

São Paulo, 1º de julho de 2024

Ao Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo (SINDPESP)

Ref.: Análise sobre o Tema 506, do Supremo Tribunal Federal, que julgou a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal

Consultou-nos o Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo no sentido de analisar o Tema 506, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e seus possíveis impactos às práticas profissionais a serem adotadas pelo Delegado de Polícia Civil em cenários semelhantes.

Para tanto, elaborou-se o parecer a seguir, de forma sucinta, abordando os aspectos da decisão de forma sistematizada, a partir dos pontos de maior interesse do Consulente e de seus integrantes.

I. Introdução

No dia 25 de junho de 2024, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento acerca do Tema 506, que abordou a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

Trata-se, na origem, de Recurso Extraordinário nº 635659 interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A Corte decidiu pela repercussão geral da matéria em 2011 e, desde então, foram diversos os debates em torno do tema. Até que, no último mês, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria e nos termos do voto do Relator Min. Gilmar Mendes, dar provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, e fixando a seguinte tese:

“1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância *cannabis sativa*, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; **3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. 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, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença;** 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, **até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas**, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; **5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes;** 6. Nesses casos, **cabará ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da**

presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário”.

Passaremos, na sequência, à análise dos principais elementos presentes na decisão do Supremo Tribunal Federal, relacionando-os às condutas aplicáveis pelas autoridades policiais.

II. Sobre o conceito de autoridade policial

O Código de Processo Penal de 1941 traz a expressão “autoridade policial” em dezenas de ocasiões. Inicialmente, se tomarmos por base seu artigo 4º, por exemplo, teremos que o termo faz referência ao cargo de Delegado de Polícia, quando afirma que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. E assim se repete em diferentes contextos cuja competência se faz exclusiva do Delegado de Polícia.

Com base nesse entendimento, o Ministro Alexandre de Moraes manifestou--se sobre o conceito de autoridade policial, durante o julgamento do Tema 506, para tratar sobre o procedimento que será inicialmente realizado em relação àquela pessoa enquadrada como usuária da droga:

“Autoridade policial nos termos do Código de Processo Penal é o Delegado de Polícia. Não é o policial militar, não é o oficial da polícia militar, não é o investigador de polícia, como se chama em São Paulo, ou detetive em outros Estados. **Autoridade Policial é Delegado.** Sendo autoridade policial e mantendo o termo circunstanciado e o envio para o Juizado, obviamente será levado

à Delegacia, até que haja essa norma, a norma de transição, ele será levado, até que haja uma nova regulamentação”.

Da mesma forma, o autor Julio Fabbrini Mirabete¹ afirma que são conhecidas duas espécies de autoridades na legislação processual comum: a autoridade policial, que é o Delegado de Polícia, e a autoridade judiciária, que é o Juiz de Direito. Ou seja, somente o Delegado de Polícia e não qualquer agente público investido de função ostensiva ou repressiva detém, em tese, formação técnica-científica para classificar eventuais condutas criminais, sendo que essa é uma condição imprescindível para que o ilícito seja enquadrado ou não como infração penal de menor potencial ofensivo.

Assim, apenas a figura do Delegado de Polícia, enquanto autoridade policial competente, é legítima para, enquanto não houver a elaboração de nova norma regulamentadora, apreender a substância ilícita e encaminhar o usuário a comparecer em Juízo para adoção das medidas aplicáveis.

III. Sobre o conceito de descriminalização do uso pessoal da cannabis sativa

Inicialmente, é importante ressaltar que a substância cannabis sativa permanece sendo ilícita, conforme consta da Portaria nº 344 da ANVISA, que traz o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

Por conseguinte, a decisão do Supremo Tribunal Federal nada alterou acerca da ilicitude da referida droga, produzindo efeitos apenas sobre a tipicidade do seu porte para uso pessoal da substância. De todo modo, o seu uso permanece ilegal e proibido – contudo, não possui mais a natureza de uma infração penal, mas sim um ilícito administrativo.

Assim, a pessoa que for flagrada portando cannabis sativa para uso pessoal não será criminalizada e não sofrerá nenhuma consequência da seara penal, porém permanecerá com a obrigação de cumprir as medidas dispostas pelo art. 28, da Lei nº 11.343/2006, como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida socioeducativa de comparecimento a programa ou curso.

¹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Juizados Especiais Criminais, 3º edição, Atlas, 1998, pág.61.

IV. Abordagem policial ao encontrar uma pessoa com cannabis sativa para uso pessoal

Conforme consta da decisão proferida, ao se deparar com uma pessoa com cannabis sativa para uso pessoal, a pessoa deverá ser encaminhada à autoridade policial competente (Delegado de Polícia), que, identificando o ilícito administrativo, apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo.

Entretanto, vale destacar que não será permitido fazer a prisão em flagrante e nem lavrar o chamado termo circunstanciado, no caso de a pessoa se enquadrar como usuária. Ou seja, a pessoa não poderá ser fichada criminalmente em qualquer aspecto.

Em continuidade, até que seja aprovado o regulamento pelo Conselho Nacional de Justiça, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e aplicar as medidas previstas permanecerá sendo dos Juizados Especiais Criminais.

Por fim, embora siga-se a mesma sistemática atual, o Supremo Tribunal Federal deixa clara a vedação a atribuição de quaisquer efeitos penais para os casos de usuários de cannabis sativa.

V. Sobre o critério quantitativo (40 gramas ou 6 plantas fêmeas) adotado pelo Supremo Tribunal Federal

A quantidade de 40 gramas de cannabis sativa e de seis plantas fêmeas foi estabelecida como critério para diferenciar o usuário do traficante, conforme ditada pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Tal condição contudo, é relativa e não absoluta, de modo que a Corte Suprema evidencia que o Delegado de Polícia, enquanto autoridade policial, e seus agentes, não estão impedidos de realizar a prisão em flagrante, ainda que em quantidades inferiores ao limite estabelecido, quanto estiverem presentes, na circunstância da apreensão, outros elementos que indiquem a possível existência de tráfico.

São utilizados como exemplos: a forma em que a droga é armazenada; as circunstâncias da apreensão; a variedade de substâncias apreendidas; a apreensão de outros instrumentos, como balança; registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes.

Diante de algum dos cenários acima expostos, o Delegado de Polícia terá autonomia para lavrar o auto de prisão em flagrante, mas deverá justificar de maneira minuciosa e bem fundamentada suas razões para o afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários.

Da mesma forma, quando houver a prisão em flagrante por quantidades inferiores às fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas pela autoridade policial para decidir acerca da manutenção da restrição, ou pelo seu relaxamento.

Por fim, ainda considerando-se a tese levantada, tem-se que pessoas apreendidas com quantidades superiores a 40 gramas ou seis plantas fêmeas também poderão ser enquadradas como usuárias, a depender da análise de cada caso pelo juiz, desde que se apontem “provas suficientes da condição de usuário”.

VI. Sobre os procedimentos já existentes

A decisão do Supremo Tribunal Federal possui efeito imediato. Isso quer dizer que todos aqueles processos judiciais ou inquéritos policiais que abordem unicamente a conduta do art. 28, da Lei nº 11.343/2006, deverão ser extintos, quanto ao primeiro caso, ou arquivados, na segunda hipótese.

Sendo o que tínhamos para manifestar sobre o tema no momento, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

Cordialmente,

Gabriela Shizue Soares de Araujo²
OAB/SP nº 206.74

Luciana de Freitas³
OAB/SP 349.694

² Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, com especialização em Justiça Constitucional e Tutela dos Direitos Fundamentais pela Università di Pisa. Professora de Direito Constitucional na PUC/SP. Advogada com atuação em Direito Público.

³ Doutoranda e Mestre em Direito pela UNESP - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS), pós-graduada em Processo Penal pelo IBCCRIM em parceria com o IDPEE - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com especialização em Ciências Criminais pela FADEP-USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.