor do fato deverá ser imediatamente encaminhado ao juízo competente. É certo que, na prática, o agente dificilmente será encaminhado ao juiz, mas ao Delegado de Polícia, que será o responsável por tomar as medidas previstas no § 2º do art. 48. Sendo possível, tais medidas deverão ser adotadas pela autoridade judiciária. Assim, como é vedada a prisão em flagrante, a autoridade que tomar conhecimento do fato (judiciária ou policial) lavrará termo circunstanciado, no qual o autor do fato assumirá o compromisso de comparecer em juízo em dia determinado, ou a ser marcado, quando será posteriormente notificado. Também deverão ser requisitadas as perícias e os exames necessários, tal como o exame químico toxicológico do material apreendido para que possa ser demonstrada a materialidade do delito (art. 48, §§ 2º e 3º).

Concluídos os procedimentos já destacados, o autor do fato será submetido a exame de corpo de delito, caso o requeira, ou se a

autoridade policial entender conveniente. Em seguida, será liberado (art. 48, § 4º) ” (SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada . 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016. p. 183-184).

8. Essa segunda interpretação é a que mais se afina com a finalidade do disposto nos arts. 28 e 48 da Lei n. 11.343/2006, que é a despenalização do usuário de drogas, conforme reconhecido pelo Plenário deste Supremo Tribunal no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 430.105, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJe 27.4.2007).

Assim, pelo procedimento previsto nos §§ 2º a 4º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 e na Lei n. 9.099/1995, o autor do crime previsto no art. 28 daquele diploma legal deve preferencialmente ser encaminhado diretamente ao juízo competente, se disponível, para que ali ser lavrado termo circunstanciado e requisitados os exames e perícias que se mostrem necessários.

Com a determinação de encaminhamento imediato do usuário de drogas ao juízo competente, afasta-se qualquer possibilidade de que o usuário de drogas seja preso em flagrante ou detido indevidamente pela autoridade policial.

9. Na petição inicial, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil alega que o § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 seria inconstitucional por supostamente atribuir à autoridade judicial competências de polícia judiciária. Sustenta que a norma ofenderia os incs. LIV e LV do art. 5º, o art. 25 e os §§ 1º e 4º do art. 144, todos da Constituição da República.

É de se saber se a lavratura de termo circunstanciado e a requisição de exames e perícias constitui atividade de investigação, privativa da Polícia Federal e das polícias civis, ou se pode ser atribuída a outras autoridades.

Discussão análoga existe também quanto ao art. 69 da Lei n. 9.099/1995. Embora nessa norma se atribua expressamente à autoridade policial a lavratura do termo circunstanciado, há na doutrina entendimento no sentido da possibilidade de outras autoridades adotarem essa providência, inclusive o Poder Judiciário.

Essa é a orientação de Ada Pellerini Grinover, que enfatiza manifestação da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura nesse mesmo sentido:

“ Pode também acontecer que, ocorrido o fato, os interessados, ao invés de dirigirem-se à autoridade policial, busquem diretamente o atendimento do Juizado. Por isso mesmo, seria conveniente que a lei local previsse a presença de uma autoridade policial junto aos Juizados, para que o termo circunstanciado fosse ali lavrado. E nada impede, demais, que a lavratura do termo e a tomada das providências cabíveis sejam realizadas pela própria secretaria do Juizado.

Exatamente nesse sentido, a Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura, encarregada de formular as primeiras conclusões sobre a interpretação da lei (v. n. 13 das considerações introdutórias à Seção), apresentou a seguinte:

Nona Conclusão: “A expressão autoridade policial referida no art. 69 compreende todas as autoridades reconhecidas por lei, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências devidas no referido artigo” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995 . 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 118).

E Damásio de Jesus enfatiza:

“ Muitas razões de ordem prática aconselham a condução imediata ao Juizado Especial: a) o prejuízo para o policiamento ostensivo, pois haveria duplo deslocamento da viatura, com desnecessária perda de tempo; b) o acúmulo injustificado de serviço para a repartição policial, contrariando o espírito e a finalidade da lei; c) a valorização do trabalho dos Delegados de Polícia, que atualmente consomem a maior parte de seu tempo instruindo inquéritos policiais de delitos de diminuta significância social; d) a criação de transtornos injustificados para as partes e as testemunhas, com retardamento da solução do problema; e) a inequívoca ofensa aos princípios da celeridade, informalidade e economia processual. Entendemos, portanto, que, para os fins específicos do disposto no art. 69 da Lei n. 9.099/95, a expressão “autoridade policial” significa qualquer agente público regularmente investido na função de policiamento preventivo ou de polícia judiciária. Ao lado dessa interpretação teleológica, o método literal de hermenêutica conduz a idêntico posicionamento. (...)

A conclusão coincide com a da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, sob

coordenação da Escola Nacional da Magistratura e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira. A 9ª conclusão indica que “a expressão autoridade policial, referida no art. 69, compreende quem se encontra investido em função policial, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências previstas no referido artigo” . Do mesmo teor foi a conclusão do Colégio Permanente de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, reunido em Vitória-ES, de 19 a 20 de outubro de 1995: “pela expressão autoridade policial se entende qualquer agente policial, sem prejuízo da parte ou ofendido levar o fato diretamente a conhecimento do Juizado Especial” (JESUS, Damásio E. *Lei dos Juizados Especiais criminais anotada* . 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-55).

10. Os §§ 2º e 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 não atribuíram ao órgão judicial competências de polícia judiciária, pois a lavratura de termo circunstanciado de ocorrência não configura ato de investigação.

Embora substitua o inquérito policial como principal peça informativa dos processos penais que tramitam nos juizados especiais, o termo circunstanciado não é procedimento investigativo. Na dicção de Ada Pellegrini Grinover, “ o termo circunstanciado (...) nada mais é do que um boletim de ocorrência mais detalhado ” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995* . 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 118 – grifos nossos).

No mesmo sentido é a lição de Gustavo Badaró, para quem “ *o termo circunstanciado tem o conteúdo de um boletim de ocorrência mais elaborado (...)* ” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal* . 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019).

Damásio de Jesus preleciona inexistir, na lavratura do termo circunstanciado, função investigatória ou atividade de polícia judiciária:

“ É inequívoco que o legislador, ao tratar do inquérito policial no Código de Processo, empregou a expressão “autoridade policial” para designar os agentes públicos com poderes administrativos para a presidência do inquérito, lavratura de auto de prisão em flagrante, requisições de exames periciais, audiência de testemunhas, interrogatório do indiciado, reconhecimento de pessoas e coisas etc.

Qual a razão? Ocorre que o inquérito policial constitui um procedimento público e oficial, embora dispensável, cuja função é a de fornecer elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia ou queixa. A função de polícia judiciária, que compreende toda a investigação e produção extrajudicial de provas, é conduzida por Delegado de Polícia de carreira e não policial militar. No caso da Lei n. 9.099, contudo, não existe função investigatória nem atividade de polícia judiciária. A lei, em momento algum, conferiu exclusividade da lavratura do termo circunstanciado às autoridades policiais, em sentido estrito. Trata-se de um breve, embora circunstanciado, registro oficial da ocorrência, sem qualquer necessidade de tipificação legal do fato, bastando a probabilidade de que constitua alguma infração penal” (JESUS, Damásio E. Lei dos Juizados Especiais criminais anotada . 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53-54).

11. Não se desconhece o julgamento pelo Plenário deste Supremo Tribunal da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614 (Relator o Ministro Gilmar Mendes, tendo sido designada redatora para o acórdão, DJe 23.11.2007), ajuizada contra o Decreto n. 1.557/2003 do Paraná, pelo qual se atribuía a subtenentes e sargentos da Polícia Militar a lavratura de termo circunstanciado nos Municípios que não contassem com servidor de carreira para o desempenho das funções de Delegado de Polícia.

Então, este Supremo Tribunal julgou procedente o pedido:

“ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DECRETO N. 1.557 /2003 DO ESTADO DO PARANÁ, QUE ATRIBUI A SUBTENENTES OU SARGENTOS COMBATENTES O ATENDIMENTO NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA, NOS MUNICÍPIOS QUE NÃO DISPÕEM DE SERVIDOR DE CARREIRA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE DELEGADO DE POLÍCIA. DESVIO DE FUNÇÃO. OFENSA AO ART. 144, CAPUT, INC. IV E V E §§ 4º E 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE”.

Seguindo essa orientação, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Amazonas pelo qual reconhecida a inconstitucionalidade de norma estadual que atribuía à Polícia Militar a lavratura de termo circunstanciado, sob o entendimento de se tratar de função de polícia judiciária:

“ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. SERVIÇO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. ATRIBUIÇÃO PARA LAVRAR TERMO CIRCUNSTANCIADO. LEI 9.099/95. ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPREMO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)

3. O controle de constitucionalidade da Lei nº 3.514/10 foi realizado pelo Colegiado a quo tendo como parâmetro as normas dos artigos 115 e 116 da Constituição do Estado do Amazonas que, por sua vez, repetem as regras estabelecidas no artigo 144 da Constituição Federal, razão porque não há se falar em ilegalidade, mas sim em inconstitucionalidade.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento” (RE n. 702.617-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 21.3.2013).

Entretanto, como decidi ao negar seguimento à Reclamação n. 6.612, de minha relatoria (DJe 6.3.2009), tenho que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.614, este Supremo Tribunal não definiu a lavratura de termo circunstanciado como ato de polícia judiciária. Ao apreciar aquela reclamação enfatizei o seguinte:

“ Nesse julgamento, mesmo que tenha havido incursões dos julgadores sobre o fato de policiais militares lavrarem termo circunstanciado de ocorrência, não foi esse, definitivamente, o foco do debate, menos ainda o sentido da decisão final. Decidiu-se, isto sim, em sentido impeditivo porque inconstitucional, que policiais militares atendessem nas delegacias de polícia em substituição aos delegados civis. Não se aprofundou qualquer debate sobre a ontologia, a natureza e conseqüências jurídicas de um termo de ocorrência circunstanciado, tudo como sói acontecer num processo objetivo de inconstitucionalidade. A questão da lavratura dos termos circunstanciados foi, naquele caso, meramente circunstancial – consentindo-me a um jogo de palavras; não se discutiu sobre a lavratura do termo, mas sobre o exercício de função distinta da eminente ou tipicamente militar, e de maneira lata.

Cumpre ainda que se divise, no entanto, se o ato de lavrar um termo circunstanciado se limita à formalização de um relato devido por praça que atenda a um chamado do cidadão, ou se se dá em um ato mais elaborado, a “tomar lugar jurídico de delegado de polícia”, envolvendo um juízo jurídico de avaliação (técnica), como mesmo reconhecido pelo Ministro Cezar Peluso em seu voto na Ação Direta

da Inconstitucionalidade nº 3.614/PR. Na mesma assentada consta o registro do Ministro Gilmar Mendes (vencido na ocasião), remetendo-se ao voto do Ministro Celso de Melo, em que destaca algo que para o caso agora apreciado muito interessa:

“ (...)

Por outro lado, a própria expressão ‘termo circunstanciado’ remete, como agora destacado pelo Ministro Celso de Melo, à Lei n. 9.099, que, na verdade, não é função primacial da autoridade policial civil. A doutrina registra que essa é uma função que pode ser exercida por qualquer autoridade policial.

(...)”

Assim, a leitura dos termos do acórdão paradigma trazido como desrespeitado pelo Provimento nº 13/2008, da Corregedoria de Justiça de Sergipe, conduz-nos a concluir pela inegável inadequação da via eleita e da pretensão da Reclamante.

A matéria particular e especialmente posta da lavratura de termo de ocorrência circunstanciado por policial militar não foi objeto de análise específica pelo Supremo Tribunal na Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 3.614/PR, de modo a que seja conclamado este Tribunal a contemplá-la com força vinculante por constar, como fundamento, daquele mesmo julgado. Foi observada a questão, mas em passant, e daí a falta de identidade material”.

O entendimento de que a lavratura de termo circunstanciado não configura atividade investigativa e, portanto, não é função privativa de polícia judiciária não contraria jurisprudência assentada deste Supremo Tribunal Federal.

12. Considerando-se que o termo circunstanciado não é procedimento investigativo, mas peça informativa com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato, deve-se reconhecer que a possibilidade de sua lavratura pelo órgão judiciário não ofende os §§ 1º e 4º do art. 144 da Constituição, nem interfere na imparcialidade do julgador.

As normas dos §§ 2º e 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006 foram editadas em benefício do usuário de drogas, visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial.

Assim, havendo disponibilidade do juízo competente, o autor do crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 deve ser até ele encaminhado imediatamente, para lavratura do termo circunstanciado e requisição dos exames e perícias necessários.

Se não houver disponibilidade do juízo competente, deve o autor ser encaminhado à autoridade policial, que então adotará as providências previstas no § 2º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006.

Não há, pois, incompatibilidade entre o disposto na norma questionada e no sistema normativo constitucional.

13. Pelo exposto, julgo improcedente o pedido .

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/06/2020 00:00