

Rômulo Moreira: Juiz não é polícia!

No dia 10 de outubro de 2006, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil propôs uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº. 3807) questionando a validade do §3º do artigo 48 da Lei nº. 11.343/06 (Lei de Drogas). Nessa ação, alegou-se ofensa ao princípio do devido processo legal, pois o dispositivo legal indicado autoriza o juiz a *"adotar providências no âmbito do procedimento sumaríssimo denominado termo circunstanciado, inclusive, com as requisições dos exames periciais necessários"*, conferindo-lhe, por conseguinte, *"poderes inquisitivos, com violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa"*, além de usurpar as atribuições constitucionais das Polícias Federal e



Assim, pediu-se que fosse declarada a inconstitucionalidade

do citado §3º, ou que se lhe fosse dada uma interpretação conforme a Constituição Federal, impedindo, de toda maneira, que o juiz se imiscuísse numa fase eminentemente de natureza policial/investigatória, como se uma autoridade policial fosse.

Quase 14 anos depois, finalmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão virtual encerrada em 26 de junho, por maioria, julgando improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, decidiu *"que a autoridade policial pode lavrar termo circunstanciado de ocorrência e requisitar exames e perícias em caso de flagrante de uso ou posse de entorpecentes para consumo próprio, desde que ausente a autoridade judicial"*.

Segundo o voto da relatora, ministra Cármen Lucia, *"com o §3º do artigo 48 da Lei de Drogas, a autoridade policial, em relação a quem adquirir, guardar ou transportar droga para consumo pessoal, pode lavrar o flagrante e tomar as providências previstas na lei se ausente a autoridade judicial"*.

Assim, *"presume-se que, presente a autoridade judicial, cabe a ela a adoção dos procedimentos, até mesmo quanto à lavratura do termo circunstanciado"*, estando vedada, em qualquer caso, a detenção do autor, sendo esta a interpretação que melhor *"se amolda à finalidade dos dispositivos, que é a despenalização do usuário de drogas"* (grifo do autor).

Neste mesmo voto, consigna-se que o dispositivo legal questionado foi editado *"em benefício do usuário de drogas, visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial"*.

Ademais, *"o dispositivo não atribuiu ao órgão judicial competências de polícia judiciária, pois a lavratura de TCO não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato"*.

No julgamento virtual, os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes acompanharam a relatora, com a ressalva de que, *"do ponto de vista constitucional, a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pela autoridade judicial não é medida preferencial em relação à atuação da autoridade policial, mas, na prática, medida excepcional"*.

Único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do pedido e pela inconstitucionalidade da norma, pois *"a lavratura do termo circunstanciado compreende atividade investigatória privativa dos delegados de polícia judiciária, e delegá-la a outra autoridade viola a repartição de competências prevista na Constituição Federal"*.

Pois bem.

Vejamos o erro dessa decisão (e o acerto do voto vencido), antes, porém, transcrevendo todo o artigo 48 da Lei de Drogas, para uma melhor compreensão:

"Artigo 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 artigo 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos artigos 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos [artigos 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#), que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§2º. Tratando-se da conduta prevista no artigo 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 [\[1\]](#).

*§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 [artigo 76 da Lei nº 9.099, de 1995](#), que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no artigo 28 desta Lei, a ser especificada na proposta". (grifos do autor).

Note-se que este mesmo procedimento já está previsto em nossa legislação desde a promulgação da Lei nº. 9.099/95, senão vejamos:

"Artigo 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".

Vê-se, portanto, que a nossa legislação já prevê, sempre com a aprovação da Suprema Corte, igual procedimento quando se tratar de suposta prática de uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Neste aspecto, nada de novo!

Novidade é admitir, como fez a Suprema Corte, a validade constitucional de uma lei que confere ao magistrado a competência para exercer uma função de natureza tipicamente policial, como é a lavratura de um termo circunstanciado de ocorrência, que se trata, afinal de contas, de uma peça informativa (e de natureza investigatória, sem dúvidas!) na qual se relata a (suposta) prática de uma infração penal.

Se o objetivo, como consta do voto da relatora, é afastar o eventual "usuário de drogas" do ambiente policial, deveria a Suprema Corte descriminalizar definitivamente a conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas (e não insistir numa despenalização inócua e ainda mais geradora de estigmatização), o que — isso, sim! — evitaria até mesmo a condução coercitiva do suposto autor do fato (encontrado em estado de flagrante) a uma delegacia de polícia ou ao Juizado Especial Criminal, como ocorre hoje, e continuará acontecendo enquanto não se julgar o Recurso Extraordinário nº 635659, em trâmite na Suprema Corte desde 2011, e até hoje sem nenhuma previsão para julgamento [\[2\]](#).

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal ignora o princípio acusatório, como já o houvera feito — há pouco tempo — em relação ao inquérito das *fake news* [\[3\]](#). É indubitoso, desde o ponto de vista do sistema acusatório e, consequentemente, do princípio acusatório, não ser possível transferir para a autoridade judiciária uma função tipicamente policial [\[4\]](#).

Dizer que a lavratura do termo circunstanciado de ocorrência "*não configura ato de investigação, mas peça informativa, com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato*", além de não dizer nada, apenas reforça a tese de que o juiz não poderia lavrá-lo, afinal, convenhamos que não é uma atividade jurisdicional a confecção de uma peça informativa de natureza criminal que, afinal, pode até vir a sustentar uma transação penal ou mesmo uma peça acusatória formulada pelo Ministério Público, quando, então, teremos o supremo absurdo de um juiz produzir um

material fático apto a fundamentar a hipótese acusatória do órgão acusador.

Mutatis mutandis, é como se voltássemos no tempo e revivêssemos a velha e tosca ação civil *ex delicto*, ainda hoje uma norma vigente no artigo 26 do Código de Processo Penal, nada obstante sem validade alguma à luz do artigo 129, I, da Constituição da República [5]. Tampouco convence a justificativa de que se evitaria a prisão do usuário, pois esta vedação está expressamente prevista na mesma lei.

Aqui, importante repetir: fundamental é a descriminalização da conduta, único caminho para evitar a condução do usuário para uma agência estatal de repressão, seja uma delegacia de Polícia, seja o Juizado Especial Criminal. Em ambos os casos, nada obstante mudar a figura do opressor, a censura é a mesma, e o prejuízo também

Agora, doravante, além de poder instaurar *ex officio* inquérito para apurar infração penal (como decidiu o próprio STF no caso das *fake news*), pode também o juiz brasileiro, como se de uma autoridade policial se tratasse, proceder à lavratura de termo circunstanciado de ocorrência.

Definitivamente, estão querendo transformar o juiz brasileiro naquele mesmo rinoceronte de Ionesco, o genial dramaturgo do teatro do absurdo. Nesta peça, além de uma grande sátira ao nazismo (como se mostrou depois), Ionesco critica também *"o conformismo, que, criando condições de submissão a uma ordem absurda, transforma os homens em verdadeiros títeres"*.

Lá, na cidade dos rinocerontes, *"por comodismo, por inércia, por interesse, os conformados seguem passivamente a manada, mansos e anônimos, renunciando àquilo que neles é mais essencial e elevado: o pensamento"* [6].

[1] O artigo 28 da Lei de Drogas estabelece como autor de uma infração penal "quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", além de 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".

[2] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/alexandre-moraes-libera-voto-re-posse-drogas>. Acesso em 14 de julho de 2020.

[3] Sobre o assunto veja aqui o que escrevemos: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/rosa-moreira-invalidade-investigacao-oficio-stf>. Acesso em 14 de julho de 2020. Observa-se também que o ministro Luiz Fux suspendeu a eficácia do novo artigo 3º.-A, do CPP, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

[4] Por todos, faço referência ao professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que há décadas adverte acerca da necessidade de mudança da mentalidade inquisitória do nosso processo penal. Aqui, por exemplo: <https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>. Acesso em 14 de julho de 2020.

[5] Esta ação estava prevista também na Lei nº. 4.611/65, revogada justamente pela Lei nº. 9.099/95.

[6] IONESCO, Eugène. *O Rinoceronte*. São Paulo: Abril Cultural, 1976, p. XVIII (da apresentação da obra).

Date Created

20/07/2020