

NOTA TÉCNICA

DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL Considerações iniciais dos efeitos do RE 635.659/SP na rotina das Promotorias

No último dia 26 de junho, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o [RE 635.659/SP](#)¹ que, por maioria de votos, decidiu que o porte da substância conhecida como "maconha", quando realizado para consumo pessoal, não se afigura como uma conduta delituosa, devendo ser considerado um ilícito administrativo. Muito embora a ausência de publicação do acórdão ponha em dúvida a eficácia imediata do julgamento,² a disponibilização de sua ata já ensejou diversos questionamentos e uma incerteza em relação ao caminho a ser adotado nos inúmeros feitos que estão em curso na atualidade. Na condição de uma primeira aproximação ao que foi decidido, neste texto, procuramos sistematizar alguns enunciados que já podem ser extraídos a partir do que foi divulgado, acreditando que sirvam como inicial subsídio para a atuação ministerial.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO JULGADO

1. O julgado tem incidência, exclusivamente, àqueles casos que envolvem **apenas a maconha (*cannabis sativa*)** como droga, estejam eles em apuração (fase investigatória ou judicial) ou em execução (**Tese 1**).

Comentário: Nesse contexto, fatos que estiverem relacionados, por exemplo, com apreensão de maconha juntamente com outro tipo de droga não estariam incluídos nos efeitos do julgado.

¹ Tema 506 de Repercussão Geral, com ata de julgamento publicada em 28 de junho.

² Diferentemente do entendimento sobre a eficácia das *decisões em controle de constitucionalidade* - onde existe uma tendência no STF em considerar que a eficácia ocorreria **a partir da data da publicação da ata de julgamento** (cf. STF, Rcl 2.567/SC; Rcl. 3.046/MG; Rcl. 3.309-MC/ES/ Rcl. 20.160-MC/BA) -, no caso das *decisões prolatadas em recursos extraordinários* (ainda que em Repercussão Geral), há indicativos de que a eficácia de seus efeitos seria da **data da publicação do acórdão** que, neste caso concreto, ainda não ocorreu (cf. STF, RE 1265.549 RG-ED; RE 730.462).

2. O julgado tem incidência exclusivamente em **apreensões de até 40 gramas ou até 6 plantas fêmeas de *cannabis sativa* (Tese 4).**

Comentário: Fatos que envolverem apreensão acima desses parâmetros, portanto, estariam igualmente afastados de seus efeitos.

FINALIDADE DE USO E PRESUNÇÃO RELATIVA

3. O julgado refere que as apreensões de até 40 gramas ou 6 plantas fêmeas de maconha assumem uma **presunção relativa** de que se trata de usuário (**Teses 4 e 5**).

Comentário: Deve-se atentar que o próprio texto da ementa publicada afirma que, apesar da existência desta presunção, poderá ela ser afastada se as **circunstâncias concretas do fato** evidenciarem um **intuito de mercancia**, figurando desde logo como situações ilustrativas desse intuito:

- a)** a forma de acondicionamento da droga; **ou**
- b)** as circunstâncias da apreensão; **ou**
- c)** a variedade de substâncias apreendidas; **ou**
- d)** [existir] a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes (**Tese 5**).

De se notar, ainda, que este rol foi trazido pela própria ementa e já deu indicativos da possibilidade de a Promotoria efetuar uma eventual orientação local (para casos futuros) ou mesmo de se acautelar (nos casos já ocorridos) da necessidade de qualificar as apurações, **em especial aquelas que vierem a envolver pequenas quantidades exclusivamente de maconha**. É importante notar, igualmente, que esta qualificação pode passar, inclusive, pela realização de medidas invasivas que a própria ementa sugeriu, tais como:

- i)** a plena possibilidade da autoridade policial instaurar inquérito por Portaria e representar pelo acesso, pontual, ao registro dos dados das conversas mantidas no aparelho celular, ainda que, reitere-se, se esteja diante de apreensão de maconha menores de 40 g.; e
- ii)** a possibilidade de realização da prisão em flagrante, tendo sido referido, inclusive, que a autoridade policial e seus agentes não estão impedidos de realizá-la (**Tese 5**).

O que sim importa, de toda forma, é que, em qualquer desses cenários, será fundamental que a autoridade policial consigne uma **justificativa minudente** para o afastamento da presunção do porte para uso pessoal, estando vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários (**Tese 6**). Por fim, em tendo havido prisão em flagrante, consignou-se que esta justificativa será feita no próprio auto. Afinal, será ele quem balizará a

avaliação a ser realizada pelo Juízo na audiência de custódia no momento seguinte (**Tese 7**).

PROCEDIMENTO A SER ADOTADO

4. O julgado refere que **mesmo quando se tratar de quantidade inferior a 40g.**, há necessidade de **apreensão da droga** e da **notificação do autor do fato** para comparecer em Juízo (**Tese 3**).

Comentário: De fato, a leitura global da ata de julgamento publicada evidencia que esta apreensão é necessária, sob pena de impossibilitar a averiguação de existência de circunstâncias que possam descaracterizar a presunção relativa inaugurada.

5. O julgado refere que **a conduta do usuário não tem natureza penal**, resguardando uma **natureza ilícita administrativa** que, no entanto, só poderá ser objeto da aplicação das sanções previstas nos **incisos I e III** do art. 28 da Lei 11.343/06 (**Teses 1 e 2**).

Comentário: Embora o quanto figurou na ementa publicada dê ensejo a diversas dúvidas sobre os exatos moldes do rito que se prevê (**Teses 1 e 2**), bem com já antecipe a dificuldade na implementação integral das políticas públicas que buscam fomentar (**Encaminhamentos 1 a 4**), referiu-se que, **por ora**, "até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais" (**Tese 3**). Logo, nos precisos termos do dispositivo da decisão do Supremo tornada pública, **o procedimento não penal voltado à apuração da conduta do usuário estará sob a competência dos Juizados, "segundo a sistemática atual"**, ainda que vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença decorrente (**Tese 3**). Tal previsão, ao menos nesta primeira aproximação, permite extrair algumas inferências:

(i) que os procedimentos em curso, embora estejam sujeitos à **extinção da punibilidade**, **devem ser aproveitados para a imposição da sanção administrativa** "segundo a sistemática atual" do procedimento previsto para o Juizado Especial Criminal;

(ii) que passaria a existir uma espécie de **representação pela infração administrativa** para deflagrar o rito determinado pelo STF, muito embora se tenha ciência de que em certos Estados (MG, SP) está sendo solicitada a **suspensão do feito até a regulamentação do CNJ**, ainda que sob o risco de prescrição;

(iii) que, entretanto, tanto a **prestação de serviços à comunidade** (art. 28, II), quanto à **transação penal** passariam a estar igualmente vedadas. Dúvida pende, por sua vez, sobre a possibilidade de substituição da medida de **frequentar curso educativo** pela **admoestação verbal** ou pela **multa**, embora se possa presumir sua necessidade, sob pena de esvaziar a efetividade das sanções.

6. O julgado permite despertar, da mesma forma, para a importância da qualificação nas apurações, inclusive, de **apreensões que sejam superiores aos limites** que menciona (**Tese 8**).

Comentário: Este é um ponto que já há algum tempo vem sendo objeto de destaque, pois a necessidade da qualificação investigatória do tráfico de drogas tem sido objeto de uma forte tendência jurisprudencial voltada a exigir diferenciadas cautelas, em especial, diante de sucessivos julgados do STJ e do STF.³

RELEVÂNCIA DOS REFLEXOS NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

7. Com a presunção relativa instituída pelo julgado, a qualificação da apuração toma especial relevância não só para fins de **controle externo difuso**, mas sobretudo no **controle externo concentrado**, trazendo diferenciada atenção para o correto e minudente preenchimento dos autos circunstanciados de apreensões, sob pena de se esvaziar a possibilidade de afastar a presunção relativa (**Teses 4, 5, 6 e 7**).

Comentário: Fica claro o relevante contorno que ganha uma vez mais o exercício do controle externo pelo Ministério Público, seja dos autos circunstanciados de apreensões que passem a ser instaurados, seja durante a própria visita institucional em unidades responsáveis pelo seu preenchimento. Isso porque, não raramente, esses expedientes são tratados de forma menos relevante ou até mesmo preenchidos de forma automática. A partir de agora, com a determinação da criação objetiva de um fluxo de presunção relativa qualificada, será fundamental aferir e buscar uma qualificação no trato do registro de autos circunstanciados de apreensões, tanto daqueles elaborados pela Delegacia de Polícia quanto pela Polícia Militar. Do contrário, haverá uma tendência de descontrole do tráfico de pequena quantidade, ainda que com evidentes circunstâncias concretas que tivessem indicado um possível afastamento da presunção relativa.

Equipe do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais

³ Cfr., ilustrativamente, STF - HC: 187266 SP 0095778-10.2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 24/08/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 31/08/2020; STF, HC 138565, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18-04-2017; STJ - AgRg no RHC: 192282 SP 2024/0003201-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 23/04/2024, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2024; STJ - AgRg no AREsp: 2404580 SP 2023/0233253-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 21/05/2024, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2024.

