



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

Renato Marinzeck da Silva

Aluno do Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas (São Sebastião do Paraíso/MG).

Cildo Giolo Júnior (Orientador)

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, pela UMSA (Buenos Aires-Argentina), Mestre em Direito Público, pela UNIFRAN (Franca/SP), Especialista em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Franca, Professor de Direito Processual Civil, UNIFRAN (Franca/SP) e LIBERTAS Faculdades Integradas (São Sebastião do Paraíso/MG), e de Direito Constitucional da FAFRAM/FEI (Ituverava/SP), Advogado.

RESUMO

O artigo 28 da novel Lei de drogas (11343/06) despenalizou a conduta de portar, adquirir, guardar entorpecentes para consumo pessoal. Apesar da bela iniciativa do legislativo brasileiro, tal ação não resolveu o problema do toxicodependente que comete delitos para suprir o vício. A política criminal brasileira é um instrumento de exclusão social, com foco na idéia predominante da população em geral de que bandido tem que estar é na cadeia. Este trabalho analisa a deficiência da Política Criminal adotada nos país, pois não se busca resolver os problemas sociais que levaram o agente ao vício, mas apenas resolver o problema imediato da questão, a subtração de bens.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Social; Drogas; Crimes contra o patrimônio; Política Criminal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito e objetivos do direito social; 2 A expansão do direito penal; 2.1 Descrédito de outras instâncias de proteção; 3 Política criminal; 3.1 política criminal descarcerizadora; 4 a relação entre drogas e criminalidade; 4.1 usuário na lei 11.343/06; 4.2 Despenalização, descriminalização e a abolitio criminis; 4.3 Relação da toxicomania e crimes contra o patrimônio; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Conforme pesquisas de estatística e doutrina, parte dos crimes contra o patrimônio (principalmente o furto) possuem como combustível base o suprimento do vício em entorpecentes (COSTA; LEAL, 2004, p. 41-42; POSTERLI, 1997, p. 160-161). Entretanto, tal fato não é compartilhado na política criminal brasileira, pois o viciado em drogas processado pela justiça criminal, após delinquir contra patrimônio alheio, recebe uma reprimenda penal. Geralmente, esta é uma pena privativa de liberdade.

Hoje a política criminal e o Judiciário em geral acabam usando o Direito Penal como



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

instrumento de exclusão social, com foco na idéia predominante da população em geral de que “bandido tem que estar é na cadeia” (GOMES, 2007-2008, p. 85; FRADE, 2008, p. 110). Ora, o dependente não é um criminoso e sim uma pessoa doente. Sendo assim, necessita de uma solução social, de cunho estatal, ou seja, apoio e tratamento médico. Ao trancafiá-lo, o Estado se omite, achando que o problema está resolvido, pois o “bandido” foi preso.

Esta mentalidade é fruto da atual Política Criminal aplicada no país, em que a idéia geral é de que legislar na área penal é majorar penas, caso clássico da Lei de Crimes Hediondos. Praticamente não há pesquisas estatais que investiguem as causas do delito, como e por que o agente chegou ao crime.

É necessário que se aprofunde no histórico do denunciado, para entender o que o levou ao delito. Afinal, apenas julgá-lo e conceder-lhe uma reprimenda não resolve o cerne da questão, já que em pouco tempo o vício o levará a novos problemas com a lei.

1 CONCEITO E OBJETIVOS DO DIREITO SOCIAL

Os direitos sociais, no conceito de José Afonso da Silva (2005, p. 286) são: “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais”. Em outras palavras, são liberdades positivas, de aplicação obrigatória em um Estado Social de Direito, exigindo deste uma atuação firme na busca da igualdade social e econômica da população em geral. Também são direitos de eficácia progressiva, pois a medida que a sociedade evolui, estes igualmente se modificam, à medida que sua eficácia decai e as necessidades gerais da população crescem.

Têm por finalidade a melhoria das condições sociais dos hipossuficientes, visando a igualdade econômica, fundamento basilar da Constituição Federal (CF) em seu artigo 3º, inciso III¹. Tal atuação deve se materializar em práticas políticas que visem o pleno desenvolvimento humano, especialmente nas camadas mais pobres da sociedade, gerando maior acesso ao trabalho e necessidades básicas à dignidade humana (MOURA, 2002, p. 79).

Estas práticas devem ser capazes de diminuir os contrastes localizados na população em geral, de preferência no início da formação da sociedade, sendo esta construída então de cidadãos livres e iguais.

Enfim, não são responsáveis pela injustiça, mas devem zelar pela remoção desta.

Sua previsão consta no artigo 6º ao 11 da Constituição Federal, os quais são: direito à saúde, trabalho, lazer, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade, educação e assistência aos desamparados.

Este último, liga-se de forma basilar com os princípios da apreciação de lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV), e ampla defesa (art. 5º, LV), todos da atual Magna Carta brasileira.

Tais princípios tratam basicamente das garantias básicas do cidadão, processado criminalmente ou civilmente por outra parte, de “condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário” (MORAES, 2005, p. 93). Como se vê, uma das formas de assistência

¹ “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

aos hipossuficientes pelo Estado, deve ser a assegução de que estes consigam realmente se defender quando acionados na justiça.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é um instrumento de proteção de bens jurídicos importantes. Nas sociedades atuais, ele está em franca expansão, pelos seguintes motivos: a) generalização de novos bens jurídicos; b) valorização de bens que antes não eram tão valorados (ex. meio ambiente); c) mudanças sociais e culturais mudando os parâmetros de valoração (ex. patrimônio histórico-artístico) (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

Hoje é lugar comum caracterizar o modelo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade de riscos”. O cidadão sai de casa e não sabe se volta, as pessoas não vêem o Direito realmente protegendo-as da criminalidade. Entretanto essa sociedade elege alguns poucos indivíduos como fonte de riscos pessoais e patrimoniais. Estes são os marginalizados, moradores de regiões periféricas, que por não terem a qualificação necessária exigida numa sociedade altamente competitiva, são relegados ao trabalho informal ou ao desemprego.

A sociedade de risco assim, não dá ao elemento que nela reside a sensação de segurança. Afinal, até o consumo de certos produtos pode se tornar perigoso, por exemplo o consumo de carne durante a crise da vaca louca ou da gripe aviária. A consequência disto no Direito é a exasperação dos delitos omissivos, gerando ou modificando tipos penais, caso clássico da legislatura brasileira (FRADE, 2008, p. 110).

É interessante notar que nas sociedades modernas, as revoluções tecnológicas chegam em velocidade estonteante, principalmente no setor de comunicações. O homem moderno é bombardeado com as mais diversas informações (a maioria inúteis, diga-se de passagem), mas mesmo assim ele sente-se inseguro. Afinal, quem é que deve satisfazer as necessidades da população no setor de segurança a não ser as autoridades públicas? Mas exatamente neste setor, os cidadãos não conseguem ser atendidos.

Pode-se listar dois motivos. Em primeiro lugar, o legislador muitas vezes vem de camadas elitizadas da população e teve pouco contato com a violência real vivida pela maioria da população. Assim não consegue (e muitas vezes não se importa) entender a realidade em que essas camadas vivem. Em consequência, para tentar responder aos anseios dos eleitores, cria leis não voltadas a cidadania, mas a exclusão de quem não se encaixa na ordem social considerada correta (FRADE, 2008, p. 47, 110).

Outro motivo, consequência do primeiro, é a excessiva produção legislativa penal existente no país, que acabou por destruir toda a harmonia e coerência do sistema legal brasileiro, com normas que violam as garantias jurídico-penais asseguradas na CF vigente (BITENCOURT, 2009, p. 557).

Entretanto, analisados os perigos reais, que realmente existem de forma objetiva, podemos notar que há um exagero em muitos casos. Afinal os focos de violência graves são problemas mesmo, apenas nos grandes centros. Mas a vinculação de suas informações pelos canais de comunicações, tornam o perigo subjetivo muito mais temeroso que o perigo objetivo. Seria uma espécie de sensibilidade de risco elevadíssima (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 37). Em suma, as pessoas sentem medo por perigos que na prática não podem lhes fazer mal.

Isso não significa que a culpa do sentimento de insegurança da população seja dos meios de



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

comunicação. Na verdade, essas notícias apenas potencializam medos já existentes nos cidadãos, que por meio delas encontram um excelente canal para afluírem, pois o “o medo do crime aparece como uma metáfora da insegurança generalizada” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 40).

O Direito Penal surge então como a grande solução para proteger a sociedade. O perigo reside na pressa em redigir novas leis no calor do momento (algo comum no Brasil) que pode gerar a quebra de garantias fundamentais no Estado de Direito.

Outro problema que surge na sociedade moderna é a descrença das pessoas na aplicação prática do Direito Penal. A idéia que se tem é que as leis não servem à vítima mas ao delinqüente.

Temos também a questão do adolescente infrator. É obvio que o tratamento dado a ele deve ser diferenciado ao do criminoso maior. Infelizmente não é o que acontece na maior parte dos casos, pois a idéia geral é a de usar o Direito Penal comum à estes réus.

2.1 DESCRÉDITO DE OUTRAS INSTÂNCIAS DE PROTEÇÃO

Essas outras instâncias seriam: a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 58).

No primeiro caso, o problema reside no fato de que as sociedades hoje não conseguem passar mais às pessoas os conceitos tradicionais de certo e errado. Antigamente, as famílias funcionavam como reduto automáticos de moralização dos jovens, o que não ocorre mais. E o mais interessante é que, ao não educar seus cidadãos corretamente, a própria comunidade irá sofrer mais tarde com infrações aos seus bens jurídicos.

O Direito Civil tem o papel de reparar o dano causado à vítima, geralmente por meio de indenizações ou reparações feitas pelo próprio sujeito ativo. Mas na prática, o autor quase nunca tem bens para reparar o dano causado, e as indenizações arbitradas pelos magistrados acabam seguindo parâmetros definidos. Ou seja, na maioria das vezes, não atribui à vítima a compensação mínima que ela mereceria.

Por fim, o Direito Administrativo quando não emperra na imensa burocracia da maioria dos governos, é suprimido pela corrupção endêmica que infesta o Poder Público.

O resultado é lógico. Se as instâncias alternativas não funcionam devidamente, a vítima vai preferir se socorrer no Direito Penal. Assim aquele que é conhecido como ultima ratio, acaba se tornando a primeira opção ou única opção das comunidades.

No mesmo sentido SUXBERGER (2009) afirma que:

Para um Estado quase falido e sem uma orientação política sólida para enfrentar as crescentes demandas sociais, a produção de matéria penal acaba por se tornar a solução mais barata para as mazelas que afligem a sociedade. Não é esse um problema novo na sofrida história brasileira. Entretanto, o alarmante é a desatenção e abandono com que é tratado na mídia, no meio acadêmico e, especialmente, por nossos legisladores e governantes.

Como se vê, associa-se crime à pobreza e o legislador se vê premido por uma demanda no setor de segurança a que não está preparado. A forma encontrada por este para responder a cobrança popular é a elaboração de leis penais mais severas.



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

Não se pode esquecer da camada marginalizada da sociedade, pois eles também têm bens jurídicos passíveis de apropriação delitativa. Aliás, qualquer operador do direito sabe que essa camada da população é a grande vítima dos crimes, principalmente contra o patrimônio. Interessante notar, que eles são sempre vistos como sujeitos ativos potenciais, e não o contrário.

A busca pela verdadeira segurança e conseqüente satisfação da sociedade nos leva a alguns modelos de justiça alternativos. É o caso da justiça negociada, em que a verdade e a justiça ficam em segundo plano. É o caso da delação premiada, e das conciliações criminais dos juizados.

Outro exemplo é a proposta de privatização dos presídios e da polícia. Seu ponto positivo é a maior eficiência e facilidade de fiscalização de setores corruptos dos quadros, sem a estabilidade dos funcionários públicos comuns. O ponto negativo seriam a diminuição de garantias que poderiam surgir da privatização, além da falta de legalidade e imparcialidade dos agentes privados na realização de suas funções.

Independente do Direito usado, se Liberal ou outro qualquer, a configuração dos sistemas jurídicos diversos de imputação do fato para o agente, como também o das garantias gerais de cada de sistema, tem uma dependência clara das conseqüências jurídicas do mesmo. Ou seja, Não há como exigir-se as mesmas garantias em sistemas diferentes, pois as conseqüências jurídicas de cada um são diversas.

No caso de um sistema de Direito Penal que vise a expansão dos tipos, teríamos um problema sério no caso das penas privativas de liberdade.

Um sistema muito defendido por Hassemer (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 154) seria o do Direito da Intervenção. No caso, sem pensar em penas, mas em termos preventivos, sem a apreensão pessoal ou imposição de penas privativas de liberdade. Esta no caso seria realmente a ultima ratio.

Acaba sendo difícil frear a expansão do Direito Penal, em virtude do sentimento de insegurança da sociedade atual. Por outro lado, fica claro que a melhor tendência do mundo atual seria o uso do Direito da Intervenção, com o maior uso de penas restritivas de direitos e pecuniárias (reparações).

Por fim, é razoável concluir que numa sociedade em constante mutação, com surgimento de novos bens jurídicos, ou valoração de outros, acaba sendo necessária uma expansão do Direito Penal. Mas é necessário que esta expansão seja sempre pautada em princípios de razoabilidade!

Além disso, seria interessante que eventuais novos tipos não recebessem penas de prisão. Deve-se dar preferência as penas pecuniárias ou reparativas, nos casos de bens jurídicos particulares; e de penas restritivas de direitos ou multas, quando o Estado for a vítima.

3 - POLÍTICA CRIMINAL

Na definição de Dotti (2005, p. 74) Política Criminal “é o conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais”.

Em outras palavras, seria o modo pelo qual o Estado seleciona os bens e direitos a serem tutelados penalmente, e posteriormente aponta os meios para que tal tutela efetivamente funcione. Tal política geralmente se baseia em conceitos filosóficos, sociológicos, políticos e de atualidade, para indicar modificações no sistema penal vigente no Estado (PRADO, 2009, p. 57).

O Brasil padece já há algum tempo de uma produção penal excessiva e infelizmente encarceradora. O legislador, premido por fatos acontecidos na sociedade produz em resposta normas penalizantes, como se estas fossem capazes de resolver todos os problemas da



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

criminalidade brasileira.

BITENCOURT citando a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), afirma a política usada pelos legisladores de exasperar determinadas condutas penais, ignorando-se inclusive princípios do bem jurídico e da proporcionalidade. Segundo este doutrinador, nestes crimes a política criminal “é de exasperação de penas e endurecimento dos regimes de encarceramento, e, no mínimo, de tentar dificultar a adoção do sistema progressivo” (2009, p. 556).

Deve-se notar que a Política Criminal é diretamente influenciada pelo modo como a sociedade e principalmente, o legislador enxergam o criminoso. Este associa a criminalidade a idéias vinculadas à pobreza, como baixa instrução, doenças, desemprego. Alguns chegam a adotar teorias genéticas para explicar a origem da criminalidade no indivíduo, já há tempos ultrapassadas (FRADE, 2008, p. 65).

Como consequência, temos como tendência dominante no Congresso a elaboração de uma política elitista em relação ao crime. Afinal, se crime é associado à pobreza, e o legislador dificilmente advém das camadas mais simples, este não se identifica com a produção penal, não entende sua importância e a consequência gerada pela produção de leis (FRADE, 2008, p. 108).



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

3.1 POLÍTICA CRIMINAL DESCARCARIZADORA

Após a segunda guerra mundial, principalmente nos anos sessenta, surgiu no mundo uma nova forma de pensar a política criminal no mundo, principalmente na questão da execução de penas e das medidas de segurança.

Esse movimento possui algumas idéias em comum, as quais seriam: diminuir o campo de atuação e frequência das penas privativas de liberdade; acabar com as penas de prisão de curta duração e substituí-las por penas não detentivas, como as de multa; melhorar o efeito de reintegração social do ex-criminoso na sociedade; aprimorar o uso das medidas de segurança sem prejudicar a sua idéia base de cunho social (DIAS, 1993, p. 50).

Essa nova política criminal tenta se direcionar num princípio básico: a não intervenção. Essa diretriz busca a atuação do Estado em áreas que realmente pedem a sua atuação firme e direta. Afinal, ao atuar e punir crimes que não mereciam a sua intervenção, o Estado acaba criminalizando pessoas que cometeram atos de pouco potencial ofensivo. Assim, acabará juntando no mesmo local, o indivíduo de bem que cometeu um erro ocasional e o criminoso verdadeiramente perigoso. Sabe-se bem o que irá ocorrer neste caso, a cooptação do cidadão de bem, que até o momento anterior, seria facilmente reintegrado à sociedade. Ocorre então um fenômeno interessante: o Estado em vez de evitar, cria mais criminosos perigosos para a sociedade.

Este princípio não busca acabar com o direito penal, substituí-lo por algo diferente (como pregam alguns doutrinadores), mas limitá-lo a casos realmente importantes e graves. Dois movimentos têm grande importância neste princípio: a descriminalização e a diversão (DIAS, 1993, p. 65). O Movimento da descriminalização busca a intervenção do Direito Penal só em fatos que realmente causem um dano irreparável ao bem jurídico tutelado. Além disso, mesmo que o crime lese um bem jurídico, o Estado também deve evitar a intervenção se a questão puder ser resolvida por meios não criminais de política social. Por exemplo, pela reparação espontânea do dano. Ora, se o agente devolveu o produto do crime e indenizou a vítima, por que o Direito Penal deve intervir no caso? Seria irrelevante. Já a diversão ou desjudicialização busca resolver as lides penais fora do sistema vigente, ou seja, fora dos tribunais. Esse sistema busca evitar a marginalização do indivíduo apenado na justiça penal, por crimes de menor potencial ofensivo ou mesmo em alguns punidos com reclusão. Assim, facilita-se a socialização do delinqüente, evitando a sua volta ao crime (DIAS, 1993, p. 67).

4 - A RELAÇÃO ENTRE DROGAS E CRIMINALIDADE

São substâncias que atuam no mecanismo de transmissão dos impulsos nervosos, parte extremamente delicada do cérebro. Os neurônios, células nervosas, comunicam-se entre si, gerando, no cérebro, sensações, pensamentos, etc (POSTERLI, 2001, p. 77).

Os entorpecentes em geral, atuam diretamente no cérebro, modificando a interação da pessoa com o mundo, gerando alterações de conduta acrescidas, às vezes, de fenômenos ilusórios ou alucinatórios.

Atuando dessa forma, as drogas vão anarquizar essa transmissão, causando danos irreversíveis ao usuário, fazendo, por exemplo, que este veja coisas, ouça sons inexistentes e outras reações imprevisíveis e graves. Além disso, gera um efeito nefasto, a dependência, que é a necessidade psíquica e/ou física irresistível de consumir o tóxico em quantidade cada vez maior (POSTERLI, 1997, p. 148-149).

Já o conceito legal está previsto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.343/06 cujo texto preceitua que: "Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União".

Trata-se então de norma penal em branco, pois para verificar quais substâncias se enquadram nas modalidades típicas, necessário é a verificação constante das listas do Ministério da Saúde, que discriminam todas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou sob controle especial (MENDONÇA; CARVALHO, 2008, p. 23).

Tal determinação está prevista no Decreto 5.912/06, que preceitua ser função do Ministério da Saúde atualizar as listas destas substâncias que podem ocasionar dependência.

4.1 USUÁRIO NA LEI 11.343/06

Na sistemática da lei antiga, 6.368/76, o artigo 16 da referida proclamava que "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar", poderia gerar uma condenação de



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

detenção por seis meses a dois anos, além do pagamento de vinte a cinquenta dias-multa.

Na novel Lei de Drogas tal conduta, prevista no artigo 28, não gera mais como punição pena restritiva de liberdade. Preceitua a norma revogadora que:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Caso o agente se recuse sem justificativa ao cumprimento das determinações acima, relata o parágrafo 6º do mesmo artigo que “poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa”.

4.2 DESPENALIZAÇÃO, DESCRIMINALIZAÇÃO E A ABOLITIO CRIMINIS

Questão que desperta intenso debate no meio jurídico é em relação à natureza jurídica do artigo 28 da novel Lei de Drogas.

Atualmente existem três correntes: a) praticar o ato não constitui crime e sim uma infração penal sui generis (GOMES, 2007, p. 64); b) houve na verdade um abrandamento da pena do delito, sendo o mesmo ainda considerado crime (MARCÃO, 2008, p. 58); e, c) ocorreu descriminalização substancial, ou seja, abolitio criminis (SÃO PAULO, 2008). A primeira posição é defendida por Luiz Flávio Gomes, um dos primeiros a escrever sobre o assunto. Segundo o eminente jurista (2006 apud MARCÃO, 2008, p. 59):

se legalmente (no Brasil) “crime” é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova Lei) deixou de ser “crime” porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa). Em outras palavras: a nova Lei de Drogas, no art. 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Retirou-lhe a etiqueta de “infração penal” porque de modo algum permite a pena de prisão. E sem pena de prisão não se pode admitir a existência de infração “penal” no nosso País.

Assim, segundo tal entendimento, seria paradoxal taxar o indivíduo que infringisse o art. 28 como criminoso, pois este não teria a cumprir nenhuma pena e sim medidas educativas.

A posse de droga para consumo pessoal, seria enfim um infração sui generis, ocorrendo pois descriminalização formal e despenalização, sem no entanto afluir abolitio criminis.

A segunda posição teve entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 13 de fevereiro de 2007, apreciando Recurso Extraordinário de nº 430.105/QO/RJ (BRASIL, 2007). Segundo o relator da época, Ministro Sepúlveda Pertence, a conduta do artigo 28 continua a ser crime, tendo ocorrido apenas a despenalização do delito, com a conseqüente retirada de penas privativas de liberdade de cunho sancionatório.

Tal entendimento também retirou a possibilidade de tal crime possuir a natureza sui generis, conforme entendimento citado anteriormente, sob a alegação de que tal argumento traria



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

a impossibilidade de enquadramento jurídico da conduta tipificada no artigo em sede (MARCÃO, 2008, p. 61).

Já o último entendimento é corrente minoritária, mas foi seguido pela 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (rel. José Henrique Rodrigues Torres), no acórdão nº 01113563.3/2008, ao absolver um acusado sob a alegação de que o artigo 28 da Lei 11343/06 não constitui crime (SÃO PAULO, 2008).

Segundo o relator, tal conduta carece de ofensividade a algum bem jurídico, eis que o fato da narração do tipo se nortear na assertiva do “consumo próprio” retira automaticamente sua potencial lesividade à Saúde Pública, como relata a doutrina dominante.

Alegou também que a criminalização deste tipo penal afronta o princípio da igualdade, pois existem várias drogas lícitas no mercado, como bebidas alcoólicas e tabaco. Segundo sua lógica, inconstitucional seria então penalizar quem usasse substância entorpecente, como no caso dos autos citados.

Por fim, alega o iminente relator que o Estado só pode atribuir penalidades penais a quem cause dano ou perigo concreto a terceiros, o que não ocorre com o porte de drogas para uso próprio, eis que tal ato possui lesividade apenas para o próprio autor. Punir tal pessoa seria ferir o princípio da intimidade, eis que cada um tem o direito de usar qualquer tipo de substância, desde que não interfira na saúde de outrem.

Como se vê, tais entendimentos não se encontram pacificados na jurisprudência brasileira sendo entretanto, dominante nesta a segunda posição, sendo inclusive o entendimento preponderante no Supremo Tribunal Federal.

4.3 RELAÇÃO DA TOXICOMANIA E CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Conforme pesquisas de estatística e doutrina, parte dos crimes contra o patrimônio (principalmente o furto) possuem como combustível base, o suprimento do vício em entorpecentes (COSTA; LEAL, 2004, p. 41-42).

no que concerne às associações de grau Alto, ambos os gêneros apresentam igual número de crimes, embora descoincidentes em algumas tipologias. Os homens apresentam uma forte associação aos crimes de furto de e em veículo, furto em residência, furto em edifício comercial e em estabelecimentos abertos, outros furtos e outros roubos, enquanto as mulheres exprimem uma associação de grau Alto nos crimes de furto em residência, furto em estabelecimentos abertos, outros furtos, roubo por esticção, burla, cheque sem provisão e contrafacção – passagem de moeda. Neste âmbito, os crimes coincidentes em ambos os gêneros são: furto em residência, furto em estabelecimentos abertos e outros furtos (COSTA; LEAL, 2004, p. 24).

Como se vê, a criminalidade ligada às drogas se concentra em crimes contra o patrimônio, em suas modalidades não violentas à pessoa, preferencialmente na figura delitiva dos furtos.

Vale ressaltar a natureza de crime menos grave do furto no Direito Penal Português em seu artigo 203, com redação similar a do Codice Brasileiro: “1 - Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Conclui o notável trabalho, que a criminalidade associada à toxicod dependência se concentra nos delitos comuns, ou seja, geram criminosos que em tese não são perigosos à sociedade, sem ligação com delitos de alta organização (como o seqüestro) ou violência.



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

Segundo Posterli (1997, p. 160-161), o problema obviamente também é social, mas não há como negar o papel das drogas que agem: “como verdadeiro “combustível, tendo por “comburente” a personalidade predisposta ou curiosa e mesmo imatura, propiciando, com o “calor” da vontade mórbida ou já adoecida, a “chama” da criminalidade”.

Isso não quer dizer que todo usuário de drogas descambe para a criminalidade, longe disso. Na verdade, o que ocorre é que notadamente, parte dos crimes contra o patrimônio acabam sendo motivados pelo suprimento desenfreado da toxicod dependência, tanto de drogas ilícitas como lícitas.

Pesquisas realizadas em Lisboa (COSTA; LEAL, 2004) comprovam tais assertivas. Segundo estas, foram realizadas estatísticas com vários crimes, relacionando quais tinham relação com as drogas.

O resultado demonstra que em sua grande maioria, os crimes relacionados à toxicod dependência são os contra o patrimônio, notadamente os furtos, tanto em relação aos homens quanto às mulheres. Tal prevalência é chamada na pesquisa de “associações em grau alto”, sendo que:

Do processo de apuramento do tipo de criminalidade mais associada à droga, depreende-se que os tipos de crime que dominam são os que visam directamente o patrimônio, ou cujo valor transgredido tem como objectivo último a apropriação ilícita de um bem patrimonial. Os crimes contra as pessoas, em particular os que visam a integridade física ou a vida, são excluídos do conjunto referido (COSTA; LEAL, 2004, p. 26).

Tal conclusão é facilmente corroborada na jurisprudência, com acórdãos relatando furtos para aquisição de drogas:

TJMG; Acórdão nº 1.0720.04.013691-6/001(1); Rel. Judimar Biber; pub. 09/05/2008. FURTO QUALIFICADO - NEGATIVA DO RÉU - DELAÇÃO DO CO-RÉU - VALIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. A declaração do co-réu delatando tem plena validade quando encontra respaldo nos demais elementos de convicção, mormente se o réu fora pilhado ainda de posse da 'res furtiva', momento em que se preparava para utilizá-la como moeda de troca para adquirir entorpecentes. Recurso a que se nega provimento (MINAS GERAIS, 2008a).

TJMG; Acórdão nº 1.0686.06.172844-6/001(1); Rel. Adilson Lamounier; pub. 15/09/2008. APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE FURTO QUALIFICADO - EMPREGO DE CHAVE FALSA - PROVA DA MATERIALIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AGENTE VICIADO EM DROGAS - CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA - IMPOSSIBILIDADE. O princípio da insignificância não encontra amparo legal para fins de configurar a atipicidade material do crime de furto qualificado, sob pena de se violar inaceitavelmente os princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes, ainda mais quando o valor da res furtiva é extremamente alto. O fato de o agente ser viciado em drogas não é exculpante para fins de sua absolvição do crime de furto que, supostamente, teria sido praticado para angariar dinheiro para adquirir as aludidas substâncias proscritas. Da mesma forma, o fato de o agente ser viciado em drogas não configura causa de diminuição de pena em razão da semi-imputabilidade prevista no § 2º do artigo 28 do Código Penal. Ainda que as condições objetivas estejam preenchidas, não se deve proceder à substituição da pena corporal por penas restritivas de direito quando as circunstâncias subjetivas indicam que tal medida não é aconselhável nem socialmente recomendável (MINAS GERAIS, 2008b).



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

CONCLUSÃO

É sabido que parte dos crimes contra o patrimônio (notadamente os delitos de furto) são motivados pela necessidade de aquisição de entorpecentes (COSTA; LEAL, 2004, p. 41-42; POSTERLI, 1997, p. 160-161).

Assim, nota-se que o viciado, geralmente sem família ou expulso de casa por esta, busca desesperadamente suprir seu vício através de pequenos furtos.

O viciado em drogas é um toxicodependente, que necessita de tratamento especializado, além de apoio familiar e social irrestritos. Entretanto, isso raramente ocorre.

Os tóxicos atuam no mecanismo de transmissão dos impulsos nervosos, parte extremamente delicada do cérebro. Os neurônios, células nervosas, comunicam-se entre si, gerando, no cérebro, sensações, pensamentos etc.

Os entorpecentes em geral, atuam diretamente no cérebro, modificando a interação da pessoa com o mundo, gerando alterações de conduta acrescidas, às vezes, de fenômenos ilusórios ou alucinatórios.

Atuando dessa forma, as drogas vão anarquizar essa transmissão, causando danos irreversíveis ao usuário, fazendo, por exemplo, que este veja coisas, ouça sons inexistentes e outras reações imprevisíveis e gravosas. Além disso, gera um efeito nefasto, a dependência, que é a necessidade psíquica e/ou física irresistível de consumir o tóxico em quantidade cada vez maior (POSTERLI, 1997, p. 148-149). A Lei 11343/06 despenalizou o uso de entorpecentes em seu artigo 28, mas tal norma não adentrou na questão crucial do viciado que pratica delitos para suprir sua dependência.

Ora, o problema do viciado, ao contrário do traficante, é um problema que necessita de uma solução social, através de apoio e tratamento médico e não uma resposta penal.

Tal idéia encontrou respaldo na última reunião da Comissão de Entorpecentes da ONU em Viena, em que vozes de peso (Alemanha, Reino Unido, Espanha, e outros) pediram que os entorpecentes sejam encarados como uma questão de ordem pública, pois os viciados estão expostos a vários riscos como overdose, aids e outras doenças (FAVARO, 2009, p. 100).

Conforme explicado, o toxicodependente não entende em muitos casos a natureza delituosa de sua ação, pois age impulsionado pela necessidade imperiosa de suprir o vício.

Por outro lado, o Direito Penal, que busca proteger os bens jurídicos fundamentais (vida, propriedade etc), pressupõem o homem como um ser dotado de culpa e responsabilidade. Entretanto, a pena não pode ultrapassar a medida de culpa do agente delituoso (ROXIN, 1993, p. 35).

Além disso, a legislação penal deve ser aplicada de forma subsidiária, ou seja, punir o crime apenas se tal reprimenda for fundamental para a proteção da coletividade (ROXIN, 1993, p. 28).

Entretanto, o dependente quando furta algum objeto alheio para sustentar o vício recebe uma reprimenda restritiva de liberdade, sendo jogado em celas junto com seqüestradores, homicidas e traficantes.

Tal procedimento não parece o mais correto e nem a melhor solução pois, ao tratar o toxicodependente desta forma, o Estado entra em conflito com os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 286) tais direitos são: "prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais".

Latente então a contradição exposta, pois se o Estado tem a obrigação constitucional de prover a igualdade entre os cidadãos, esta não é cumprida no caso

exposto, tendo em vista a incapacidade do toxicodependente em entender o caráter ilícito de suas condutas. Enfim o Estado, tomado por uma aparente letargia, não discute além do que está constante no relatório do inquérito policial ou da denúncia do Ministério Público, se limitando a julgar o fato narrado nesta.

Isto ocorre aparentemente pela própria natureza da Política Criminal Brasileira, que não busca a ressocialização do criminoso e sim a sua exclusão da sociedade.

O fato da Lei 11.343/06 ter despenalizado a conduta do porte para uso pessoal de drogas por si só é um fato a ser comemorado, tendo em vista a política legislativa penal adotada no país.

Entretanto é frustrante notar que o legislador poderia ter ido muito além, onde apenas deu um passo, criando soluções para o viciado que pratica pequenos delitos para suprir o vício.

Este, infelizmente, continua abandonado a própria sorte, cumprindo pena junto com criminosos perigosos, esperando a próxima boa vontade de algum congressista que consiga visualizar seu drama.

Tendo em vista a letargia do legislador, a responsabilidade do magistrado aumenta a cada dia, pois este é que vai analisar caso a caso e aplicar a lei. E pela norma, o usuário furtou a res e por isso deve ser condenado. Entretanto o direito penal é muito mais do que ler e aplicar a lei.

O juiz deve ir além dos fatos presentes no processo e na verdade determinar se o acusado realmente representa perigo para a sociedade. Deve analisar suas reais motivações no iter criminis tendo em vista que a justiça zela



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

pelas condições de dignidade e igualdade dos cidadãos, sendo estes pobres ou analfabetos.

Por fim, agindo desta forma, o magistrado de qualquer instância garante o sistema democrático, pois permite ao usuário de drogas o acesso real a uma justiça social, que pune o criminoso realmente perigoso e dá a chance de ressocialização à pessoa que deseja realmente uma nova chance entre os cidadãos de bem.

ABSTRACT

Article 28 of Law of novel drugs (11343/06) decriminalized the conduct of possessing, acquiring, storing drugs for personal consumption. Despite the fine initiative of the Brazilian legislature, such action did not solve the problem of drug addicts who commit crimes to cover the defect. The Brazilian criminal policy is an instrument of social exclusion, focusing on the idea prevalent in the general population that villain has to be in jail. This paper analyzes the failure of the Criminal Policy adopted in the country, because we do not seek to solve social problems that lead the agent to addiction, but only solve the immediate problem of the question, the subtraction of goods.

KEYWORDS: Criminal Law, Social Law, Drugs, Crimes against property; Criminal Policy.



FURTO E O PORTE DE DROGA PARA USO: Conflito entre o Direito Penal e o Direito Social

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Tratado de direito penal: parte especial*. V. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CALDAS, Saulo Henrique Silva. *Diagnóstico devastador: a influência das drogas lícitas no aumento da criminalidade, o direito de suicídio e a ineficácia da repressão penal ao tráfico de drogas ilícitas*. Sergipe, Julho de 2008. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 10 jul. 2008.
- COSTA, Carlos; LEAL, José. *A Criminalidade Associada à Droga: evolução comparativa 1996-1999 e 2003-2006*. Lisboa, Setembro de 2004.
- Disponível em: <<http://www.policiajudiciaria.pt/PortalWeb/content?id={4BBD4AC4-9038-4E6B-988B-D8097275C9F6}>>. Acesso em: 01 out. 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Notícias, 1993.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FAVARO, Thomaz. A solução "menos pior". *Revista Veja*, São Paulo, ed. 2.104, ano 42, n. 11, p. 100-102, mar. 2009.
- FRADE, Laura. *Quem mandamos para a prisão? :visões do Parlamento brasileiro sobre a criminalidade*. Brasília: Líber Livro, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. Tóxicos: o usuário é um tóxico-delinquente no entendimento do supremo tribunal federal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 19, p. 63-66, ago./set. 2007.
- _____. *Mídia e direito penal: em 2009 o "populismo penal" vai explodir*. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090409174316467>. Acesso em: 14 abr 2009.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- MARCÃO, Renato. *Tóxicos: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. V. 2. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOURA, Mirian Nóbrega de. *O balanço social e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V. 2. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- POSTERLI, Renato. *Temas de criminologia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- _____. *Tóxicos e comportamento delituoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. V. 1. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. V. 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Universidade Direito e Ciência Jurídica, 1993.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Excessiva produção legislativa de matéria penal*. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=935>>. Acesso em: 21 abr 2009.