



ESTADO DE SANTA CATARINA
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
 Terceira Turma Recursal

Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090, da Capital - Eduardo Luz
 Relator: Juiz Alexandre Morais da Rosa

USO DE DROGAS – ART. 28 DA LEI 11.343/06. ATIPICIDADE DA CONDOTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

Não configura o tipo do art. 28 da Lei 11.343/06 a posse de pequena quantidade de droga para fins pessoais porque o Estado não pode punir a autolesão e o efeito para incolumidade pública sempre será irrelevante penalmente, dada a insignificância.

Nilo Batista: *“Pessoas que realmente sejam viciadas em drogas – lícitas ou ilícitas – precisam de ajuda, e sua família, seus amigos, sua comunidade, seus colegas, seus companheiros de trabalho, grupos especialmente capacitados de pessoas que vivenciaram o mesmo problema, e até médicos, devem-lhes essa ajuda. O Estado pode fomentar os caminhos dessa assistência, mediante programas que facilitem recursos para sua execução. O sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção positiva sobre o viciado. A descriminalização do uso de drogas abre perspectiva para uma abordagem adulta do problema e renuncia a tomar a sentença criminal como exorcismo.”.*

ACORDAM os integrantes da Terceira Turma Recursal, por unanimidade, por conhecer do recurso e dar-lhe provimento, decretando a absolvição do acusado ante a atipicidade da conduta. Sem custas e honorários advocatícios.

Florianópolis, 06 de maio de 2020.

Alexandre Morais da Rosa
RELATOR



ESTADO DE SANTA CATARINA
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
 Terceira Turma Recursal

Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

2

I – RELATÓRIO.

Dispensado nos termos do art. 46 da Lei n. 9.099/95.

II – VOTO.

Trato de Apelação interposta contra sentença que condenou o acusado pela prática da infração de posse de drogas para consumo próprio, descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Postula o recorrente, em suma, a reforma do julgado para que seja o acusado absolvido da imputação.

Passo à fundamentação.

O discurso matreiro da guerra “contra às drogas” movimenta o que há de mais básico no ser humano: seu desalento constitutivo em busca de segurança. Esse discurso, fomentado ideologicamente, impede o enfrentamento da questão de maneira democrática e não na eterna luta illusória entre o bem e o mal. Há farta bibliografia devidamente exorcizada,¹ em especial Carvalho,² Batista (Vera e Nilo), Orlando Zaccone³, Luís Carlos Valois⁴, Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior⁵ e Rosa Del Olmo.⁶ De qualquer forma, no *sensu comum teórico* (Warat) prevalecem as *every day theories* (Baratta). A abordagem da questão da drogadição pressupõe que se saiba que o discurso oficial escamoteia

¹ BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 66; BATISTA, Vera Malaguti. O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel. *Revista Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5, n. 12, pp. 191-192.

² CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

³ ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁴ VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

⁵ SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *A guerra ao crime e os crimes da guerra*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁶ DEL OMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.



Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

3

o interesse no fomento da droga. Girando o discurso, ou seja, dizendo o que se quer que se acredite, induz-se a população no discurso do "inimigo interno", do "mal", da "cultura do medo", mantidos com inconfessáveis interesses ideológicos. Com a queda do Muro de Berlim e o fim da guerra fria, para justificação da opressão, precisou-se de um novo inimigo, não mais externo, mas interno.⁷ Nesse contexto, o discurso de almanaque tornou a droga o grande bode expiatório (René Girard), convertendo-se em *“todos os males que afligem o mundo contemporâneo porque a própria palavra está funcionando como estereótipo, mais do que como conceito”*.⁸ O desconhecido, o estrangeiro,⁹ o mito, o demônio com nova roupagem, materializado pela droga. É preciso se dar conta de que nas "Drogarias" existem muitas que causam dependência sim, mas não constam da Portaria – que completa o tipo penal em branco da Lei n. 11.343/06. O diferencial é que são proibidas, somente. Não importam os efeitos, mas somente se está na lista.¹⁰ Procede, desta forma, o argumento de Del Omo: *“O importante, portanto, não parece ser nem a substância nem sua definição, e muito menos sua capacidade ou não de alterar de algum modo o ser humano, mas muito mais o discurso que se constrói em torno dela. Daí o fato de se falar*

⁷ MEAD, Walter Russell. *Poder, Terror, Paz e Guerra: os Estados Unidos e o mundo contemporâneo sob ameaça*. Trad. Bárbara Duarte. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

⁸ DEL OMO, Rosa. *A face oculta da droga...*, p. 22.

⁹ KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos*. São Paulo: Rocco, 1994, p. 9.

¹⁰ Ilustrativa esta situação: GOMES, Luiz Flávio. Descriminalização do Cloreto de etila, in www.direitocriminal.com.br, 29.12.2000: “A Resolução n. 104, de 06.12.2000, publicada no DOU de 07.12.2000, p. 82, da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a pretexto de autorizar o emprego do cloreto de etila pelas indústrias químicas, retirou-o da Lista F2 (que relaciona as substâncias entorpecentes ou psicotrópicas) e o colocou na Lista D2 (que enumera os insumos químicos precursores, que não são proibidos, senão apenas controlados pelo Ministério da Justiça). Conseqüentemente, no período de 07.12.2000 a 14.12.2000 houve descriminalização do cloreto de etila, isto é, *abolitio criminis*. Desde 15.12.2000, entretanto, com a republicação da Resolução 104, no DOU da mesma data (n. 241-E), voltou a proibição do lança-perfume. Mas essa republicação, como alterou completamente o texto anterior, é uma verdadeira lei nova, valendo tão-somente para fatos ocorridos a partir dela (e no que ela trouxe de novo: cfr. STF, RE 163.851, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 25.11.94, pp. 32.310). A republicação não tem eficácia retroativa porque é prejudicial aos réus. Eficácia retroativa tem a primeira publicação, de 07.12.2000, por ser mais benéfica. Conclusão: todos os fatos envolvendo lança-perfume ocorridos no nosso país até 14.12.2000 estão completamente fora de qualquer conseqüência jurídico-penal relacionada com a Lei de Tóxicos. Pode eventualmente a conduta configurar contrabando, mas já não incide para esses fatos passados a lei de tóxicos.”



Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

4

*da 'droga', e não das 'drogas'.*¹¹ Assim é que se acresce ao condicionante econômico a consequência ideológica e geopolítica do manejo discursivo do inimigo, capaz de justificar a opressão no mundo da vida,¹² da forma mais naturalizada possível, fazendo que muitos incautos sejam seduzidos por este discurso, tolerando inclusive a violação da Democracia em nome da internacionalização do combate. Vera Batista assinala: *“Não há nada mais parecido com a inquisição medieval do que a atual guerra santa contra as drogas, com a figura do traficante – herege que pretende apossar-se da alma de nossas crianças. Essa cruzada exige uma ação sem limites, sem restrições, sem padrões regulativos. A droga se converte no grande eixo – moral, religioso, político e étnico – da reconstrução do inimigo interno, ao mesmo tempo que produz verbas para o capitalismo industrial de guerra. Esse modelo bélico produz marcas no poder jurídico, produz a banalização da morte. Os mortos desta guerra têm uma extração social comum: são jovens, negros/índios e são pobres.”*¹³ Mas não é só.

No caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 é a "integridade física" e não a "incolumidade pública", diante da ausência de transcendência da conduta, e a Constituição da República (art. 3º, I, e art. 5º, X), de cariz "Liberal", declara, como Direito Fundamental, consoante a Teoria Garantista (Ferrajoli), a liberdade da vida privada, bem como a impossibilidade de penalização da autolesão sem efeitos a

¹¹ DEL OMO, Rosa. *A face oculta da droga...*, p. 22.

¹² BERGALLI, Roberto. Fallacia garantista nella cultura giuridico penale di lingua ispanica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (org.) *Le ragioni del garantismo*: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993, p. 193. O que se verifica é a produção de direito penal não inspirado por razões penais: “L’inasprimento dei sistemi penali contemporanei non è soltanto il prodotto di usi abusivi degli strumenti punitivi a disposizione della polizia, della giurisdizione o delle carceri; è, prima di tutto, il risultato di una produzione di diritto penale o processuale penal assoggettata a ragioni non giuridiche.”

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel...*, pp. 191-192.



Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

5

terceiros.¹⁴ Para seu reconhecimento pode-se declarar a nulidade parcial sem redução do texto¹⁵ do art. 28 da Lei n. 11.343/06, nos casos de porte de pequenas quantidades para uso próprio, nos quais os usuários devem ser encaminhados, se quiserem, e não segregados, dado que o simples aniquilamento da liberdade pouco contribui para o efetivo enfrentamento da questão.

Cumprе recordar a discussão proposta por Rodriguez entre os modelos de Hart e Dworkin¹⁶ acerca dos casos difíceis (*Hard cases*), na qual analisa o julgamento de um cidadão que requereu junto à Corte Suprema da Colômbia a autorização para o porte e o consumo de doses pessoais de droga. Após discorrer sobre a textura aberta das normas jurídicas, os problemas da discricionariedade judicial, a partir da proposta de Hart, Rodriguez assevera que a inconstitucionalidade da proibição do porte e uso de quantidades pessoais de droga encontra apoio na princípio constitucional do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana. Isto porque o Estado não deve assumir uma postura dirigista frente ao sujeito. Deve garantir o direito impostergável deste de conduzir sua vida conforme lhe convier, desde que não violados direitos de terceiros. “*Herbert sigue sus convicciones morales y políticas liberales y sostiene que del derecho al libre desarrollo de la personalidad se sigue sin duda la inconstitucionalidad de la prohibición.*”¹⁷ De outra face, com base em Dworkin e seu método Hércules, fundamentado nos princípios, Rodriguez defende que existe a possibilidade de se apurar a resposta correta (Direito como integridade¹⁸) e, na hipótese, o Juiz-Hércules deve se basear nos princípios mais valiosos do ponto de vista moral e político, compatíveis com as práticas constitucionais. Assim é que “*La decisión de Hércules no es determinada*

¹⁴ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias...

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 453-462. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 274.

¹⁶ RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial – El debate Hart Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Facultad de Derecho de los Andes, 1997, pp. 68-89.

¹⁷ RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial...*, p. 75.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Fontes Martins, 2000.



Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

6

*por el hecho de que la mayoría de los ciudadanos piense que se debe penaliza el porte y consumo de dosis personales de droga, porque la tarea del juez es proteger derechos, incluso – y sobre todo – contra el parecer de la mayoría. En este caso, la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad milita em favor de la inconstitucionalidad de la prohibición”.*¹⁹

Na mesma linha foi a decisão da Corte Suprema Argentina, a qual declarou inconstitucional a criminalização de pequenas quantidades de droga para consumo próprio, consoante explica Sckmunck, da Universidade de Córdoba: *“En dichos fallos se establece que: El art. 19 C.N. impone límites a la actividad legislativa consistentes en exigir que no se prohíba una conducta que desarrolle dentro de la esfera privada entendida ésta no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, protegidas por el art. 18 C.N., sino como aquellas que no ofendan al orden, a la moralidad pública, esto es que no perjudiquen a terceros. Las conductas del hombre que se dirijan sólo contra sí mismos, quedan fuera del ámbito de las prohibiciones. No está probado – aunque si reiteradamente afirmado dogmáticamente – que la incriminación de simple tenencia de estupefacientes, evite consecuencias negativas concretas para el bienestar y la seguridad general. La construcción legal del art. 6 de la ley 20.771, al preveer una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a prejuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad (Fallos de la C.S.J.N/86:1392).”*²⁰ Assim é que a decisão invocada, proferida pela Corte Suprema Argentina, longe de autorizar o consumo ilimitado, pretende, resgatando o primado constitucional da liberdade de autogoverno dos cidadãos da República, sem discursos totalitários (no caso da droga, americanizados), ensejar a escolha democrática daqueles envolvidos com droga em vez do simples aniquilamento. É, em suma, reconhecer a *dignidade da*

¹⁹ RODRIGUEZ, César. *La Decision Judicial...*, p.83.

²⁰ SCKMUNCK, Romina. A. Represión de la tenencia de estupefacientes para uso personal. In: *Direito penal & Criminologia. Anais do XIII Congresso Latino-Americano, V Ibero-Americano e I do Mercosul de Direito Penal e Criminologia*. Curitiba: Juruá, [s.d.]. pp. 251-259:



ESTADO DE SANTA CATARINA
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
 Terceira Turma Recursal

Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

7

peessoa humana (Sarlet), enfrentando a questão da droga de maneira séria e democrática. Havendo demanda pode-se auxiliar. Aniquilar, excluir nunca foi, nem será, uma solução democrática. Essa mudança de perspectiva é necessária para o efetivo cumprimento da promessa de *dignidade da pessoa humana*.

Destaque-se, ainda, a visão lúcida de Nilo Batista: *“Pessoas que realmente sejam viciadas em drogas – lícitas ou ilícitas – precisam de ajuda, e sua família, seus amigos, sua comunidade, seus colegas, seus companheiros de trabalho, grupos especialmente capacitados de pessoas que vivenciaram o mesmo problema, e até médicos, devem-lhes essa ajuda. O Estado pode fomentar os caminhos dessa assistência, mediante programas que facilitem recursos para sua execução. O sistema penal é absolutamente incapaz de qualquer intervenção positiva sobre o viciado. A descriminalização do uso de drogas abre perspectiva para uma abordagem adulta do problema e renuncia a tomar a sentença criminal como exorcismo.”*²¹

De outra parte, ainda, poder-se-ia recordar os aspectos neoliberais²² (Friedman e Hayek), dos quais não compartilho na totalidade e apenas noticio juntamente com a crítica consistente de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: *“Sua Excelência, o consumidor! Eis a representação da questão de fundo neoliberal. O ponto final, quem sabe, o cúmulo do absurdo, segue sendo a defesa que fazem os neoliberais da legalização do uso das drogas. Sua Excelência, o consumidor, aqui, gira o sentido bonificador com que se apresentam os neoliberais, para apresentar suas verdadeiras faces, mutatis mutandis, como em um ato falho. Tomemos um exemplo do excelente trabalho de Luis Días Müller: ‘Los partidarios de la legalización del consumo de drogas argumentan que la prohibición corrompe a la sociedad y mata al ciudadano, no la droga. El premio Nobel de Economía (1976), Milton Friedman, estima que es inevitable legalizar las drogas y que la legalización es el único camino para*

²¹ BATISTA, Nilo *Punidos e Mal Pagos...*, p.66.

²² Para quem não sabe, em 1937, os EUA criaram a *Marihuana Tax Act* (Ato de Imposto sobre a Maconha). Se arrecadava como queria Friedman.



ESTADO DE SANTA CATARINA
 PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
 Terceira Turma Recursal

Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

8

acabar con la violencia que rodea al narcotráfico: 'El gobierno debe hacerse responsable ante la sociedad de los miles de víctimas inocentes que causa la droga por ser una mercancía ilegal. El ciudadano es la última víctima de esa gran locura.' (FRIEDMAN, Milton. *Libre competencia para la droga, Madrid, Cambio 16 América, nº 1.069, 18.05.92, p. 20*). *Friedman opina que es un problema de mercado: cuanto más difícil resulte conseguir el producto, mucha más demanda habrá y mucho más caro será su precio. Opina que la liberalización del mercado de las drogas elimina de inmediato los beneficios desproporcionados que aporta un producto ilegal. Cita, en su favor, el caso de la prohibición del alcohol, durante los años 20 en Estados Unidos: 'Imagino que Estados Unidos tendrían la mitad de presos en las cárceles, 10.000 homicidios menos cada año, desaparecería la violencia de los ghettos, la gente podría salir a las calles sin temer por sus vidas, y los que hoy son adictos a las drogas, no tendrían que convertirse en criminales para poder conseguir cada una de sus dosis, además de estar seguros de la calidad del producto.'* (FRIEDMAN, Milton. *Ob. cit., p. 28*). (MULLER, Luis Días. *El imperio de la razón: drogas, salud y derechos humanos, México: UNAM, 1994, pp. 101-102*).”²³

Desta forma, presente o primado material da Constituição (Ferrajoli), bem assim da existência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito impostergável de escolha (liberdade) do sujeito por situações que lhe digam respeito (CR, art. 3º, I, e 5º, X), inalienados – por serem fundamentais –, utilizando-se, ainda, do recurso hermenêutico da *nulidade/inconstitucionalidade parcial sem redução do texto*, cumpre declarar a inconstitucionalidade material sem redução do texto do tipo de uso, na hipótese de porte e consumo de doses pessoais de droga,²⁴ rejeitando-se, assim, a teoria da existência de uma difusa

²³ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza'...*, p. 195.

²⁴ Amilton Bueno de Carvalho, no julgamento da Apelação Crime nº 70001981422 (TJRS), deixou assentado: “Além disso, o 'crime' em tela não possui vítima sendo que a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde atenta, assim como aquele que contra a própria vida – bem jurídico maior – atenta. Logo, inconstitucional (Salo de Carvalho).”



Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

9

saúde pública!²⁵ Como bem pondera Miranda Coutinho, em complemento: *“Pois bem, é imprescindível, hoje, discutir a questão das drogas, quiça para liberalizá-las; nunca, porém, a partir de uma visão caolha, efficientista desde que mercadológica, desumana desde que liberar, aqui, significa descomprometer os governos no auxílio aos usuários; e hipócrita porque, no fundo, remaneja o lugar do lucro. A única coisa que não é, é ser ilógica: seria estúpido a um neoliberal pensar diferente! Tudo, enfim, está na protocélula: a epistemologia neoliberal e sua vertente racional-economicista.”*²⁶.

O saudoso professor Alessandro Baratta deixou evidenciado em toda sua obra que a maior resistência à descriminalização é da (manipulada) opinião pública. Todavia, essa atitude repressiva desfruta do aspecto simbólico e proporciona a ilusão da segurança, bem como da resolução do conflito. A ilusão

²⁵ ARBEX JR., José; TOGNOLLI, Claudio Julio. *O século do crime...*, p. 211: “Não raro, os que combatem o uso de drogas utilizam-se de noções higiênicas, profiláticas e sanitárias para combater as epidemias, como a Aids. É verdade que o consumo de drogas – em particular, as injetáveis – constitui, potencialmente, um perigo real para a vida das pessoas, em vários sentidos: contaminação por vírus, injeção de substâncias nocivas (como o éter e o ácido sulfúrico utilizados para o refino da cocaína) e alterações no metabolismo que podem ter implicações neurofisiológicas. Mas também é verdade que existem várias alternativas para combater esse problema, incluindo a eventual legalização das drogas, com a utilização do dinheiro obtido com os impostos na construção de hospitais, centros de recuperação e programas educativos. A retórica puritana, como o jargão policial, é sempre terrorista. Não oferece saídas, senão o abandono puro e simples do consumo de drogas. A alternativa é a desgraça, a decadência total do indivíduo, uma vida sombria e sofrida, tudo isso tendo como pano de fundo a repressão policial e a coerção moral exercida pelos indivíduos 'de bem'. (...) Isso tudo é decorrência do lugar simbólico que a droga ocupa: é o mal que deve ser erradicado. Ninguém poderia propor a 'recuperação de Satã'. A única forma de combater o demônio é exorcizá-lo e expulsá-lo para sempre do mundo dos puros.”

²⁶ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *Glosas ao 'Verdade, Dúvida e Certeza'...*, p. 195.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
Terceira Turma Recursal

Apelação n. 0000387-03.2017.8.24.0090

10

é perfeita na cultura do repasse de responsabilidades, as quais, ao final, acabam incidindo na pessoa da própria vítima/autor.

Por tudo isso, voto pelo reconhecimento da atipicidade da conduta, com a consequente absolvição do acusado.

Este é o voto.