



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

CONCLUSÃO

Em 14 de agosto de 2020, faço estes autos conclusos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador RICARDO ANAFE, **CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA**.

Trata-se de expediente instaurado após o recebimento pela Presidência do Tribunal de Justiça do Ofício Circular nº 127/2020 da Presidência da Associação dos Magistrado Brasileiros AMB encaminhando o parecer relativo ao julgamento da AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 3.807 por intermédio da qual a ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL sustentava a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 48 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, sob alegação de que referido dispositivo atribuiria atividade privativa de Delegado de Polícia à autoridade judicial e também em virtude de questionamentos que surgiram sobre a lavratura do Termo Circunstanciado.

Passo a decidir.

Esta é a redação do artigo 48 da Lei nº 11.343/06:

“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.”

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

§ 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.

§ 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 nº 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.”

A ADI foi julgada improcedente com acórdão publicado em 13 de

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

agosto p.p..

Diante dos questionamentos que surgiram sobre o alcance do decidido pelo E. STF conveniente a transcrição de trechos do voto da Ministra Relatora.

“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 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

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

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.

(...)

*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”. (sem grifos no original).

Resta saber então qual o alcance do recente julgado e definir se deverá haver alteração de procedimento no estado de São Paulo no que concerne às detenções e lavraturas de Termos Circunstanciados nos termos do artigo 48 e seguintes da Lei nº 11.343/06. E a resposta é negativa.

A Exma. Ministra Relatora estabelece em seu voto que a apresentação do autor do crime será feita imediatamente ao juízo competente apenas havendo disponibilidade deste. Deve-se entender disponibilidade em seu aspecto

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

amplo e não apenas presença física.

O alcance do mandamento não pode conduzir a interpretações equivocadas que longe de solucionar a questão mais entraves e desencontros causam.

Como assentado no voto o escopo da lei é conferir um tratamento diferenciado ao autor do delito tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, “*visando afastá-lo do ambiente policial quando possível e evitar que seja indevidamente detido pela autoridade policial*”.

Ocorre que a detenção do autor do fato e sua imediata condução perante a autoridade judiciária somente pode ocorrer onde houver estrutura previamente disponível para tal.

Noutras palavras, somente será possível o imediato encaminhamento à autoridade judicial se houver juízo prévia e permanentemente estabelecido para este fim, dotado de magistrados com competência definida e com funcionários em número adequado e com expertise diferenciada.

Isso porque transferindo-se à autoridade judiciária essa primeira recepção do autor do fato teríamos como consequência lógica e natural a obrigação do magistrado e serventários da justiça da adoção das providências estabelecidas na parte final do parágrafo 3º do artigo 48 do citado Diploma Legal: a) a lavratura do termo circunstanciado, e b) providências para as requisições dos exames e perícias necessários.

Determinar que o autor do fato seja imediatamente conduzido ao Fórum sem a estrutura adequada para acolhê-lo contraria, inclusive, a finalidade da lei, de liberação do usuário de droga o quanto antes após a sua captura, pois seria necessário conciliar essa apreensão a qualquer momento com a conhecida dinâmica

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

dos juízes nos fóruns, com inúmeras audiências designadas para cada dia.

O usuário teria que aguardar por muitas horas até que fosse recebido pelo juiz, o mesmo ocorrendo com os policiais que o estivessem conduzindo.

Mas não é só. Necessário mencionar também a questão dos exames periciais. Como estabelecer a logística necessária para a obtenção imediata do laudo de constatação, certamente será inviável.

Como consequência, já se afasta a presumida vantagem que seria obtida com o novo entendimento, qual seja, realização da audiência de transação penal (no mesmo momento) pelo Juiz. Assim ao revés do que se pretendia (liberação célere do autor do fato) será necessário o comparecimento dele no fórum em mais de uma oportunidade, no mais das vezes.

Não se trata de preciosismo ou excesso de rigor. A jurisprudência é pacífica nesse sentido, para que haja responsabilização do agente nos termos do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, a comprovação materialidade deve ocorrer mediante a elaboração de laudo de constatação da substância entorpecente.

Cristalizando o entendimento a Edição n. 131 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça nos enunciados referentes à Lei de Drogas, e de n. 12, estabelece que: “*A comprovação da materialidade do delito de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei n. 11.343/2006) exige a elaboração de laudo de constatação da substância entorpecente que evidencie a natureza e a quantidade da substância apreendida.*”

Além disso, como seria equacionada a questão do armazenamento de drogas nos fóruns, situação extremamente preocupante e que é evitada com a salutar proibição constante do artigo 521 das Normas de Serviço da Corregedoria

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

Geral da Justiça:

“Art. 521 - As drogas, as substâncias que determinem dependência física ou psíquica ou os medicamentos que as contenham, as substâncias químicas, tóxicas, inflamáveis, explosivas e/ou assemelhadas e as munições de qualquer calibre não serão recebidas pelos ofícios de justiça, permanecendo em depósito junto à autoridade policial que preside ou presidiu o inquérito ou nas dependências do órgão encarregado de efetivar o exame cabível, dando-lhes, em seguida, o encaminhamento previsto em lei.”

O envio da droga para perícia seria de responsabilidade do Poder Judiciário que sabidamente não detém a logística e expertise para tanto.

Não é demais lembrar que transferir ao magistrado a decisão preliminar sobre a caracterização da conduta praticada pelo agente como porte ou posse de drogas para uso ou tráfico, poderá ensejar situações inusitadas.

Suponha-se que a polícia militar realize a detenção de uma pessoa, a conduza perante a autoridade judicial, mas o magistrado entenda que na verdade não se trata de conduta subsumível ao artigo 28, mas sim ao artigo 33 do mesmo Diploma legal. Qual seria o protocolo a ser adotado? Determinaria a apresentação daquela pessoa ao delegado de polícia para a lavratura do auto de prisão em flagrante? Mas o que ocorreria se entendesse o delegado que se trata de posse ou porte de droga para uso? Poderia lavrar o Termo Circunstanciado ou estaria vinculado ao entendimento judicial?

Obtempero que não está em vigor o “Juiz das Garantias” diante da

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

suspensão determinada pelo Min. Fux na ADI 6299 MC / DF. Observo, em especial, que o artigo 3º C excepciona os delitos de menor potencial ofensivo: *Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.* (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com todas essas ponderações tem-se que determinar que doravante os autores do fato, detidos nos termos do artigo 48 da Lei nº 11.343/06, sejam encaminhados diretamente ao juiz competente no estado de São Paulo se mostra impossível.

Com efeito, isso já destacavam os doutrinadores citados no próprio voto da Ministra Cármen Lúcia.

“[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”,

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

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: 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

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

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).” (sem grifos no original).

Ainda:

“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) (sem grifos no original).

Por fim, na mesma linha, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e

Processo 2020/70452 - Avάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

Roberto Barroso:

“Ministro Gilmar Mendes:

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.” (grifos no original)

“Min. Roberto Barroso:

Processo 2020/70452 - Ανάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

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.”*

Não se perca de vista, ainda, que no estado de São Paulo, desde outubro de 2018 todos os inquéritos policiais e termos circunstanciados são distribuídos neste Tribunal de forma eletrônica, com tramitação exclusivamente digital, e isso somente é possível diante da integração de sistemas entre o Tribunal de

Processo 2020/70452 - Avάφη



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
Processo 2020/70452

Justiça e a Polícia Civil.

Ante todo o exposto, neste momento, não se vislumbra necessidade de alteração de qualquer procedimento a ser adotado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, permanecendo a sistemática dos Termos Circunstanciados lavrados pela autoridade policial, tão somente.

Publique-se a íntegra desta decisão no DJe, encaminhando-se também cópia ao Excelentíssimo Delegado Geral de Polícia Dr. Ruy Ferraz Fontes.

São Paulo, 14 de agosto de 2020.

RICARDO ANAFE
Corregedor Geral da Justiça
(assinado digitalmente)

Processo 2020/70452 - Ανάφη