

A decisão do STF sobre o art. 28 da Lei nº 11.343/2006: os efeitos da decisão sob o enfoque jurisprudencial

The STF's decision on art. 28 of Law nº 11.343/2006: the effects of the decision under the jurisprudential approach

Keciane Lima de Oliveira

Mestranda em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Instituição: Universidade Federal do Ceará (UFC)
E-mail: keciane.lima@outlook.com

Lilian de Freitas Pinheiro

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Instituição: Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Centro Universitário do Vale do Jaguaribe (UNIJAGUARIBE)

RESUMO

O presente artigo visa analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas. Notadamente, o trabalho tem por objetivo analisar as decisões jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJCE; Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal - TJDFT e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso - TJMT. A proposta é verificar o posicionamento destes tribunais estaduais após a recente decisão de declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, que trata de condutas relativas ao consumo pessoal de substância entorpecente, de acordo com a Portaria SVS/MS 344/98. Nesse sentido, busca-se examinar se o Judiciário vem decidindo em consonância com a citada decisão e com a Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli. A análise da questão ocorreu em virtude do Recurso Extraordinário (R.E) 635.659, com tema de repercussão geral conhecida, proposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Para a realização deste artigo, utilizou-se da análise de 06 (seis) decisões de cada tribunal mencionado, visando verificar se há compatibilidade entre o entendimento dos tribunais e a decisão em referência.

PALAVRAS-CHAVE

artigo 28 da Lei 11.343/2006, lei de drogas, Supremo Tribunal Federal, garantismo.

ABSTRACT

This article aims to analyze the decision of the Federal Supreme Court regarding the unconstitutionality of article 28 of Law 11.343/2006, known as the Drugs Enforcement Act. Notably, the paper aims to analyze the jurisprudential decisions of the Court of Justice of the State of Ceará - TJCE; Court of Justice of the State of the Federal District - TJDFT and the Court of Justice of the State of Mato Grosso - TJMT. The proposal is to

verify the position of state courts after the recent decision to declare the aforementioned article unconstitutional, which deals with conduct related to the personal consumption of narcotic substances, in accordance with Ordinance SVS/MS 344/98. In this sense, we seek to examine if the Judiciary has been deciding in line with the aforementioned decision and with Luigi Ferrajoli's Guarantee Theory. The analysis of the issue occurred due to Extraordinary Appeal (R.E) 635.659, with a topic of known general repercussion, proposed by the Public Defender's Office of the State of São Paulo. To carry out this article, we used the analysis of 06 (six) decisions from each court mentioned, aiming to verify if there is compatibility between the understanding of the courts and the decision in question.

KEYWORDS

article 28 of law 11.343/2006, drugs enforcement act, Federal Supreme Court, guaranteeism.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o artigo 28 da Lei 11.343/2006 sob o enfoque da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 635.659, o qual decidiu pela inconstitucionalidade do art. 28 da citada lei, considerando expressamente não ser infração penal quem adquirir, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo até 40 (quarenta) gramas de maconha, ou seja, houve a descriminalização do que antes era tido como crime e fixou quantia para consumo próprio.

O porte de *cannabis sativa* não foi legalizado, continua sendo comportamento ilícito e proibido fazer uso de tal substância em locais públicos, no entanto, as consequências para quem incorre na situação em tela é de natureza administrativa, e não mais criminal.

A escolha da temática surgiu devido ao estudo da disciplina de Processo, Garantismo e Estado Democrático de Direito, bem como à atualidade do assunto e sua repercussão na sociedade. Assim, diante da recente decisão do supremo no Tema de Repercussão Geral 506, a proposta é realizar uma análise do art. 28, onde houve a declaração de sua inconstitucionalidade e examinar à luz das jurisprudências dos tribunais escolhidos. O porte de *cannabis sativa* não foi legalizado, continua sendo comportamento ilícito e proibido fazer uso de tal substância em locais públicos, no entanto, as

consequências para quem incorre na situação em tela é de natureza administrativa e não mais criminal.

O STF, antes de tal decisão, havia se manifestado pela constitucionalidade do referido artigo, diferenciando usuários de traficantes e prevendo penas alternativas, quais sejam, prestação de serviços à comunidade, advertência sobre os efeitos das drogas, bem como comparecimento obrigatório a curso educativo. Além disso, não deixou de considerar a pena de prisão, contudo, manteve a sua criminalização. Assim, antes de seu julgamento, os usuários de drogas eram alvos de inquéritos policiais e processos judiciais para sua condenação para o cumprimento dessas penas alternativas.

Contudo, na decisão proferida na Repercussão Geral de Tema 506, o STF decidiu pela sua inconstitucionalidade, assim, quem for flagrado portando droga (*cannabis sativa*) para consumo pessoal, frise-se 40 gramas, não comete infração penal. No entanto, permanece o reconhecimento do caráter ilícito de tal conduta e como consequência a apreensão da referida substância.

Importante ressaltar que a decisão tem efeito retroativo e, assim, poderá alcançar condenações em trâmite, todavia, serão beneficiados aqueles que foram condenados por porte até 40 gramas de maconha e que não tenham relação com o tráfico. Interessante observar também que a revisão para a modificação para a atual decisão não é automática, sendo necessário recurso através do Judiciário.

Para a realização do presente artigo, utilizou-se como metodologia de pesquisa a bibliográfica e documental, onde analisamos a decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema de Repercussão Geral 506. Já na análise documental, examinamos jurisprudências dos tribunais estaduais escolhidos. Para esta finalidade, o critério utilizado para escolha dos tribunais partiu da quantidade de câmaras criminais existentes em cada tribunal mencionado, compatível com a quantidade de câmaras existentes no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, que tem o quantitativo de 03 (três) câmaras. Assim, tem-se que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal possui 01 (uma) câmara criminal, composta por duas turmas criminais. Já o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, possui 04 (quatro) câmaras criminais.

Nas investigações jurisprudenciais, pesquisamos um total de 15 (quinze) acórdãos e desta quantidade foram retiradas 06 (seis) de cada tribunal que se referem à decisão que

ensejou o artigo, no período compreendido de julho a novembro de 2024. Com base nisso, utilizamos os caracteres “artigo e 28 e lei e drogas e consumo” para encontrar as jurisprudências que faziam menção ao tema proposto. Nesse viés, o trabalho em comento tem como objetivo verificar o impacto de tal decisão no atual cenário brasileiro, utilizando para tanto as decisões dos tribunais de justiça dos Estados do Ceará, Distrito Federal e Mato Grosso, analisando se tais decisões estão de acordo com o julgamento proferido pela Suprema Corte.

2 A LEI DE DROGAS E O TRATAMENTO PENAL EM RELAÇÃO AO USUÁRIO

A Lei 11.343/2006, conhecida como a Lei de Drogas, que revogou de forma expressa as Leis 6.368/1976 e 10.409/2002, trouxe em seu bojo significativas mudanças, conferindo um tratamento mais rigoroso ao traficante e mais brando, no que diz respeito ao usuário de drogas, bem como inovou ao abolir a pena de liberdade provisória daquele que incorrer no artigo 28 da citada lei.

A referida lei, promulgada em 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (Sisnad), prescreve medidas para o uso indevido, a reinserção de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo normas para que seja possível a repressão no caso de produção não autorizada, bem como ao tráfico ilícito de drogas.

Nesse contexto, a nova Lei de Drogas é dividida em duas partes, quais sejam: assuntos de política criminal (arts. 1º ao 27) e temas criminal e processual penal (art. 28 e seguintes da lei). Em suma, tem-se que são denominadas de drogas, substâncias capazes de causar dependência e os listados como drogas pela Portaria 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.

Consoante mencionado anteriormente, nas sanções dispostas ao então usuário, não se encontra a imposição de pena privativa de liberdade. A ausência de tal previsão legal faz com que haja contrariedade com a concepção legal do que é crime, conforme estabelece o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal. Assim, vejamos:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 430.105/RJ, concebeu que a limitação da definição de crime do art. 1º da LICP não inviabiliza que “a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 - pena diversa da prisão ou restrição da liberdade”.

Dessa forma, ocorreu a despenalização, cujo entendimento é a exclusão das penas privativas de liberdade, sendo a situação resolvida em questão de ordem, concluindo que a Lei 11.343/2006 não acarretou *abolitio criminis*.

Assim, infere-se que o fato constitui crime, no entanto, não integra a pena privativa de liberdade. Em suma, não verificou a descriminalização dos comportamentos previstos no art. 28, caput e § 1º da citada lei, considerando-se que a CF/88 em seu art. 5º, inciso XLVI, conferiu a legislador a possibilidade de imputar aos delitos outras penas que não seja a de multa e privativa de liberdade.

No que concerne ao art. 28, o agente deverá receber (I) advertência sobre os efeitos das drogas; (II) prestar serviços à comunidade; ou (III) receber medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Estas penas podem ser aplicadas, quer de forma isolada ou de forma cumulativa, assim como podem ser substituídas a qualquer tempo, após ouvidos o *parquet* e o defensor, conforme preceitua o art. 27.

As disposições do art. 28, § 3º determinam que “as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicados pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses” e, caso haja reincidência, haverá a aplicação pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Além disso, nas situações de haver recusa injustificada em relação ao agente para cumprir as metas estabelecidas, ao juiz será dada a possibilidade de submetê-lo a admoestação verbal e multa.

A questão da inconstitucionalidade do art. 28 da mencionada lei ganhou repercussão em virtude do recebimento do Recurso Extraordinário 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal, onde houve a discussão sobre a descriminalização do porte de

droga para consumo próprio. No entendimento dos ministros, não há crime se o suposto acusado incorrer em tal dispositivo, quando portar até 40 gramas de *cannabis sativa*.

Nesse entendimento, sabe-se que há um tratamento mais brando para o usuário e o tráfico de drogas teve tratamento mais rigoroso com o advento da Lei 11.343/2006, onde a pena mínima passou de 03 (três) anos de reclusão em lei anterior, para 05 (cinco) anos na atual legislação vigente, prosseguindo com a pena máxima de 15 (quinze) anos nas duas leis. Na redação do parágrafo 2º, do citado artigo da aludida lei, incumbe ao juiz analisar se a substância entorpecente encontrada na posse da pessoa tinha destinação pessoal ou não.

Assevera o artigo 2º que:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, para haver a desclassificação do delito de tráfico de drogas para a conduta do art. 28, é necessário se tornar evidente nos autos o propósito para consumo próprio.

No entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal, verifica-se que:

Cabe ao Ministério Público comprovar a imputação, contrariando o princípio da não culpabilidade a inversão a ponto de concluir-se pelo tráfico de entorpecentes em razão de o acusado não haver feito prova da versão segundo a qual a substância se destinava ao uso próprio e de grupo de amigos que se cotizaram para a aquisição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 107.448 da Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 18/06/2013).

Desta maneira, o STF assevera que cabe ao Ministério Público demonstrar a responsabilidade no crime do já citado artigo, pois imputar ao acusado o crime de tráfico de drogas somente pela ausência de comprovação por parte dele vai de encontro ao princípio constitucional da não culpabilidade.

3 A COMPATIBILIDADE ENTRE A DECISÃO DA SUPREMA CORTE E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, DO DISTRITO FEDERAL E DO MATO GROSSO

Acerca da decisão que embasa o desenvolvimento e a pesquisa jurisprudencial do presente trabalho, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 ocorreu em 26 de junho de 2024. O STF, por maioria dos ministros e nos termos do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, analisando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, afastando todo e qualquer efeito de natureza penal do mencionado dispositivo.

Assim votaram os ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Rosa Weber, e Cármen Lúcia. Restaram vencidos os ministros Cristiano Zanin, Nunes Marques, André Mendonça, Dias Toffoli e Luiz Fux. Tal decisão teve grande repercussão à época e ainda apresenta algumas dificuldades práticas que ensejam maiores reflexões, razão pela qual faz-se necessário verificar como a decisão do STF tem impactado as sentenças dos Tribunais de Justiça Estaduais.

Antes de adentrar propriamente no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, é preciso fazer uma breve contextualização sobre o entendimento do STF sobre a questão até então. O panorama geral da Suprema Corte era de não afastar o caráter criminoso da conduta, condenando o usuário ao invés de afastar o delito.

O STF, em casos que envolviam o art. 28 da Lei de Drogas, em suas razões de decidir, posicionou-se pela inaplicabilidade dos princípios da insignificância e da ofensividade. Tais princípios estão intimamente relacionados à teoria do garantismo, a qual possui como principal objetivo, na esfera penal, a adoção de um Direito Penal mínimo (NOTTINGHAM; SANTIAGO, 2017, p. 200).

Assim, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, em consonância com a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, representou uma significativa mudança na abordagem da questão do uso de drogas para consumo pessoal, trazendo à tona a urgência de se discutir uma política de drogas com um olhar voltado também para a prevenção e para o tratamento do usuário.

Analisando a decisão propriamente dita, alguns pontos merecem reflexão. O

Recurso Extraordinário em comento foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3 (três) gramas de maconha na prisão. Argumentou-se ofensa aos direitos à intimidade, à vida privada e à autolesão, assegurados pela Constituição Federal de 1988. A repercussão geral da questão foi reconhecida em 2012 (Tema 506).

A Suprema Corte firmou o entendimento de que portar maconha para consumo pessoal não caracteriza crime, e sim uma infração administrativa. Tendo em vista que o art. 28 da Lei de Drogas não fixou um percentual máximo em relação à quantidade de droga para uso pessoal, o STF determinou como regra geral que não comete ilícito penal quem estiver com até 40 (quarenta) gramas ou 6 (seis) pés de maconha para consumo próprio, devendo ser considerado usuário.

Acerca desse limite quantitativo, entendemos que não cabia ao julgador fixar parâmetros objetivos para distinguir o usuário do traficante. Nesse diapasão, destacamos os esclarecimentos de Silva e Martini (2022, p. 24):

[...] O voto do Ministro Luís Roberto Barroso apresenta a sugestão de adotar o limite admitido por Portugal, qual seja, 25g de maconha. Embora a preocupação seja louvável, pensamos que ao avançar na fixação do limite, estaria o Judiciário incorrendo em indesejado ativismo. Caberá ao Legislativo, após a esperada declaração de inconstitucionalidade, deliberar e normatizar os limites quantitativos de drogas admissíveis pelo Brasil. Não ao Judiciário. O seu papel já estará muito bem cumprido com a almejada (e tardia) declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 [...]

Nota-se que o ato de portar drogas continua sendo proibido, só que não haverá mais consequências penais, tendo havido, portanto, a descriminalização do porte de maconha para consumo pessoal. A decisão se baseia nos direitos à privacidade e à liberdade individual (art. 5º, X, da Constituição). Reconhece, ainda, que tratar o uso de maconha como crime incentiva atividades criminosas associadas ao tráfico, mas não reduz o consumo (BRASIL, 2024, p.1).

Ponto importante sobre a quantidade de gramas fixada pelo Supremo é que se trata de presunção relativa, ou seja, havendo indícios de que o porte de drogas tinha o objetivo de tráfico, ainda que dentro do percentual estabelecido, não será afastada a criminalidade da conduta. Imperioso observar, portanto, as circunstâncias de apreensão da droga, se havia por

perto acessórios típicos de venda, como balança digital, embalagens plásticas, caderno com anotações sobre vendas e outros.

A autoridade policial é responsável por apreender a droga e notificar o autor para comparecer em juízo. Caso a quantidade de droga apreendida seja inferior a 40 gramas, caberá ao delegado de polícia justificar minuciosamente as razões para afastar a presunção de porte para uso pessoal, não podendo utilizar de critérios arbitrários, sob pena de responsabilização. O juiz responsável também poderá, em casos de apreensão de quantias superiores a 40 gramas, afastar o enquadramento como crime, caso haja provas suficientes da condição de usuário da pessoa (BRASIL, 2024).

Vale frisar que não houve a legalização do uso de drogas, mas tão somente a descriminalização do porte de maconha para consumo próprio, tendo por base o parâmetro de até 40 (quarenta) gramas ou 6 (seis) plantas-fêmeas por usuário. A Corte fez também um apelo com vistas ao aprimoramento de políticas públicas para o tratamento aos dependentes de drogas, a fim de que os usuários recebam o apoio necessário para sua recuperação.

A decisão reforça a questão da prevenção educativa e recomenda o fomento de políticas públicas voltadas ao autocuidado, de forma a esclarecer aos usuários sobre os malefícios das drogas e dissuadi-los contra o consumo. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em articulação com o Executivo e o Legislativo, deverão ser realizar mutirões carcerários para rever as prisões decretadas contrárias ao entendimento do STF.

Considerando os principais pontos destacados do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, passaremos à análise de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal (TJ/DF) e do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJ/MT), à luz da Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli, a fim de averiguar se os tribunais estão aplicando o entendimento sedimentado na decisão do STF.

3.1 ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ (TJ/CE), DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL (TJ/DF) E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO (TJ/MT) À LUZ DA TEORIA DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Passaremos à análise das decisões dos referidos tribunais para verificar se estão seguindo o entendimento firmado na Repercussão Geral de Tema 506 e os preceitos da teoria garantista. Para tanto, foi observado o critério de 06 (seis) decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), 06 (seis) Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e 3 (três) do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Ao final desse estudo jurisprudencial, apresentaremos as conclusões sobre o tema.

Nas palavras de Jacaúna e Outeiro (ano, p. 92), a Teoria do Garantismo Penal, criada pelo autor italiano Luigi Ferrajoli, surgiu por volta da década de 1970 como resultado do contexto histórico da época e da ocorrência dos movimentos iluministas e liberais, sendo notável que os pilares garantistas são advindos do movimento iluminista, bem como do liberalismo. No Brasil, o garantismo ganhou lugar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que pregou o respeito aos direitos e garantias fundamentais, inaugurando uma nova era democrática no país.

É reconhecido o caráter humanista da referida teoria, de maneira a assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais, defendendo, para tanto, um Direito Penal mínimo sob o plano epistemológico, ao passo que, sob o plano político, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, consiste em um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p. 786).

Chaves e Ramos (2020, p. 107-108) explicam que Ferrajoli apresenta um panorama do sistema garantista, deixando claro tratar-se de um modelo-limite, ou seja, que não pode ser completamente satisfeito, qualificado pela adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais que consistem em garantias penais e processuais penais definidoras da regra do jogo de responsabilização penal. Assim, quanto maior for a observância desses axiomas, mais tendente ao direito penal mínimo é o sistema jurídico e, quanto menor for o atendimento a esses princípios, mais perto estará do direito penal

máximo. Ferrajoli (2014, p. 91) denomina esses princípios:

i) princípio da retributividade ou da consequentialidade da pena em relação ao delito; ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação e x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Nota-se, portanto, que a teoria garantista visa assegurar os direitos fundamentais e as garantias processuais, buscando o desenvolvimento do processo de forma justa, devendo ser observadas as circunstâncias do caso concreto. O garantismo, no âmbito do direito penal,

constitui um modelo normativo de Direito que tem o fito de limitar o poder punitivo estatal e garantir a liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, a teoria de Ferrajoli torna-se de grande relevância para a análise da aplicação do art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que, conforme demonstraremos através dos julgados, é imperioso que sejam verificadas as condições de apreensão da droga, e não apenas a quantidade da mesma, visto que os elementos fáticos do momento serão determinantes para demonstrar o intuito de traficância ou de consumo próprio. Há de ser observado também o direito do réu de ter a prisão corrigida caso esteja em desacordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

3.1.1 Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE)

Foram analisados 6 (seis) julgados do referido tribunal, pelo que foi constatada, em todas as decisões, a conformidade com o disposto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659 do STF. Ponto central observado nas decisões foram as circunstâncias da apreensão da droga, analisadas de forma conjunta com a quantidade da mesma.

Restou consignado que o contexto da prisão deve ser levado em consideração para determinar a criminalidade ou não da conduta, a depender se há indícios de mercância da droga ou se é para consumo próprio. Apenas no último caso houve o reconhecimento de

tráfico de drogas mesmo com a quantidade de maconha apreendida inferior a 40g, visto que havia outros elementos que indicavam o intuito de venda, vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE *DROGAS* (ART. 33 DA *LEI* 11.343/06). PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA OS TERMOS DO ART. 28 DA *LEI* 11.343/06. POSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DESTINAÇÃO ILÍCITA DO TÓXICO APREENDIDO COM O ACUSADO. DÚVIDA RAZOÁVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. TEMA 506 DO STF REPERCUSSÃO GERAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. REMESSA DOS AUTOS AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 107, III DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA

REFORMADA. [...] 4. Como visto, os depoimentos colhidos durante a instrução processual não revelam, de modo seguro, o envolvimento do acusado Lucas da Silva Costa com o tráfico de *drogas*, especialmente diante da quantidade de *droga* apreendida, a qual se mostra compatível com a figura do usuário de *drogas* (1,7 g de maconha, pág. 13). 5. Destaque-se, ademais, que desde o seu interrogatório policial, o acusado afirma que adquiriu as *drogas* para *consumo* pessoal, bem como os entorpecentes apreendidos estavam em seu bolso, circunstâncias que corroboram para a sua participação como usuário de *drogas*. [...] 7. **Outrossim, tratando-se a droga de maconha e não sendo a quantidade expressiva, ou seja, inferior a 40 g (quarenta grammas), aplica-se ao caso a tese firmada na decisão do Supremo Tribunal Federal através do Leading Case RE 635659, que instituiu o Tema 506 em sede de Repercussão Geral, ocasião em que se definiu que: "(...) 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 grammas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; (...)." Dessa forma, em atenção à tese fixada no Tema 506 do STF, absolvo o acusado Lucas da Silva Costa por atipicidade da conduta, na forma do disposto no art. 386, III, do CPP, devendo ser extinta a punibilidade do réu, nos termos do art. 107, III do Código Penal, segundo o qual extingue-se a punibilidade: III - pela retroatividade de lei que não mais considere o fato como criminoso, com a consequente remessa ao Juizado Especial Criminal competente para a apuração do ilícito administrativo, nos termos da decisão paradigma (RE 635.659/SP).** 8. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. BNMP ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, nesta Comarca de Fortaleza, em que figuram as partes indicadas, ACORDAM os membros integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER do recurso interposto pela defesa para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da Relatora. Fortaleza, 26 de novembro de 2024. DESEMBARGADORA ANDRÉA MENDES BEZERRA DELFINO Relatora. (0200438-42.2024.8.06.0298, Relator(a): ANDREA MENDES BEZERRA DELFINO, 3ª CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 26/11/2024, publicado no DJe: 26/11/2024.) (Grifo nosso)

PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE *DROGAS* (ART. 33, CAPUT, DA *LEI* 11.343/2006). PLEITO

DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE *DROGAS* PARA PORTE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. CABIMENTO. APREENSÃO DE 15G (QUINZE GRAMAS) DE CANNABIS SATIVA. **TEMA 506 DO STF REPERCUSSÃO GERAL.** ATIPICIDADE DA CONDUTA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. RECURSO CONHECIDO E

PROVIDO. [...] 3. Do pleito desclassificatório para o art. 28 da *Lei* nº 11.343/2006, por ausência de provas, quanto ao crime de tráfico de *drogas*. [...]. 6. Assim, evidencia-se que a insurgência dá-se em relação à tipicidade do fato, aduzindo a defesa que a *droga* era destinada ao consumo próprio, o que se mostra compatível com a análise das provas colhidas nos autos. **7. As circunstâncias em que foram arrecadadas as *drogas* são compatíveis com a versão apresentada pelo acusado, visto ter sido apreendida pequena quantidade de *drogas*, 15g (quinze gramas) de maconha.** Ademais, observa-se que, além das *drogas*, não foi apreendida qualquer quantia em dinheiro com o apelante, ou algum petrecho utilizado no comércio ilegal de entorpecentes, tais como balança de precisão, sacos plásticos, caderno de anotações, inexistindo, portanto, qualquer prova acerca da traficância. **8. Considerando que o réu portava 15g (quinze gramas) de maconha, destinada exclusivamente ao consumo pessoal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta, à luz do Tema 506, em sede de *Repercussão Geral*.** [...] **12. Ressalte-se que o STF, no julgamento do RE 635.659/SP, consignou que "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; [...]** **13. Depreende-se, portanto, que se deve reconhecer a atipicidade da conduta do ora recorrente, impondo-se a absolvição quanto ao delito de tráfico de *drogas*, com a consequente averiguação da sua conduta, como infração administrativa, pelo Juizado Especial Criminal.** 14. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0203963-50.2024.8.06.0001, em que figura como apelante Joelson de Souza Vidal e como apelado o Ministério Público do Estado do Ceará. ACORDAM os Desembargadores integrantes desta 2ª Câmara Criminal deste e. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em CONHECER do recurso para julgar-lhe PROVIDO, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 22 de novembro de 2024. Des. Sérgio Luiz Arruda Parente Presidente do Órgão Julgador e Relator. (0203963-50.2024.8.06.0001, Relator(a): SERGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, 2ª CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 22/11/2024, publicado no DJe: 22/11/2024.) (Grifo nosso)

APELAÇÃO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE *DROGAS*. ART. 33, CAPUT, DA *LEI* 11.343/2006. NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM BUSCA PESSOAL. INOCORRÊNCIA. POLICIAIS AVISTARAM O RÉU, EM ATITUDE DE MANIFESTA INQUIETAÇÃO E TENTATIVA DE FUGA. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA BUSCA PESSOAL. PRECEDENTES DO STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA *LEI* 11.343/2006. ACOLHIMENTO. PROVAS DE AUTORIA FRÁGEIS. RÉU QUE FOI ENCONTRADO NA POSSE DE APENAS 7,5 GRAMAS DE MACONHA. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS QUE ATESTEM A AUTORIA DELITIVA. IN DUBIO PRO REO. ART. 386, INCISO VII, DO CPP. ÍNFIMA QUANTIDADE DE MACONHA ENCONTRADA COM O ACUSADO. APLICAÇÃO DO **TEMA 506 DO STF.** CONDUTA QUE NÃO CARACTERIZA INFRAÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE

IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O RÉU. [...] 3. As fundadas razões para a abordagem pessoal imediata ao acusado, efetivada e relatada pelos agentes policiais, restaram evidenciadas na espécie, dado o inquietamento do acusado, ao se deparar com a guarnição, em atitude de surpresa e em movimento para se esquivar de abordagem, justificando-se a urgência da intervenção policial. Precedente do STJ HC 877.943/MS. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Publicação: 15/05/2024. 4. Portanto, a visualização de um indivíduo que, demonstra surpresa e promove tentativa de fuga, constitui-se em fundada suspeita para a imediata intervenção investigativa policial, com abordagem e busca pessoal no suspeito. 3. No mérito, em resumo, o recorrente busca a reforma da sentença para a desclassificação do delito para a conduta elencada no art. 28 da *lei* nº 11.343/06, **aplicando-se o tema 506 do STF. Após compulsar o conjunto probatório acostado aos autos, firmei convencimento de que assiste razão ao apelante. Conforme exposto na denúncia, o réu foi preso em flagrante por trazer consigo 7,5 gramas de maconha e a quantia de R\$80,00 (oitenta reais) em dinheiro. [...]** 4. **Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Leading Case RE 635659, foi estabelecido o Tema 506, que versa sobre a seguinte disposição: 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 [...]. tendo em vista que, na esteira do novel entendimento da Suprema Corte, tal conduta não caracteriza infração penal, devendo ser realizada a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para adoção das providências pertinentes.**

IV. Dispositivo. 7. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada para absolver o réu. ACÓRDÃO Acordam os integrantes da Terceira Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade da Turma, em conhecer da apelação em referência para dar-lhe provimento, nos termos do voto desta Relatoria. Fortaleza, 12 de novembro de 2024. Marlúcia de Araújo Bezerra Relatora. (0236513-98.2024.8.06.0001, Relator(a): MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, 3ª CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 12/11/2024, publicado no DJe: 12/11/2024.) (Grifo nosso)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. TEMA 506 DO STF. DROGA DESTINADA AO CONSUMO PESSOAL. TRÁFICO NÃO COMPROVADO. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA. REMESSA PARA OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.

APURAÇÃO DE ILÍCITO ADMINISTRATIVO. [...] 3. No que concerne ao pleito de absolvição por ausência de provas para a condenação, nota-se que merece acolhimento, porquanto o Plenário do STF, no **Recurso Extraordinário nº 635659, com repercussão geral (Tema 506)**, fixou o posicionamento de que será presumido usuário (presunção relativa) o acusado que for apreendido com até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, declarando a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da *Lei* nº 11.343/06. 4. **O agente criminoso foi apreendido com 38 gramas de maconha (pág. 8), quantitativo este abaixo do parâmetro fixado pelo STF, logo, atende aos requisitos fixados no Tema 506, tendo como consequência o reconhecimento da absolvição do réu pela atipicidade da conduta, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. 5. Considerando que a conduta deixou de ter natureza penal, mas passou a constituir natureza extrapenal, e a competência para aplicar as sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da *Lei* de**

Drogas é dos Juizados Especiais Criminais, deve-se remeter cópia dos autos para o aludido juízo. [...] 6. Recurso conhecido e provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0201385-30.2023.8.06.0299, acordam os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 29 de outubro de 2024. MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Desembargador Relator. (0201385-30.2023.8.06.0299, Relator(a): MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO, 1ª CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 29/10/2024, publicado no DJe: 29/10/2024.) **(Grifo nosso)**

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. CONSENTIMENTO DO MORADOR. FUGA DO RÉU AO AVISTAR COMPOSIÇÃO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. INTUITO DE MERCANCIA NÃO COMPROVADO. APREENSÃO DE 25 GRAMAS DE CANNABIS SATIVA. **TEMA 506 DO STF REPERCUSSÃO GERAL.** ATIPICIDADE DA CONDUTA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. REMESSA DOS AUTOS AOS JUIZADOS

ESPECIAIS CRIMINAIS. 1. Conforme auto de apreensão e apresentação, foram apreendidos na posse do réu: dois aparelhos de telefonia celular, várias embalagens de dindin e diversos papalotes de maconha, pesando cerca de 25 (vinte e cinco) gramas, e cerca de 51 (cinquenta e um) reais em dinheiro trocado. 2. Em relação ao pleito de decretação de nulidade das provas em razão da ocorrência de violação de domicílio, entendo que este não merece prosperar, haja vista a comprovação das fundadas razões para entrada no imóvel, notadamente, por ter havido a) um patrulhamento ocorrido em área conhecida pela polícia por intenso tráfico de *drogas*,

b) seguida da fuga de vários indivíduos, inclusive do acusado, quando avistaram a composição policial c) a revista pessoal onde foi encontrado dinheiro trocado nos bolsos do apelante, d) consulta ao CIOPS, verificando que o suspeito respondia a outras ações penais, e) o consentimento do morador. Precedente do STF. 3. Desta feita, considerando o consentimento do morador, bem como as circunstâncias em que foi abordado o acusado, não há que se falar em ausência de fundadas razões para ingresso domiciliar, razão pela qual indefiro a preliminar suscitada. 4. No mérito, a defesa alega que não houve a demonstração da propriedade da *droga* e de intuito de mercancia por parte do acusado. 5. Quanto à propriedade da *droga*, a prova testemunhal coligida aponta no sentido de que o imóvel tinha o acusado como seu possuidor, pois o imóvel estava fechado e ele abriu a porta para os agentes adentrarem no recinto. Demais disso, no inquérito policial consta o endereço da diligência como local de residência do apelante, não tendo este imputado a terceiro, morador do local, a propriedade dos objetos lá encontrados. **6. Em giro outro, no tocante à alegativa de que o entorpecente não era destinado ao tráfico de *drogas*, antes de ingressar na análise probatória, sobreleva destacar recente decisão do Supremo Tribunal Federal, o qual através do Leading Case RE 635659, instituiu o Tema 506 em sede de *Repercussão Geral*, em cujo teor restou assentado que: 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.** [...] 8. Na espécie, foram apreendidos 25 gramas de maconha, diversos sacos de dindin, dinheiro trocado e dois

aparelhos telefônicos, quantidade esta inferior aos 40 gramas previstos na decisão vinculante. Além disso, no interior da residência não foram localizados petrechos, tais como, balança de precisão, caderneta de anotações com vendas de *drogas*; tampouco foram extraídos dos aparelhos telefônicos apreendidos

contatos de traficantes ou de usuários de *drogas*, mas tão somente saquinhos de dindin, sendo este insuficiente para indicar a mercancia, de modo que, nesse caso, deve ser aplicada a presunção relativa de porte de *drogas* para consumo pessoal, nos termos do entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto. 9. Feitas estas considerações, conclui-se pela atipicidade da conduta imputada ao ora apelante, visto que esta, na verdade, se subsume ao art. 28 da Lei nº 11.343/2006, devendo ele ser absolvido do crime de tráfico de *drogas* (art. 33, caput da Lei nº 11.343/2006), com posterior apuração da sua conduta como infração administrativa pelos Juizados Especiais Criminais. (Tema 506 do STF). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. REMESSA DOS AUTOS AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. ACÓRDÃO Vistos, relatados

e discutidas estes autos de apelação criminal nº 0174381-78.2019.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, absolvendo o réu e determinando a remessa dos autos aos Juizados Especiais Criminais, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 20 de agosto de 2024 MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO Relator. (0201385-30.2023.8.06.0299, Relator(a): MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO, 1ª CÂMARA CRIMINAL, data

de julgamento: 20/08/2024, publicado no DJe: 20/08/2024.) (Grifo nosso)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PESSOAL. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DOSIMETRIA DA PENA REANALISADA. RECURSO DESPROVIDO. PENA REDIMENSIONADA DE

OFÍCIO. I. CASO EM EXAME 1. Apelação interposta contra sentença condenatória, prolatada pelo juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Quixadá, que impôs ao réu a pena de quatro anos e 18 dias de reclusão, além de multa, pelo delito de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, § 4º, c/c art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06. O recorrente pleiteia a desclassificação da infração para uso pessoal (art. 28 da Lei de Drogas) ou, alternativamente, a revisão do regime inicial de cumprimento de pena. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO 2. Há três questões em discussão: (i) verificar se é possível desclassificar a conduta de tráfico para uso pessoal; (ii) reavaliar a dosimetria da pena (iii) averiguar o regime inicial de cumprimento. III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O acervo probatório, incluindo depoimentos dos policiais que flagraram o recorrente, em ato de entrega de droga, mediante pagamento, confirma a prática do tráfico, sendo válidos os testemunhos dos agentes policiais, como prova de acusação, em consonância com a jurisprudência do STJ, que aceita tais depoimentos quando coerentes com as demais provas e ausentes indícios de motivação pessoal para incriminação injusta. 4. A quantidade e as circunstâncias da apreensão (25g de maconha e R\$ 200,00), aliadas a informações que apontavam o réu como traficante, afastam a alegação de posse para consumo próprio, não atendendo aos requisitos do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas. 5. O Tribunal adota o

entendimento de que o tráfico é crime de ação múltipla, exigindo apenas que o agente realize uma das ações tipificadas (como transportar ou trazer consigo), sendo irrelevante a pequena quantidade de droga para descaracterizar o crime. 6. Quanto à dosimetria, ajusta-se a causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º da Lei de Drogas) ao patamar máximo de 2/3, pela não expressiva quantidade de droga. A pena final foi recalculada em dois anos e nove dias de reclusão, com 202 dias-multa, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, mantendo-se a adequação ao princípio do livre convencimento motivado. IV. DISPOSITIVO E TESE 7. Recurso conhecido e desprovido. Tese de julgamento: 8. A configuração do tráfico de drogas exige apenas a subsunção da conduta a um dos verbos do tipo, sendo irrelevante a quantidade de droga e a ausência de comercialização para descaracterizar o tráfico. 9. Testemunhos de policiais, corroborados por outras provas e ausentes indícios de motivação pessoal, são suficientes para fundamentar a condenação. 10. A causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei de Drogas deve considerar a natureza/quantidade de droga, aplicando-se o redutor máximo quando não expressiva. Dispositivos relevantes citados: Lei nº 11.343/06, arts. 28, § 2º, 33, caput e § 4º, e 40, VI; CF/1988, art. 93, IX; Código Penal, art. 59 e art. 33, § 3º. Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no AREsp nº 1997048/ES, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, T5, j. 15/02/2022; STJ, AgRg no AREsp nº 2321706/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, T5, j. 09/05/2023; STF, RE nº 635.659/SP, Tema 506, Repercussão Geral. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0050104-88.2020.8.06.0151, em que figura como apelante Alex de Sousa Queiroz e como apelado o Ministério Público do Estado do Ceará. ACORDAM os Desembargadores integrantes desta 2ª Câmara Criminal deste e. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em CONHECER do recurso para julgar-lhe DESPROVIDO, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 22 de novembro de 2024. Des. Sérgio Luiz Arruda Parente Presidente do Órgão Julgador e Relator. (0050104-88.2020.8.06.0151, Relator(a): SERGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, 2ª CÂMARA CRIMINAL, data de julgamento: 22/11/2024, publicado no DJe: 22/11/2024.)

De acordo com as decisões colacionadas, percebe-se que, por se tratar de presunção relativa, é fundamental que a quantidade de maconha apreendida seja analisada considerando as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de investigar se realmente se trata de droga para consumo próprio ou se destinada ao tráfico. Ainda que a quantidade de droga seja inferior a 40g, pode ser reconhecido o intuito de mercância, como foi o caso do último julgado. Essa defesa de aproximação do Direito à realidade e o consequente distanciamento para a moralidade subjetivista marca tanto a metódica estruturante de Friedrich Muller, quanto a Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli (NOTTINGHAM; SANTIAGO, 2017, p. 197).

3.1.2 Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal (TJ/DF)

As decisões analisadas do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal (TJ/DF) seguem a mesma linha de raciocínio, qual seja, verificar se a quantidade de droga apreendida está dentro do limite de 40g, bem como se o caso apresenta indicadores de traficância, de acordo com o tema 506 do STF, assim temos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE PEQUENA QUANTIDADE DE MACONHA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICADORES DA TRAFICÂNCIA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILÍCITO ADMINISTRATIVO. MATERIALIDADE AFASTADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, em decisão que apreciou o Tema n. 506 da repercussão geral (RE 635.659, Relator Ministro Gilmar Mendes), passou a considerar a posse de pequena quantidade de maconha (até 40 gramas), alegadamente para consumo pessoal, como mero ilícito administrativo, quando não houver outros elementos que indiquem traficância, tais como objetos para pesagem e acondicionamento de porções dos entorpecentes, cadernos de anotações, significativas quantias em dinheiro, entre outros.

2. **Em se tratando de apreensão de apenas 8 (oito) gramas de maconha em posse do paciente, sem outros indicadores suficientes da situação de traficância, não está configurado o requisito da prova da existência do crime que lhe foi imputado, que, conjugado com o perigo do estado de liberdade, autorizam a imposição da medida extrema, que, nesse caso, podem ser substituídas por medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP).** 3. Ordem concedida.(Acórdão 1946562, 0737563-78.2024.8.07.0000, Relator(a): CRUZ MACEDO, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 21/11/2024, publicado no DJe: 02/12/2024.) **(Grifo nosso)**

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC. TEMA 506 DO STF (RE Nº 635.659).

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Apelação criminal devolvida, por determinação da Presidência desta Terceira Turma Recursal (ID 64178442), com fulcro no art. 1.040, II, do CPC, para reexame da matéria e eventual juízo de retratação, devido à tese de repercussão geral firmada pelo STF no Tema 506 (RE n.º 635.659). 2. **No caso sob exame, verifica-se que: i) a denúncia do acusado como incurso nas penas do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 foi julgada improcedente (ID 14230808); (ii) a sentença foi reformada pela Terceira Turma Recursal, para condenar o réu nas penas do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 (ID 14231170); (iii) a denúncia indica que foi apreendida com o réu a quantia de 32,90 (trinta e dois gramas e noventa centigramas) de maconha (ID 14230776).**

II. Questão em discussão 3. A questão em discussão cinge-se a saber se deve ser aplicado ao caso o novo entendimento firmado pelo STF no Tema 506. III.

Razões de decidir 4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 506), realizado em 26.6.2024, foram fixadas as teses fixadas em sede de repercussão geral: “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.”5. Verifica-se a divergência entre o entendimento exarado no acórdão desta Turma Recursal e o do STF no exame da matéria em sede de Repercussão Geral, segundo o qual as sanções previstas nos incisos I e III do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 terão natureza não penal. **6. A quantidade de maconha apreendida com o acusado (32,90 gramas), assim como as circunstâncias do fato (ausência de indícios de mercancia), autorizam a aplicação do Tema 506 do STF ao caso. 7. Assim, em juízo de retratação, reconheço a atipicidade da conduta e absolvo o acusado, com fundamento no art. 386, III, do CPP.** IV. Dispositivo 8. Recurso provido. 9. Decisão proferida na forma do art. 46, da Lei nº 9.099/95, servindo a ementa como acórdão. (Acórdão 1945736, 0010047-96.2016.8.07.0003, Relator(a): DANIEL FELIPE MACHADO, TERCEIRA TURMA RECURSAL, data de julgamento: 18/11/2024, publicado no DJe: 29/11/2024.) **(Grifo nosso)**

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO.

INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS AGENTES POLICIAIS EM CONSONÂNCIA COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/2006. INCIDÊNCIA. REQUISITOS PREENCHIDOS. PRELIMINAR NÃO CONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **2**

(duas) porções de massa líquida de 86,73g (oitenta e seis gramas e setenta e três centigramas) de maconha e de 5 (cinco) porções que perfazem a massa líquida de 100,61g (cem gramas e sessenta e uma centigramas) de cocaína [...] 2. Devidamente comprovadas a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas imputado, especialmente, pelos depoimentos judiciais dos policiais testemunhas, que apreenderam o réu com entorpecentes. **3 Os policiais apreenderam o réu com quantidade considerável de entorpecentes, inviável, assim, o acolhimento do pleito absolvição ou desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 28 da LAD. [...]** 6. Preliminar não conhecida. Recurso conhecido e parcialmente provido. ([Acórdão 1946529](#), 0708516-61.2021.8.07.0001, Relator(a): DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 21/11/2024, publicado no DJe: 02/12/2024.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC. TEMA 506 DO STF (RE Nº 635.659).

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. I. Caso em exame. 1. Apelação criminal devolvida, por determinação da Presidência desta Terceira Turma Recursal (ID 64076004), com fulcro no art. 1.040, II, do CPC, para reexame da matéria e eventual juízo de retratação, devido à tese de repercussão geral firmada pelo STF no Tema 506 (RE n.º 635.659). [...] 3. A questão em discussão cinge-se a saber se deve ser aplicado ao caso o novo entendimento firmado pelo STF no Tema 506. [...] **6. A quantidade de maconha apreendida com o acusado (3,31 gramas), assim como as circunstâncias do fato (ausência de indícios de mercancia), autorizam a aplicação do Tema 506 do STF ao caso. 7. Assim, em juízo de retratação, reconheço a atipicidade da conduta e absolvo o acusado, com fundamento no art. 386, III, do CPP.** IV. Dispositivo 8. Recurso provido. 9. Decisão proferida na forma do art. 46, da Lei nº 9.099/95, servindo a ementa como acórdão. Dispositivos relevantes citados: Lei n.º 11.343/2006, art. 28; CPC, art. 1.040, II. Jurisprudência relevante citada: STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 26.6.2024 (Tema 506). ([Acórdão 1945738](#), 0027656-63.2014.8.07.0003, Relator(a): DANIEL FELIPE MACHADO, TERCEIRA TURMA RECURSAL, data de julgamento: 18/11/2024, publicado no DJe: 26/11/2024.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC. TEMA 506 DO STF (RE Nº 635.659).

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. I. Caso em exame. 1. Apelação criminal devolvida, por determinação da Presidência desta Terceira Turma Recursal (ID 64076004), com fulcro no art. 1.040, II, do CPC, para reexame da matéria e eventual juízo de retratação, devido à tese de repercussão geral firmada pelo STF no Tema 506 (RE n.º 635.659). [...] 3. A questão em discussão cinge-se a saber se deve ser aplicado ao caso o novo entendimento firmado pelo STF no Tema 506. [...] **6. A quantidade de maconha apreendida com o acusado (1,64 gramas), assim como as circunstâncias do fato (ausência de indícios de mercancia), autorizam a aplicação**

do Tema 506 do STF ao caso. 7. Assim, em juízo de retratação, reconheço a atipicidade da conduta e absolvo o acusado, com fundamento no art. 386, III, do CPP. IV. Dispositivo 8. Recurso provido. 9. Decisão proferida na forma do art. 46, da Lei nº 9.099/95, servindo a ementa como acórdão. Dispositivos relevantes citados: Lei n.º 11.343/2006, art. 28; CPC, art. 1.040, II. Jurisprudência relevante citada: STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 26.6.2024 (Tema 506). (Acórdão 1945743, 0002520-84.2016.8.07.0006, Relator(a): DANIEL FELIPE MACHADO, TERCEIRA TURMA RECURSAL, data de julgamento: 18/11/2024, publicado no DJe: 26/11/2024.)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC. TEMA 506 DO STF (RE Nº 635.659).

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO PROVIDO. I. Caso em exame. 1. Apelação criminal devolvida, por determinação da Presidência desta Terceira Turma Recursal (ID 64076004), com fulcro no art. 1.040, II, do CPC, para reexame da matéria e eventual juízo de retratação, devido à tese de repercussão geral firmada pelo STF no Tema 506 (RE n.º 635.659). [...] 3. A questão em discussão cinge-se a saber se deve ser aplicado ao caso o novo entendimento firmado pelo STF no Tema 506. [...] **6. A quantidade de maconha apreendida com o acusado (24,28 gramas), assim como as circunstâncias do fato (ausência de indícios de mercancia), autorizam a aplicação do Tema 506 do STF ao caso. 7. Assim, em juízo de retratação, reconheço a atipicidade da conduta e absolvo o acusado, com fundamento no art. 386, III, do CPP.** IV. Dispositivo 8. Recurso provido. 9. Decisão proferida na forma do art. 46, da Lei nº 9.099/95, servindo a ementa como acórdão. Dispositivos relevantes citados: Lei n.º 11.343/2006, art. 28; CPC, art. 1.040, II. Jurisprudência relevante citada: STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. 26.6.2024 (Tema 506). (Acórdão 1945726, 0002592-80.2016.8.07.0003, Relator(a): DANIEL FELIPE MACHADO, TERCEIRA TURMA RECURSAL, data de julgamento: 18/11/2024, publicado no DJe: 26/11/2024.)

Importante observar que, das 6 (seis) decisões analisadas, apenas em 1 (uma) não houve a desclassificação do delito para aquele previsto no art. 28 da Lei de Drogas, em virtude da quantidade considerável de maconha apreendida (86,73g) e de cocaína (100,61g), bem como das circunstâncias do caso, caracterizando o tráfico. Vale destacar que os demais julgados foram pautados no entendimento do STF, inclusive havendo juízo de retratação em 4 (quatro) casos, de modo a reconhecer a atipicidade da conduta e absolver o acusado. Consta-se que as decisões foram prolatadas em consonância com a teoria garantista, valorizando a proteção dos direitos fundamentais do acusado ao corrigir uma decisão injusta.

Nas palavras do próprio autor italiano, a teoria garantista tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas do exercício arbitrário

de poder, particularmente odioso no direito penal (FERRAJOLI, 2002, p. 08). A correção de prisões decretadas em desacordo com a decisão do Supremo Tribunal alinha-se à teoria garantista, uma vez que efetiva o direito do acusado a um julgamento justo, sem que o poder punitivo do Estado ultrapasse os limites da razoabilidade.

3.1.3 Decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJ/MT)

Foram encontradas apenas 3 (três) decisões do Tribunal do Estado do Mato Grosso (TJ/MT) sobre o tema e todas no mesmo sentido: foi levada em consideração a quantidade de droga apreendida no parâmetro fixado pelo STF, mas que, por si só, não é suficiente para determinar a configuração ou não de crime, devendo ser observados os elementos que indiquem o intuito de mercância. Analisado o caso por esse viés, as três decisões aplicaram o entendimento da Suprema Corte, havendo juízo de retratação positivo:

ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 506 STF. DEVOLUÇÃO PARA POSSÍVEL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030 DO CPC. PORTE DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE SER USUÁRIO E PARA USO PESSOAL. QUANTIDADE APREENDIDA INFERIOR A 40 (QUARENTA) GRAMAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. TEMA N° 506 DO STF. RE 635.659. TESE FIRMADA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA PELO JUIZ SOBRE OS EFEITOS DO USO DA MACONHA E MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA, DE NATUREZA NÃO PENAL. INCISOS I E III DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

O excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659, com *repercussão geral*, Tema n° 506, por maioria, fixou 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)”. **Se a quantidade de maconha apreendida com o autor de fato foi inferior a 40 (quarenta) gramas, salvo elementos que indiquem o intuito de mercancia, presume-se ser usuário, por isso sua conduta não tipifica infração penal, consoante decisão do STF, no Tema n° 506 de repercussão geral.** Os autos devem ser devolvidos ao juízo “a quo” para análise a respeito de aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos do uso da cannabis sativa (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III), em procedimento de natureza não penal, consoante item 2 da decisão do referido Tema. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO, conforme previsão inserta no art. 1.030, II, do CPC. (N.U 1008679-11.2022.8.11.0004, TURMA RECURSAL

CRIMINAL,
VALMIR ALAERCIO DOS SANTOS, Terceira Turma Recursal, Julgado em 02/09/2024, Publicado no DJE 06/09/2024). (**Grifo nosso**)

ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 506 STF. DEVOLUÇÃO PARA POSSÍVEL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030 DO CPC. PORTE DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE SER USUÁRIO E PARA USO PESSOAL. QUANTIDADE APREENDIDA INFERIOR A 40 (QUARENTA) GRAMAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. TEMA Nº 506 DO STF. RE 635.659. TESE FIRMADA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA PELO JUIZ SOBRE OS EFEITOS DO USO DA MACONHA E MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA, DE NATUREZA NÃO PENAL. INCISOS I E III DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

O excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659, com *repercussão geral*, Tema nº 506, por maioria, fixou 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)”. **Se a quantidade de maconha apreendida com o autor de fato foi inferior a 40 (quarenta) gramas, salvo elementos que indiquem o intuito de mercancia, presume-se ser usuário, por isso sua conduta não tipifica infração penal, consoante decisão do STF, no Tema nº 506 de repercussão geral.** Os autos devem ser devolvidos ao juízo “a quo” para análise a respeito de aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos do uso da cannabis sativa (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III), em procedimento de natureza não penal, consoante item 2 da decisão do referido Tema. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO, conforme previsão inserta no art. 1.030, II, do CPC. (N.U 1006108-33.2023.8.11.0004, TURMA RECURSAL CRIMINAL,

VALMIR ALAERCIO DOS SANTOS, Terceira Turma Recursal, Julgado em 19/08/2024, Publicado no DJE 22/08/2024)

ACÓRDÃO DA TURMA RECURSAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 506 STF. DEVOLUÇÃO PARA POSSÍVEL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.030 DO CPC. PORTE DE CANNABIS SATIVA. ALEGAÇÃO DE SER USUÁRIO E PARA USO PESSOAL. QUANTIDADE APREENDIDA INFERIOR A 40 (QUARENTA) GRAMAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. TEMA Nº 506 DO STF. RE 635.659. TESE FIRMADA. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA PELO JUIZ SOBRE OS EFEITOS DO USO DA MACONHA E MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA, DE NATUREZA NÃO PENAL. INCISOS I E III DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO.

O excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 635.659, com *repercussão geral*, Tema nº 506, por maioria, fixou 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)”. **Se a quantidade de maconha apreendida com o autor de fato foi inferior a 40 (quarenta) gramas, salvo elementos que indiquem o intuito de mercancia, presume-se ser usuário, por isso sua conduta não tipifica infração penal, consoante decisão do STF, no Tema nº 506 de repercussão geral.** Os autos devem ser devolvidos ao juízo “a quo” para análise a respeito de aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos do uso da cannabis sativa (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III), em procedimento de natureza não penal, consoante item 2 da decisão do referido Tema. JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO, conforme previsão inserta no art. 1.030, II, do CPC. (N.U 1011696-33.2021.8.11.0055, TURMA RECURSAL CÍVEL, VALMIR ALAERCIO DOS SANTOS, Terceira Turma Recursal, Julgado em 12/08/2024, Publicado no DJE 15/08/2024) **(Grifo nosso).**

Portanto, foram apresentadas neste trabalho um total de 15 (quinze) decisões, sendo 6 (seis) do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE), 6 (seis) do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal (TJ/DF) e 3 (três) do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJ/MT). Da análise destes julgados, verificou-se que em 13 (treze) casos não houve tipificação de infração penal, considerando-se que a droga era para consumo próprio e não para o tráfico, levando em conta a quantidade de droga apreendida e as circunstâncias fáticas da prisão, nos moldes do entendimento firmado pelo STF no Tema 506 de repercussão geral.

4 CONCLUSÃO

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 foi declarado inconstitucional e com isso, como já mencionado neste trabalho, afasta do citado artigo o efeito penal para quem incorrer em tal dispositivo, contudo, continuam mantidas as medidas existentes. Com base nisso, percebe-se que a declaração de inconstitucionalidade do citado artigo versa sobre aspectos desarrazoados e talvez injustos, pois fere o princípio da proporcionalidade, onde tal princípio está diretamente relacionado ao princípio da lesividade. Tal tratamento penal dado às condutas desse artigo gera uma restrição de desproporcionalidade ao bem jurídico que se destina a tutelar.

Com o presente trabalho, é possível inferir que criminalizar o porte de drogas para

consumo pessoal violaria também o princípio da igualdade, pois traz estigma a diversas pessoas que fazem uso de determinadas substâncias conhecidas como ilícitas e que se tornam nocivas tanto quanto as que são consideradas lícitas, como o álcool. Nesse sentido, transgride o princípio da liberdade interferir no livre arbítrio que os indivíduos possuem de agir conforme a sua vontade, de forma que não atinjam direitos alheios, e, dessa forma, não confrontaria a dignidades dessas pessoas, passando a estigmatizá-las.

Portanto, o artigo 28 foi entendido como inconstitucional e, com as análises jurisprudenciais dos Estados do Ceará, Distrito Federal e Mato Grosso, constatou-se que os acórdãos têm decidido de modo variado, sempre levando em consideração o caso concreto, pois não basta apenas portar consigo a quantia de até 40 (quarenta) gramas e ser considerado porte para consumo. As decisões têm trazido em seu bojo a necessidade de verificar cada situação *in*

concreto para que assim seja possível adequá-lo à recente decisão que versa sobre o tema em referência.

Nota-se que os tribunais, ao assegurar os direitos fundamentais do acusado em todas as fases do processo, inclusive no que tange à revisão da pena e ao se debruçar sobre os elementos fáticos de cada caso concreto, estão efetivando a Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli. A referida teoria sustenta o equilíbrio e a proporcionalidade na atuação do Estado no que tange ao seu poder punitivo, visando minimizá-lo e, assim, evitar a violação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, preservando sua liberdade.

Por fim, consoante à pesquisa realizada, importa salientar que as decisões vêm seguindo a linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, e, quando se deparam com a situação de usuário, realizam juízo de valor sobre o caso e fazem remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal. Além disso, também percebeu que não basta o indivíduo ser usuário de drogas, pois isso por si só, não pode excluir a sua condição de traficante, pois como se sabe, o crime é tido como comum e pode ser cometido por qualquer pessoa, o que inclui o usuário de entorpecentes. Sendo assim, necessário verificar cada caso para então decidir sobre a decisão que melhor recai sobre a situação em análise.

Pensamento Jurídico, São Paulo, Brasil, v. 16, n. 2, 2022. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/642>. Acesso em: 25 nov. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: STRECK, Lênio Luiz; KARAN, André Trindade (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 8-68.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Luis Flávio Gomes et alii. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: a teoria do garantismo penal*. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 91.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4ª Ed- Niterói, RJ: Impetus, 2009.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Editorial. A (evidente) inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal: o que está em debate no Supremo e a persistência do paradigma proibicionista. *Boletim IBCCRIM*. ANO 27 - Nº 319 - JUNHO/2019 - ISSN 1676-3661.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTTINGHAM, Andréa De Boni; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DIAS, Eduardo Rocha. UMA ANÁLISE HERMENÊUTICO-GARANTISTA DAS RAZÕES DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, Brasil, v. 18, n. 7, p. 191–213, 2017. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3068. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3068>. Acesso em: 3 nov. 2024.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; DOS SANTOS, Jorge Luís Ribeiro; FERREIRA, Leandro de Oliveira, et al. *Direitos humanos: desafios contemporâneos*. 1ª ed. Belém: RFB, 2023.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

. Supremo Tribunal Federal - *HC: 107448/MG*, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 18/06/2013, Primeira Turma. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806235/habeas-corpus-hc-107448-mgstf/inteiro-teor-112280004>. Acesso em: 4 de nov. de 2024.

. Supremo Tribunal Federal – *RG RE: 635659/SP* – São Paulo, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 08/12/2011, Data de Publicação: 09/03/2012.

Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629388/repercussaogeral-no-recurso-extraordinario-rg-re-635659-sp-sao-paulo/inteiro-teor-311629398>>. Acesso em 4 de nov. de 2024.

. Supremo Tribunal Federal – *RE: 635.659/SP* – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível

em:<https://site.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Anotacoes_para_o_voto_oral_do_Ministro_Barroso.pdf>. Acesso em: 4 de nov. de 2024.

. Supremo Tribunal Federal – *RE: 635.659/SP*. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas- pra-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em 4 de nov. de 2024

VALOIS, Luís Carlos. O Direito Penal da Guerra às Drogas. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VARGAS RAMOS, Beatriz; DE OLIVEIRA CHAVES, Álvaro Guilherme. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 102–126, 2020. Disponível em:

<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30097>. Acesso em: 25 nov. 2024.