

PROPOSTA DE TESE

Nome: Ana Paula Costa Gamero Salem

Área de atuação: Criminal

Lotação: 10ª Defensoria Pública de Ponta Grossa

Email: ana.gamero@defensoria.pr.def.br

Súmula: A condição de ser usuário de drogas não pode ser avaliada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena. Caso o juízo reconheça que o agente praticou o fato sob o efeito de entorpecentes deve ser pleiteada a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006.

Assunto: Direito Penal- 1ª fase da dosimetria da pena- conduta social considerada negativa ao usuário de drogas

Fundamentação Jurídica:

Consoante Guilherme de Souza Nucci, a conduta social pode ser conceituada “como o *papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho da escola, da vizinhança. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor (...)* (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007).

Neste sentido, o vício afirmado pelo réu não pode ser considerado como uma conduta social desajustada, é uma questão de saúde pública, não devendo o réu ser mais penalizado em razão de uma enfermidade que apresenta.

A Lei 11.343/2006, em seu Art. 26, expressamente narra que “o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos a medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário.”. Além disso, o fato de praticar o delito sob o

efeito da droga, não possuindo o agente a plena consciência do caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, é uma causa de diminuição da pena, que pode ser reduzida de 1/3 a 2/3.

Nesse diapasão, o aumento da primeira fase da dosimetria da pena pelo fato de ser viciado em entorpecentes afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, Art 5º, caput, da Constituição Federal; e os preceitos da Lei 11.343/2006, que no Capítulo II, afirma que aos usuários de drogas devem ser garantidas atividades de reinserção social, projetos terapêuticos individualizados, entre outras medidas que os façam contornar o problema com as drogas.

A incongruência dessa exasperação pela conduta social torna-se ainda mais patente quando se verifica que nem mesmo o legislador determinou pena privativa de liberdade ao tratar do Art. 28 da Lei 11.343/2006. Destarte, fica clara a arbitrariedade, pois contrário ao nosso sistema normativo.

Neste sentido é a jurisprudência:

DOSIMETRIA DA PENA. USO DE ENTORPECENTE. MÁ-CONDUTA SOCIAL. REFORMATIO IN PEJUS. Na hipótese, o juiz de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal com o argumento de que o acusado seria usuário de drogas. Apresentado recurso da defesa, o Tribunal de origem manteve a decisão de primeiro grau e agregou novas fundamentações à decisão recorrida. Nesse contexto, a Turma reiterou o entendimento de que o uso de entorpecente pelo réu, por si só, não pode ser considerado como má-conduta social para o aumento da pena-base. Além disso, o colegiado confirmou o entendimento de que não pode haver agravamento da situação do réu em julgamento de recurso apresentado exclusivamente pela defesa, por caracterizar *reformatio in pejus*. Assim, a pena foi reduzida ao mínimo legal previsto e foi fixado o regime aberto para o cumprimento de pena. **STJ- HC- Sexta turma- 201.453-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 2/2/2012.**

PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. RÉU USUARIO DE ENTORPECENTES. RAZÃO INIDÔNEA PARA ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CORRETA. AGRAVANTE NO CONCURSO DE PESSOAS. NÃO VERIFICADA. EXCLUSÃO. 1. Incabível a exasperação da pena-base aplicada ao crime patrimonial pelo fato de o sentenciado ser usuário de drogas e ter cometido o delito sob o efeito de substância entorpecente. Precedentes. 2. A conduta praticada com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas autoriza a

exasperação da pena-base para o crime de latrocínio. 3. Demonstrada a conduta criminosa trouxe excepcionais consequências para a vítima que, por conta do trauma sofrido, abandonou o emprego, justificado encontra-se o incremento da pena-base. 4. Não restando comprovado que o agente teria organizado a cooperação ou dirigido a atividade dos demais meliantes, impõe-se decotar a agravante prevista no artigo 62, inciso I, CP. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 20150210051077 0005044-03.2015.8.07.0002, Relator: CESAR LOYOLA, Data de Julgamento: 08/09/2016, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/09/2016 . Pág.: 194/228)

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔENA. AFASTAMENTO. REGIME ABERTO. RECURSO PROVIDO. I - INCABÍVEL A VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO RÉU QUANDO FUNDADA EM CONDENAÇÃO POR FATO-CRIME POSTERIOR AO DELITO SOB JULGAMENTO, MESMO QUE JÁ TRANSITADO EM JULGADO. II - **NÃO SE JUSTIFICA A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL QUANDO FUNDAMENTADA NO FATO DE SER O RÉU USUÁRIO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE E DE BEBIDA ALCOÓLICA.** III - FIXA-SE O REGIME INICIAL ABERTO SE O RÉU FOI CONDENADO À PENA IGUAL A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, É PRIMÁRIO E AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS LHE SÃO FAVORÁVEIS. IV - RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - APR: 20070810060519 DF 0000432-82.2007.8.07.0008, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 23/01/2014, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/01/2014 . Pág.: 165)

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CP)- PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL - ACOLHIDO - **VALORAÇÃO INDEVIDA DA CONDUTA SOCIAL**, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO DE AGENTES - NÃO POSSÍVEL - COAUTORIA COMPROVADA NOS AUTOS - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO - INCABÍVEL - VEDAÇÃO DO ART.

44, I, DO CÓDIGO PENAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **1. A conduta social do apelante não pode ser considerada desfavorável apenas por ser ele usuário de drogas, notadamente porque não restou demonstrado que tal circunstância seja deflagrada de mau comportamento no âmbito social, familiar ou profissional.** 2. A simples afirmação de que o apelante possui personalidade voltada ao crime não justifica a valoração negativa da referida circunstância judicial, pois não evidencia, concretamente, qual o suposto desvio de personalidade que o leva a cometer a alegada diversidade de delitos. 3. Da mesma forma, a mera referência à prática do delito para fins de aquisição de drogas não resulta em fundamentação idônea a considerar desfavorável a moduladora dos motivos do crime, pois tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, e, além disso, constitui verdadeiro problema de ordem social. 4. O fato de o delito ter sido praticado no período noturno não tem o condão de, por si só, justificar a valoração negativa das circunstâncias do crime, já que não demonstra a ocorrência de uma gravidade maior no caso concreto. 5. A valoração desfavorável das consequências do delito pressupõe a ocorrência de um dano ou resultado agravador não abarcado pelo próprio tipo penal incriminador, o que não ocorre na espécie. 6. Se as provas hospedadas no caderno processual são firmes em demonstrar que o apelante praticou o crime de roubo em coautoria com um adolescente, resta caracterizada a causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes. 7. A condenação a pena superior a 04 (quatro) anos de reclusão, por crime praticado mediante o emprego de violência, obsta a substituição de pena corporal por restritivas de direito. 8. Recurso conhecido e, no mérito, parcialmente provido, apenas para reduzir a pena-base para o mínimo legal. (TJ-MS - APL: 00016773920088120046 MS 0001677-39.2008.8.12.0046, Relator: Des. Francisco Gerardo de Sousa, Data de Julgamento: 04/11/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013)

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. **PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE**

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE DROGAS QUE NÃO SERVE PARA O DESVALOR ATRIBUÍDO À CONDOTA SOCIAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I

- O desvalor atribuído à culpabilidade fundou-se em elementos abstratos e inerentes ao próprio tipo penal, inidôneos à exarcebação da pena-base, além de que, do inteiro teor do julgado, não é possível extrair quaisquer razões para o estabelecimento da pena-base acima do patamar mínimo legal, de modo que merece correção. II - **A condição de dependente químico não deve ter influência negativa na dosimetria da pena uma vez que, além de não possuir relação direta com o fato delituoso, o tratamento atual conferido pelo ordenamento jurídico ao usuário de entorpecente dirige-se a um modelo terapêutico, não mais repressivo, e sim voltado à recuperação.** III - Deve se considerar a natureza e a diversidade das drogas apreendidas como circunstâncias que preponderam em relação às demais, na forma do que preceitua o art. 42 da Lei nº 11.343/06, devendo a pena-base ser preservada em patamar acima do mínimo legal. IV - Precedentes (STJ. HC 143152/GO. Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA; e HC 113011/MS. Ministro OG FERNANDES. SEXTA TURMA). V - Consonância com o parecer do Ministério Público. VI - Recurso conhecido e provido. (TJ-RN - ACR: 121879 RN 2010.012187-9, Relator: Des. Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 06/12/2011, Câmara Criminal)

Fundamentação Fática:

Foi verificada que em muitas sentenças as penas são aumentadas em razão de, em audiência, o acusado afirmar ser usuário de droga e que, no dia do(s) fato(s), cometeu o delito, principalmente os patrimoniais, em razão de estar sob o efeito da droga. No entanto, tal posicionamento não merecer

prosperar, visto que ao usuário de drogas deve ser oferecido tratamento e não ser aumentada a sua reprimenda.

Sugestão de operacionalização:

Caso exasperada a pena na 1ª fase da dosimetria, com fundamento de que o réu é usuário de drogas, deve ser apresentado recurso, pleiteando, ainda, já em alegações finais e reiterando em apelação a causa de diminuição de pena do Art. 46 da Lei 11.343/2006.