



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Centro de Apoio Operacional de Defesa da Infância e da Juventude

Orientação Técnica nº 03/2024 – CAO-IJ

EMENTA: DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 635.659/SP). ATIPICIDADE DO PORTE DE MACONHA PARA CONSUMO PESSOAL. REBATIMENTO NO PROCESSO INFRACIONAL. PERSISTÊNCIA DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS EM FAVOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM USO DE PSICOATIVOS.

O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE DEFESA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, com fulcro no artigo 33, inciso II, da Lei nº 8.625/1993, no artigo 23, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 12/94, atualizada pela Lei Complementar nº 21/98 (Lei Orgânica do Ministério Público de Pernambuco), com o fim de proporcionar uma atuação institucional estratégica, efetiva, célere e que respeite as prerrogativas constitucionais do Ministério Público, encaminha a presente **Orientação Técnica, sem caráter vinculativo**, com considerações iniciais acerca dos efeitos do **RE 635.659/SP** e da fixação das teses do Tema 506 de Repercussão Geral (descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal) **no âmbito infracional**.

Como sabido, a doutrina da proteção integral e prioritária, prevista no dispositivo constitucional supracitado e no Estatuto da Criança e do Adolescente, preconiza a proteção de crianças e adolescentes em quaisquer circunstâncias, invocando responsabilidade compartilhada entre Estado, sociedade e família na garantia desses direitos (art. 227 da Constituição Federal).

No dia 26 de junho de 2024, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou o RE 635.659/SP e decidiu, em síntese, como uma das teses do Tema 506 de Repercussão Geral, que o porte da substância conhecida como "maconha" (*cannabis sativa*), para fins de consumo pessoal, não representa conduta típica delituosa, devendo ser considerado como ilícito administrativo.

Além do importantíssimo entendimento acima destacado, outras teses relevantes foram fixadas no citado Tema de Repercussão Geral, a seguir colacionadas na íntegra:

“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, caberá 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.”

A partir da compreensão das teses “4” e “5”, exsurge como relativa a presunção de enquadramento como usuário a 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.

Está evidente que, nesse contexto de presunção relativa e a depender das circunstâncias do caso concreto, pode restar caracterizado o tráfico de drogas mesmo em situações com apreensão de quantidades inferiores ao limite estabelecido na referida decisão, de acordo, por exemplo, com a

forma de condicionamento 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 etc.

A respeito da análise detalhada da referida decisão, no âmbito penal (adulto), reporta-se diretamente ao teor da NOTA TÉCNICA CAO CRIMINAL Nº 005/2024, remetida ao email funcional dos membros do MPPE em 02/07/2024.

Passa-se, no momento, a tecer considerações preliminares¹ a respeito da repercussão de tal posicionamento no âmbito infracional (procedimentos de apuração de ato infracional, execução de medidas socioeducativas e procedimentos policiais correlatos), se baseados unicamente no tipo equiparado do art. 28 da Lei de Drogas.

Esse rebatimento opera-se em razão direta do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece:

Art. 103. Considera-se ato infracional a **conduta descrita como crime** ou contravenção penal. **(grifos nossos)**

Ademais, de acordo com as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing) e as Diretrizes de Riad:

“B) REGRAS MÍNIMAS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (REGRA DE BEIJING):

3. Ampliação do âmbito de aplicação das regras 3.1 As disposições pertinentes das regras não só se aplicarão aos jovens infratores, mas também àqueles que possam ser processados por realizar qualquer ato concreto que não seria punível se fosse praticado por adultos.”

“C) DIRETRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS PARA PREVENÇÃO DA DELINQUÊNCIA JUVENIL -DIRETRIZES DE RIAD.

54. Com o objetivo de impedir que se prossiga a estigmatização, à vitimização e à incriminação dos jovens, deverá ser promulgada uma legislação pela qual seja garantido que todo ato que não seja considerado um delito, nem seja punido quando cometido por um adulto, também não deverá ser considerado um delito, nem ser objeto de punição quando for cometido por um jovem.”

Por outro lado, é sabido que a doutrina da proteção integral confere às ações de âmbito socioeducativo características eminentemente pedagógicas, isto é, de reinserção e promoção social de adolescentes a quem se imputar ato infracional. Assim, para além das medidas socioeducativas nominadas no art. 112 do ECA, a prática (em tese) do ato infracional pode ensejar a aplicação concomitante de medidas protetivas (art. 112, VII do ECA), seja no campo da ação socioeducativa, seja na possibilidade da remissão (art. 127 do ECA). Aliás, de acordo com o art. 114 do ECA, a aplicação das medidas de proteção previstas nos incisos I e VI do art. 101 prescinde da existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração.

¹ Considerando o pouco tempo decorrido desde o referido julgamento pelo STF, é esperado que outros desdobramentos teóricos e práticos venham a se desenvolver pela doutrina e pela práxis.

Nesse sentido, constatada qualquer hipótese prevista nos incisos do artigo 98 do ECA, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, medidas protetivas em favor de adolescente. No caso de situação de uso de entorpecente, merecem destaque:

“Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

(...)

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;”

Portanto, não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à atipicidade do porte de maconha para consumo pessoal (dentro dos parâmetros indicados), é inegável que a constatação de uso de maconha por adolescente pode caracterizar (e geralmente caracteriza) situação de risco ou de violação de direitos, requerendo a adoção de medidas protetivas em seu favor, em consonância com o princípio da proteção integral². Essa é uma preocupação inclusive encartada expressamente na Constituição Federal, conforme se depreende do teor do artigo 227, § 3º, inciso VII, abaixo transcrito:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”

No mesmo sentido estão os instrumentos normativos internacionais de proteção às crianças e adolescentes, tais como a Convenção sobre os Direitos da Criança e as Diretrizes de Riad:

“CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

² Destaca-se o art. 101 do ECA não exaure as medidas de proteção que podem ser aplicadas a crianças ou adolescentes (a caput refere-se expressamente “dentre outras”), não cabendo descuidar da possibilidade de aplicação, conforme o caso, de outras medidas, como por exemplo as previstas na Lei Henry Borel (Lei nº 14.344/22) caso seja identificada situação de violência doméstica durante a oitiva informal.

Artigo 33

Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas tal como são definidas nos tratados internacionais pertinentes, e para impedir que as crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias.”

“DIRETRIZES DE RIAD

(...)

IV. PROCESSOS DE SOCIALIZAÇÃO

(...)

B) Educação

24. Deverá ser prestada especial atenção na adoção de políticas e estratégias gerais de prevenção do uso indevido de álcool, drogas e outras substâncias por parte dos jovens. Deverá dar-se formação e prover os professores e outros profissionais com meios que possam prevenir e resolver estes problemas. Deverá ser dada aos estudantes informação sobre o emprego e o uso indevido das drogas.

(...)

D) Meios de comunicação

43. Os meios de comunicação deverão ter consciência da importância de sua função e responsabilidade, assim como de sua influência nas comunicações relacionadas com o uso indevido de drogas entre os jovens. Deverão utilizar seu poder para prevenir o uso indevido de drogas, através de mensagens coerentes difundidas equilibradamente. Campanhas eficazes de luta contra as drogas deverão ser fomentadas, nos níveis primário, secundário e terciário.

V. POLÍTICA SOCIAL

44. Os organismos governamentais deverão dar a máxima prioridade aos planos e programas dedicados aos jovens e proporcionar fundos suficientes e recursos de outro tipo para a prestação de serviços eficazes, proporcionando, também, as instalações e a mão-de-obra para oferecer serviços adequados de assistência médica, saúde mental, nutrição, moradia e os demais serviços necessários, particularmente a prevenção e o tratamento do uso indevido de drogas, além de terem a certeza de que esses recursos chegarão aos jovens e serão realmente utilizados em seu benefício.

(...)

VI. LEGISLAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA

(...)

57. Leis deverão ser promulgadas e aplicadas, estritamente, para proteger os jovens do uso indevido das drogas e de seus traficantes.”

Nessa esteira, pode-se concluir inicialmente que a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 635.659/SP) não tornou indiferente a posse de maconha para uso pessoal, sobretudo na seara da proteção infantojuvenil, eis que: a) a constatação policial de situação que se caracterize de pronto como correlata ao art. 28 da Lei 11.343 pode ser indicativa de situação de risco vivenciada pelo(a) adolescente, a ensejar a aplicação de medidas protetivas em seu favor; e b) a análise do caso concreto, a partir das peças policiais e principalmente da oitiva informal do(a) adolescente e seus

familiares, pode afastar a caracterização do uso pessoal, se houver outros elementos que apontem para a ocorrência de tráfico ou outros ilícitos, tratando-se de presunção relativa.

Esse quadro reforça a importância da realização da oitiva informal pelo membro ou pela membra do Ministério Público (art. 179 do ECA), ocasião em que o *Parquet* poderá tanto aferir a situação do adolescente e de sua família, com o intuito de efetuar encaminhamentos para sua proteção, como analisar o conjunto de elementos a fim de verificar o real enquadramento da conduta imputada. Essa também é a, de forma correlata, a indicação prevista na Nota Técnica CAO CRIMINAL Nº 005/2024:

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.

Diante de todo o exposto, este Centro de Apoio Operacional de Defesa da Infância e da Juventude apresenta como **sugestões** de atuação aos Promotores e Promotoras de Justiça com atribuição, sem qualquer caráter vinculativo:

- a) seja verificada, em cada caso concreto, a pertinência do requerimento de extinção imediata de processos de apuração de ato infracional ou execução de medida socioeducativa fundados em conduta equiparada à descrita no art. 28 da Lei 11.343, tendo por objeto *unicamente* o porte, para consumo pessoal, de maconha (*cannabis sativa*), *se não houver outros elementos que possam descaracterizar a presunção relativa*, de acordo com a decisão do RE 635.659/SP, adotando-se, conforme a situação individual analisada, providências para propiciar a aplicação de medidas de proteção pertinentes (art. 98 c/c art. 101 do ECA);
- b) em caso de apreensão de adolescente por situação caracterizada *unicamente* como porte de maconha para consumo pessoal (de acordo com a decisão do RE 635.659/SP), seja realizada oitiva informal (art. 179 do ECA) com a finalidade de: 1 - analisar se a situação fática permite o correto enquadramento como consumo pessoal, ou se há outros elementos indicativos da prática de outras infrações; 2 - aquilatar a situação pessoal do/a adolescente a fim de que, sendo o caso, sejam adotadas providências para aplicação de medidas de proteção, podendo ser expedido ofício ao conselho tutelar para ciência e adoção das providências de seu mister (art. 136 do ECA) ou, conforme o caso, encaminhamento à Promotoria de Justiça com atribuição protetiva para eventual acompanhamento;

- c) No âmbito exclusivo infracional, convencendo-se o(a) Promotor(a) de Justiça que de fato a situação se amolda tão somente à conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, seja promovido arquivamento das peças policiais pela inexistência de tipicidade infracional.

Recife, 23 de julho de 2024.

Aline Arroxelas Galvao De Lima
Promotora de Justiça
Coordenadora do CAO-IJ

Ewerton dos Santos Pimentel
Analista Ministerial do CAO-IJ