

CONSULTA: Decisão na ADI 3807

A Presidente da AMB, Dra. Renata Gil de Alcantara Videira, solicitou-nos parecer sobre o questionamento que tem sido apresentado por Delegados de todo o território brasileiro a respeito da conduta a ser observada pelos Juízos Criminais após a decisão do STF na ADI n. 3807.

Parecer

Para melhor compreensão da questão, transcrevemos um Ofício encaminhado pelo Delegado-Geral da Polícia Civil de Mato Grosso do Sul ao Presidente do Tribunal de Justiça daquele estado:

Excelentíssimo Senhor Desembargador,

*Considerando o recente julgado prolatado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade de m. 3807, o qual deliberou que **termo circunstanciado de ocorrência não é procedimento investigativo, mas peça informativa com descrição detalhada do fato** e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato;*

Considerando que a referida decisão ainda vaticinou que termo circunstanciado não é função privativa de polícia judiciária, de modo a inexistir risco à imparcialidade do julgador;

*Considerando ainda que o aludido “decisum” da Suprema Corte deliberou com força vinculante, que Autoridade Policial pode lavrar Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) e requisitar exames e perícias em caso de flagrante em caso de uso e posse de entorpecentes para consumo próprio, **desde que ausente a Autoridade Judiciária;***

Considerando a expedição, pela ADEPOL do Brasil e pela FENDEPOL, de recomendação conjunta de medidas a serem adotadas nos casos de posse de drogas com base no julgado prolatado na ADI n. 3807 (cópia em anexo).

*Venho através do presente, solicitar orientação junto a esse Egrégio Tribunal de Justiça, a respeito das medidas e rotinas de Polícia Judiciária a serem adotadas doravante, após exarada a referida decisão do STF na ADI n. 3807, mormente em se considerando que já fora publicada **escala de Juízes de Direito para responderem pelo plantão criminal** (Portara de n. 04/2020 da Direção do Foro de Campo Grande/MS), de modo a não restarem quaisquer margens de possibilidade de não acolhimento integral da ordem emanada pela Suprema Corte de nosso país.*

A partir dos considerandos apontados, têm as autoridades policiais concluído que o STF teria decidido no sentido de que a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência e as requisições de exame e periciais em caso de flagrante da referida lei (uso e posse de entorpecentes para consumo próprio) teriam passado a ser necessariamente da autoridade judiciária, quando ela não estiver “ausente”.

Tal conclusão, como se vê do texto do referido ofício, decorreria ainda de uma “recomendação” da ADEPOL e do FENDEPOL, que resultaria na necessidade de haver uma alteração de procedimento por parte das autoridades policiais e judiciais, porque, agora, os termos circunstanciados de ocorrência (de posse e uso de tóxicos) passariam a ser lavrados necessariamente pela autoridade judicial. Afinal, tendo plantão, não se poderia cogitar de “ausência” da autoridade judicial para justificar a atuação da autoridade policial.

Com a ressalva do devido respeito, a compreensão das autoridades policiais está equivocada.

Basta ver que o Supremo Tribunal Federal julgou a ação improcedente e ao fazê-lo não conferiu uma interpretação determinada, como faz quando julga procedente uma ação dessa natureza.

É dizer: o texto legal que foi impugnado pela ADI n. 3807 permaneceu incólume. O STF não operou qualquer alteração na interpretação da norma, porque julgou o pedido improcedente.

A improcedência da ação resulta na reafirmação da validade do texto legal, que vinha sendo observado pelas autoridades policiais e judiciais desde a publicação da lei.

Com efeito, a Lei n. 11.343/2006 está vigendo há quase 14 anos, e especialmente a norma impugnada, a despeito de possuir um texto considerado de técnica legislativa questionável, tem sido observada pelas autoridades policiais e judiciais desde então.

Conquanto a autora da ADI n. 3807 tenha questionando apenas o § 3º do art. 48 da Lei n. 11.343/2006, convém a leitura da integralidade do artigo e de seus parágrafos para melhor compreensão do que nela está contido:

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 n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.***

*§ 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.***

*§ 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.*

§ 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.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei n. 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

O que está previsto na primeira parte do § 2º do art. 48 é a determinação de encaminhamento do autor do ilícito ao Juiz competente OU, na falta deste (do juiz competente), a assumpção de compromisso por parte do autor do ilícito para comparecer ao juízo.

A falta do juiz competente deve ser compreendida não apenas de ausência, mas de impossibilidade de realização da audiência preliminar.

Nessas hipóteses é que se daria a assumpção de compromisso de comparecimento à autoridade judiciária pelo autor do ilícito.

Já na parte final do dispositivo, consta a expressão pertinente à lavratura do termo circunstanciado: *“lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários”*.

Compreendem a Associação e o Sindicato de Delegados que a previsão de lavratura do termo circunstanciado da ocorrência, logo após a previsão de encaminhamento do autor do ilícito à autoridade judicial, implicaria dizer que o termo circunstanciado de ocorrência deveria ser realizado pela autoridade judicial.

Com a ressalva do devido respeito, não parece haver a vinculação pretendida pelas autoridades policiais entre esses atos.

A necessidade de apresentação imediata do autor do ilícito à autoridade judicial -- vedada a prisão -- não pressupõe o dever de a autoridade judicial ter de promover a lavratura do termo circunstanciado da ocorrência ou de determinar a realização de exames e perícias, mas sim a de que a autoridade judicial deveria realizar a audiência preliminar.

A lavratura do termo circunstanciado da ocorrência seria, assim, uma faculdade para a autoridade judicial, especialmente quando pudesse realizar desde logo a audiência preliminar.

Não havendo essa possibilidade, a autoridade policial é que deve lavrar o termo circunstanciado da ocorrência.

A norma contida no § 3º ao se reportar ao § 2º deve ser compreendida como a faculdade de a autoridade policial poder realizar aqueles procedimentos -- exames e periciais -- SEM que o autor do ilícito tenha sido apresentado à autoridade judicial, vale dizer, na hipótese em que ela tenha assumido o compromisso de se apresentar posteriormente à autoridade judicial.

Quando, porém, a autoridade policial apresenta o autor do ilícito à autoridade judicial de forma imediata, deve, em princípio, fazê-lo com o Termo Circunstanciado da Ocorrência e a indicação dos Exames e Perícias que deverão ser realizados.

Até porque, no § 1º do art. 48 da Lei n. 11.393/2006 consta a determinação de observância do art. 60 e seguintes da Lei n. 9.099/96.

E a norma do art. 69 é expressa no sentido de atribuir à autoridade policial o múnus de lavrar o “termo circunstanciado”:

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.

Da mesma forma, a norma do § único do art. 69 também é clara ao afirmar que “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”.

A Lei n. 11.639/2006 não alterou a disciplina do art. 69 da Lei n. 9.099/96 e não excepcionou do seu campo de aplicação os ilícitos do seu artigo 28 (posse e uso de tóxicos).

Permaneceu intocada a determinação de que o termo circunstanciado será elaborado pela autoridade policial para que o autor do ato ilícito seja encaminhado imediatamente a autoridade judicial ou assumir o compromisso de nele comparecer.

A leitura dos dispositivos não permite a interpretação de ter sido imposto à autoridade judiciária a obrigação de promover a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência ou de fazer as requisições dos exames e perícias necessárias.

A correta interpretação da decisão do STF -- ao recusar a imputação e inconstitucionalidade -- há de ser no sentido de que a autoridade judicial “pode” realizar aqueles procedimentos, quando o autor do ilícito for encaminhado diretamente a ela.

Não há a imposição de lavratura do termo circunstanciado da ocorrência pela autoridade judicial.

Veja-se, inicialmente, trechos do voto da relatora, Min. Carmen Lúcia, que recusa a hipótese de considerar a lavratura do Termo circunstanciado de ocorrerem como ato da competência exclusiva da autoridade policial, para considerá-lo passível de ser feito também pela autoridade judicial:

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:

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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:

(...)

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:

(...)

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.

(...)

A conclusão da relatora foi clara, no sentido de reconhecer a POSSIBILIDADE da lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pela autoridade judiciária:

*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.

Os votos vogais acompanharam a relatora, mas fizeram algumas ressalvas, como o Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “em regra, quem lavrará o termo circunstanciado é a autoridade policial e o encaminhamento ao juízo competente tem a finalidade de possibilitar a realização imediata da audiência preliminar”:

Nos termos do § 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”. Ou seja, o imputado deve, preferencialmente, ser encaminhado ao juízo competente, pois lá, nos termos dos arts. 69 e 70 da Lei 9.099/95, seria imediatamente realizada audiência preliminar com o objetivo de resolver a questão de modo célere, especialmente a partir dos mecanismos consensuais previsto nessa legislação.

Se não houver juízo competente disponível (para a realização da audiência preliminar), a autoridade que realizou a prisão (em regra, policial) deverá lavrar o termo circunstanciado e tomar as demais medidas cabíveis.

Portanto, em regra, quem lavrará o termo circunstanciado é a autoridade policial e o encaminhamento ao juízo competente tem a finalidade de possibilitar a realização imediata da audiência preliminar, nos termos dos arts. 69 e 70 da Lei 9.099/95.

Assim, sem dúvidas pode-se afirmar que a lavratura do termo circunstanciado pela autoridade judicial, se aceita, é medida excepcional (pouco corriqueira na prática) e não uma regra ou uma medida preferencial em relação à atuação da autoridade policial para tanto.

Da mesma forma ressalvou o Min. Roberto Barroso ao acompanhar o Min. Gilmar Mendes:

“3. Acompanho a relatora, com a ressalva de que *não há, do ponto de vista constitucional, ordem de preferência na lavratura do termo circunstanciado.*

4. A mera lavratura do termo circunstanciado em juízo não torna o magistrado um inquisidor. Tampouco viola a garantia de imparcialidade. Quando lavra o termo, a autoridade não emite nenhum juízo de valor sobre as narrativas apresentadas. Nenhum tipo de prejulgamento é feito pelo Juiz. Assim, embora boa parte do sistema acusatório decorra das garantias constitucionais, a Constituição Federal não impõe um sistema acusatório puro. A separação entre investigação e julgamento deve ser enxergada à luz de seu propósito. O afastamento do Juiz da fase investigativa serve para evitar que a causa seja julgada por quem que já se decidiu a respeito dela. Nada disso é colocado em risco pelo dispositivo sob exame. O caso é, portanto, de improcedência. O dispositivo é constitucional, conforme bastante bem fundamentado pela relatora em seu voto.

5. É crucial ressaltar, entretanto, que o termo circunstanciado pode ser lavrado igualmente pela autoridade judicial ou pela autoridade policial. Do ponto de vista estritamente constitucional, não há nem mesmo uma “preferência” para a lavratura em juízo (a qual, a propósito, é bastante rara na prática). A lavratura do termo circunstanciado pode dar-se igualmente em juízo ou perante a autoridade policial, sem que caiba ao Supremo Tribunal Federal fixar uma primazia entre ambas. 6. É como voto.”

Como se pode depreender, a leitura dos dispositivos legais, assim como dos votos proferidos no STF, não permite a interpretação de ter sido imposto à autoridade judiciária a obrigação de promover a lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência ou de fazer as requisições dos exames e perícias necessárias, como estão sustentando as entidades corporativas policiais.

E o fato de o STF ter registrado que a prática comum, de observância da lei, é de lavratura do termo circunstanciado da ocorrência pela autoridade policial, sendo apenas possível a realização pela autoridade judicial -- quando o autor do ilícito é levado a ela para realização da audiência preliminar - resta evidenciada a **desnecessidade de as autoridades policiais e judiciais terem de promover alguma alteração** no procedimento que sempre adotaram.

* * *

Diante do exposto, opinamos no sentido de que os Tribunais respondam às autoridades policiais no sentido de que **não houve qualquer mudança na legislação** ou de **interpretação sobre a legislação vigente** em razão da decisão proferida pelo STF, motivo pelo qual o Termo Circunstanciado de Ocorrência deve continuar sendo lavrado perante a autoridade policial, sem prejuízo de, excepcionalmente, poder ser feito perante a autoridade judicial na audiência preliminar.

Os juízes podem exigir, portanto, quando da apresentação do autor do ilícito no Juizado Especial Criminal, o Termo Circunstanciado da Ocorrência OU, querendo, podem deixar para vir a ser lavrado na audiência preliminar prevista no art. 69 da Lei n. 9.099.

Essa resposta ou a não alteração do procedimento atualmente adotado poderá fazer com que as autoras da ADI venham, eventualmente, questionar no STF o suposto descumprimento da decisão proferida na ADI.

S isso ocorrer, será a oportunidade de os Tribunais e a AMB atuarem, para obter do STF o pronunciamento no sentido de que a faculdade prevista na lei, para que o Termo Circunstanciado de Ocorrência seja lavrado pela autoridade judicial, constitua matéria a ser dirimida pelos Juízos Criminais e Tribunais de Justiça, uma vez que envolve juízo de interpretação da lei e não de constitucionalidade da lei.

Esse é o nosso parecer, s.m.j.

Brasília, 17 de julho de 2020.



Alberto Pavie Ribeiro
OAB-DF, nº 7.077

(AMB-Parecer-ADI-3807)