



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONDUTA SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO USO
DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA DOSIMETRIA DA PENA

Gisele de Almeida Barreto Belchior

Rio de Janeiro
2019

GISELE DE ALMEIDA BARRETO BELCHIOR

CONDUTA SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO USO
DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA DOSIMETRIA DA PENA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

CONDUTA SOCIAL E A IMPOSSIBILIDADE DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA DOSIMETRIA DA PENA

Gisele de Almeida Barreto Belchior

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada.

Resumo – A dosimetria da pena apresenta como consectários o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da individualização da pena, que funcionam como garantias e balizadores da atuação estatal. A essência do trabalho é abordar as considerações trazidas no bojo das circunstâncias judiciais e retratar a impossibilidade da valoração negativa do uso de entorpecentes no substrato da conduta social, uma vez que haveria um exponencial aumento de pena em virtude de uma patologia, reforçando o caráter meramente punitivo da pena. O trabalho pretende discorrer sobre as limitações na primeira fase da dosimetria da pena, especificamente a conduta social, considerando a eficácia positiva e negativa dos direitos humanos. Vale mencionar que o trabalho apresenta Jurisprudência que rechaça a aplicação da conduta social para desvalorar a conduta do agente e princípio institucional da Defensoria Pública que reforça o afastamento do aumento no processo dosimétrico.

Palavras-chave – Direito Penal. Dignidade da Pessoa Humana. Dosimetria da pena. Conduta Social. Uso de substâncias entorpecentes. Direitos Humanos.

Sumário – Introdução. 1. Princípio da Individualização da Pena: direito subjetivo do acusado e a sua repercussão na fixação da pena-base 2. Dosimetria da pena: conduta social como norteadora de comportamentos morais desejáveis. 3. A impossibilidade do aumento da pena-base em decorrência do uso de substâncias entorpecentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de valoração negativa da condição de usuário de substâncias entorpecentes na dosimetria da pena. O intuito é demonstrar que o aumento da pena em decorrência do uso de substâncias entorpecentes viola o princípio da individualização da pena, mas é necessário analisar em que medida essa prática acarreta em violação ao princípio da dignidade humana em decorrência da criminalização de uma patologia.

Para isso, mobiliza-se jurisprudências em que a condição de usuário de drogas é valorado negativamente na sentença, de modo a aumentar significativamente a pena do condenado, instaurando-se discussão sobre a razoabilidade da medida.

O princípio da individualização da pena é previsto na Constituição Federal vigente, sendo, portanto, a garantia de que os indivíduos tenham condenações que levam em conta suas peculiaridades. É possível se fazer indagações sobre até que ponto os processos que

chegam ao judiciário são analisados de forma individualizada, para que a necessidade do aumento de pena na primeira fase seja analisada casuisticamente.

O tema é bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, sendo, inclusive, alvo de teses institucionais da defensoria pública, uma vez que envolve a aplicação de direitos e garantias fundamentais do condenado.

Para melhor delimitar o tema, busca-se o conceito de "conduta social" do Código Penal e a sua aplicação pelos operadores do direito, para compreender o seu alcance no sistema penal. Busca-se perceber as justificativas para o aumento da pena e se as justificativas violam os princípios gerais da pena.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente trabalho, analisando o princípio da individualização da pena, suas balizas e o tratamento do instituto na jurisprudência e doutrina contemporâneas, bem como a discussão que envolve sua aplicação na dosimetria da pena do condenado e as consequências de uma pena aplicada que não corresponda ao delito praticado por desconsiderar os pressupostos basilares da individualização da pena prevista no sistema de garantias penais.

No segundo capítulo, pondera-se sobre os limites do aumento da pena em decorrência da conduta social, para averiguar concretamente se o instituto vem sendo aplicado violando o princípio da dignidade da pessoa humana, ou se o que se verifica é a aplicação da pena pela punição em si mesma.

O terceiro capítulo analisa a aplicação da lei de drogas no ordenamento jurídico. Procura-se verificar de que maneira é possível aplicar a dosimetria da pena de maneira a homenagear a reinserção social dos usuários e dependentes de substâncias entorpecentes na sociedade e de que maneira será possível afastar o aumento da pena para que seja privilegiado o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio implícito constitucional como fundamento de limitação da atividade estatal.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO E A SUA REPERCUSSÃO NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

O ordenamento jurídico possui como alicerce a relação entre normas e princípios. Os princípios sempre funcionaram como objeto de análise pela construção doutrinária e jurisprudencial, na medida em que a extração de um conceito definiria os limites de sua aplicação e as consequências da sua não observância. No entanto, apesar das dificuldades dogmáticas na conceituação dos princípios, é certo que eles estão presentes, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo, interpretando um sistema jurídico positivado e resguardando uma unicidade do ordenamento conferida pelos princípios.

Na busca pela conceituação e aplicabilidade dos princípios, alguns autores estabeleceram a distinção entre regras e princípios. Nessa seara, Dworkin¹ surge afirmando que os princípios possuem em sua essência o objetivo de orientar as decisões, podendo ser aplicados em graus e que a aplicação de um princípio não desclassifica a utilização de outro. O autor afirma que os princípios não possuem uma mensuração exata, mas que trazem ao intérprete a direção na interpretação das regras.

A aplicação dos princípios encontra relevância ainda maior na seara do Direito Penal e Processual Penal, uma vez que há uma forte interveniência do Estado para gerir conflitos sociais, assim, a aplicação dos princípios visa orientar a atuação dos entes na persecução penal, evitando abusos e garantindo que as penalidades sejam aplicadas de maneira menos invasiva e mais harmoniosa com os núcleos de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal em vigor.

A aplicação dos princípios tem, portanto, uma função de balizar a aplicação das normas criadas pelo legislador, permitindo que o sistema seja razoável e conferindo ao magistrado a sua correta observância. Além do mais, a observância dos princípios confere uma maior legalidade na aplicação da lei penal, afastando qualquer insegurança decorrente de sua interpretação. Conclui-se, portanto, que os princípios penais cumprem um papel de destaque no âmbito de tantas normas escritas.

Há na doutrina² a preocupação em analisar o substrato dos princípios considerados, ou seja, se os princípios vão decorrer de uma previsão constitucional explícita ou implícita, ou ainda, se decorrem do plano infraconstitucional, à medida que diversas leis esparsas criaram

¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p.20.

princípios, não sendo monopólio de texto constitucional. Assim, há princípios gerais do direito, previstos no texto constitucional, como o dever de aplicação da lei mais benéfica e o dever de observar sempre a legalidade das normas aplicadas no caso concreto e os princípios que decorrem de construções doutrinárias, o que em nada prejudica na sua aplicabilidade.

Nesse contexto, surge o princípio da individualização da pena. O ato de individualizar privilegia a observação de características distintivas do objeto analisado e na esfera do direito penal, a análise individualizada do autor e do fato se torna fundamental. O princípio visa observar as particularidades dos casos analisados, uma estrita observância dos caracteres distintivos na busca da aplicação de uma lei penal justa, resguardando as individualidades das ocorrências.

De acordo com Nucci³, há várias formas de fazer a individualização, que se desenvolve em algumas etapas, previstas tanto na elaboração do tipo penal quanto na fixação das penas abstratas do tipo criado. Há permissão ao magistrado de aplicar a pena concreta em observância do fato praticado, dentro dos limites estabelecidos pela norma, podendo o juiz observar concretamente o fato narrado. Ainda há a hipótese, em que vários réus podem ter progressão na execução de maneira distinta, ainda quando da prática do mesmo delito, uma vez que vários critérios servirão para distinguir suas características peculiares. Essas são facetas do mesmo princípio da individualização da pena.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴ afirma que o princípio da individualização da pena deve ser observado nas fases legislativa, judicial e na fase de execução da pena. Observa-se que o princípio em comento desperta manifestações jurisprudenciais a respeito de sua importância, sendo garantia do indivíduo acusado de que sua pena corresponda ao deslinde do fato praticado.

Nota-se que não raras vezes é possível perceber o quanto a aplicação do princípio é mitigada, ocasionando inúmeros excessos e abusos quanto à aplicação da pena, violando o direito subjetivo do acusado de obter a condenação penal justa e livre de qualquer etiquetamento ou padronização do comportamento. A não observância da individualização no ato da dosimetria penal acarreta um verdadeiro prejuízo à aplicação de outros princípios, como o princípio da isonomia, proporcionalidade e principalmente, viola a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de todo o ordenamento.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AgEx 0350388-21.2003.8.19.0001/RJ*, 1.a Câm. Crim., Relator: Des. Marcus Henrique Pinto Basilio. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201007600411>. Acesso em: 17 out. 2015.

É possível afirmar que as violações ocorrem principalmente na individualização judiciária da pena e na sua aplicação penal, uma vez que o juiz possui discricionariedade para estabelecer o *quantum* de aplicação da pena incidirá em cada fase da dosimetria da pena. Deve sempre ser ressaltado que o juiz não é livre para escolher qualquer pena, subordina-se às penas já mensuradas nos tipos penais e além do mais, o princípio da individualização da pena se torna, também, um instrumento balizador na aplicação penal, não podendo o juiz ultrapassar a aplicação de uma pena suficiente e necessária.

É justamente no contexto da aplicação penal, instrumentalizada por meio do sistema trifásico de dosimetria da pena adotado no Brasil, que surge na doutrina e na jurisprudência grandes discussões sobre o que pode ser considerado nas fases da aplicação penal, o que violaria o princípio da individualização da pena e o que afrontaria a vedação do *bis in idem*⁵, surgindo diversas análises discrepantes na jurisprudência e ocasionando uma aplicação da pena excessiva sem adaptar o seu *quantum* ao indivíduo apenado, havendo completa dissonância entre o direito e a justiça.

Dentro dessa análise é possível vislumbrar as circunstâncias e as consequências do da aplicação do artigo 59, do Código Penal na primeira fase da dosimetria da pena, sendo o artigo alvo de profundos e acalorados debates sobre a sua eficácia na individualização da pena. O artigo em comento vai enumerar os elementos que servirão de fundamentação para a gradação penal na primeira fase da dosimetria, ou seja, na ocasião da fixação da pena-base.

Ao juiz é conferida a análise da culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como circunstâncias e consequências do crime, todos com a finalidade retributiva da pena, fatores que quase sempre são utilizados de forma equivocada e prejudicial ao condenado. Uma das maiores críticas ao dispositivo é, acertadamente, a falta de clareza e objetividade dos pressupostos que podem ser considerados na fixação da pena-base.

Conclui-se, portanto, nesse primeiro momento, que há uma dificuldade na concreção da justiça na primeira fase da dosimetria, uma vez que no artigo 59⁶ do código penal, os conceitos que devem ser utilizados na individualização da pena são abertos, ficando à cargo da jurisprudência estabelecer o limite de cada fator, possibilitando a aplicação de uma pena irrazoável e desproporcional, trazendo insegurança jurídica e ferindo justamente o princípio no qual se propôs a criação da norma em comento com as interpretações ampliativas criadas pelo judiciário na sua aplicação.

⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.114.

⁶BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2019

Vale mencionar que os conceitos abertos do artigo anteriormente mencionado podem acarretar uma individualização da pena que despreza a sua função de imprimir à reprimenda um caráter justo e razoável para cara autor e cada delito praticado.

2. DOSIMETRIA DA PENA: CONDUTA SOCIAL COMO NORTEADORA DE COMPORTAMENTOS MORAIS DESEJÁVEIS

A sentença é um ato processual que merece destaque dentro da persecução criminal, pois, por meio de um processo dosimétrico chega-se à quantidade de pena razoável dentro do limite mínimo e máximo fixado pelo legislador para cada conduta típica. O modelo brasileiro adota nas dosimetrias penais o sistema trifásico, o que significa dizer que a pena é calculada tendo como primeira fase a pena-base fixada, a segunda-fase a consideração de circunstâncias atenuantes ou agravantes e a terceira fase as eventuais causas de aumento e diminuição da pena. .

Na primeira fase do referido processo o magistrado utiliza aspectos chamados de circunstâncias judiciais, levando em consideração elementos como culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, motivo e circunstâncias do crime para estabelecer a pena-base. Os elementos existentes na fixação de pena-base são elementos que possibilitarão a individualização da reprimenda, uma vez que utilizados, conferem um caráter singular na medida em que cada circunstância envolverá o crime de forma diferente, a depender do delito e do agente que praticou.

Nessa seara, encontra-se a circunstância judicial da conduta social. A conduta social é, de acordo com a doutrina⁷, o papel do réu na comunidade. Ou seja, é na conduta social que será analisada a sua inserção social, suas relações interpessoais e como interage dentro do coletivo. Incentiva-se que o magistrado conheça a história no qual inserida o acusado, de maneira a possibilitar o conhecimento de condutas reprováveis ou não praticadas no seio familiar, do trabalho e em outras instituições sociais no qual o acusado dialogue.

De acordo com Teori Zavascki⁸, antes da reforma do Código Penal, entendia-se que os antecedentes eram fatores que abrangiam o passado todo do condenado, sendo eles

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 374.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº144081*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+144081%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydbso6sj>. Acesso em: 25 ago. 2019.

registros criminais ou a sua conduta social. No entanto, após o advento da lei 7.209/84, a conduta social ganhou contornos próprios, não se confundindo com os antecedentes criminais.

Assim, com o surgimento da referida lei, as condutas anteriores ao fato passam a ter na primeira fase da dosimetria da pena um papel de destaque. Leva-se em consideração a menor ou maior censura dos atos praticados, havendo de acordo com elas uma variação da pena aplicada pelo legislador, nesse contexto, caso o acusado tenha uma família, se era violento, se era religioso, se fazia uso frequente de bebidas alcoólicas ou frequentava locais violentos, são fatores que influenciarão no julgamento de seu delito. Conclui-se, portanto, que os antecedentes sociais não se confundem com os antecedentes criminais do agente.

Analisando a conduta social, os Tribunais Superiores vem reformulando sua jurisprudência e reduzindo o seu âmbito de incidência e aplicação nessa primeira fase da dosimetria. Assim, entendeu em 2018 o Superior Tribunal de Justiça⁹ que não podem ser consideradas na conduta social, de forma desfavorável, as condenações anteriores transitadas em julgado. A corte constitucional privilegiou o princípio da individualização da pena, uma vez que as condenações transitadas em julgado que não utilizadas na reincidência, não poderiam fundamentar uma negatização da conduta social, uma vez que houve o desmembramento desta com os antecedentes criminais.

Após essas considerações, observa-se que a previsão da conduta social como circunstância judicial enfrenta uma série de debates acadêmicos e jurisprudenciais na sua aplicação concreta. De acordo com Rodrigo Roig¹⁰, a compreensão da conduta social traz circunstâncias penalmente irrelevantes da vida do acusado como fator de acréscimo na pena. acarretando uma criminalização do ambiente familiar, social e das características de personalidade do agente, o que deveriam ser descartados na análise do fato praticado.

A condição de vida, como baixa escolaridade, saúde precária, uso de drogas, locais que frequenta e as demais situações que encontram na pobreza o seu fator preponderante, acabam sobrelevando a pena de quem já sofre com os estigmas sociais. Assim, há os autores que acreditam que haveria, por sua vez, uma criminalização da pobreza, conforme se extrai de Loic Wacquant¹¹.

Nessa seara de aumento de pena em virtude das interações sociais do autor, há a incidência do chamado direito penal do autor, descartando todo o processo histórico de

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça n° *REsp 1760972/MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201801634950.REG>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

¹⁰ ROIG, op.cit., p.152.

¹¹ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*. 3.ed. Rio de Janeiro: Reaven, 2015, p.162.

garantias conquistadas para que no Direito Penal fosse relevante apenas o fato praticado pelo agente. Assim, considera-se antes de tudo, o modo de ser do agente, sua essência. Assegura-se que o Direito penal não deveria se ocupar de punir atos que não se vinculam internamente com o tipo penal praticado pelo agente.

Outrossim, essa valoração social das condutas reprováveis na maioria das vezes não leva em consideração o meio social no qual o condenado está inserido, mas sim, estabelece como parâmetro excludente uma sociedade formal e elege para si, nesse modelo, condutas dignas e morais baseadas em senso comum, descartando as vivências do condenado. Assim, o que se observa é que a conduta social sofre na prática a ingerência de conceitos moralizantes

Outro problema enfrentado na valoração da conduta social feita na primeira fase da dosimetria da pena são as provas nos quais essas condutas desabonadoras socialmente se conformam. De acordo com José Antonio Paganella¹² para que se comprove os maus antecedentes, o que compõem a conduta criminal do agente, é indispensável certidão cartorária contendo a data do trânsito em julgado da decisão condenatória, ou seja, prova robusta e documental. No entanto, para que a conduta social seja considerada, bastam notícias e prova testemunhal, ocasião em que os depoimentos são colhidos com perguntas vagas, a fim de auferir qualquer elemento caracterizador de conduta desabonadora, gerando desmedida valoração das provas.

Conclui-se que a conduta social nos termos que são utilizados, tem por fundamento elementos que não encontram respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que há o Estado regulando a vida privada dos indivíduos e decidindo, ao cabo da dosimetria da pena, as condutas sociais suficientemente reprováveis que ensejam uma pena maior na fixação da pena-base. Vale mencionar que tais sopesamentos são *contra legem* e contrariam o caminho da evolução dos sistemas punitivos, os quais privilegiam uma política criminal redutora de danos.

De acordo com Roig¹³, deve haver um novo discurso. A aplicação da pena deve se afastar das predisposições positivistas e justificacionistas da pena, como se a pena fosse a pena por si só, desconsiderando o meio social e os fatores nos quais sua aplicação é relevante. Assim, a conduta social nesse processo evolutivo jamais poderia ser empregada de maneira negativa em face do autor, uma vez que considerar o estilo de vida do autor como fator negativo para valoração da pena, seria o mesmo que considerar que houvesse punição por um

¹²PAGANELLA, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹³ ROIG, op.cit.,p. 155.

comportamento do indivíduo que não estivesse diretamente ligado ao ato delituoso praticado por ele.

3. A IMPOSSIBILIDADE DO AUMENTO DA PENA-BASE EM DECORRÊNCIA DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

Nota-se que há nos elementos que compõem a dosimetria da pena no processo trifásico adotado, a conduta social. Nesse contexto, as Defensorias Públicas dos Estados tem atuado de maneira a elaborar teses para balizar os direitos dos acusados nessa primeira fase dosimétrica, para que condições de vida e aspectos sociais não sejam empregadas de forma seletiva no momento da condenação. Assim, podemos observar que a Defensoria Pública do Estado de Goiás, por meio de sua tese de número 5¹⁴ afirma que a condição de usuário de substâncias entorpecentes não poderá ser utilizada para valorar negativamente a dosimetria da pena na primeira fase de sua fixação.

O uso de drogas psicoativas causam alteração cerebral e seu consumo deve ser analisado não apenas sob o prisma químico e biológico, mas problematizando o contexto no qual a droga é inserida, qual a população mais afetada com o seu uso e de que maneira isso afeta a pena imposta aos acusados de baixa renda.

Há inúmeros argumentos que podem ser empregados na defesa da impossibilidade da consideração de uso de drogas como maus antecedentes na dosimetria. Dentre eles, todos perpassam por um caráter social, de maneira que considerar uma questão pessoal e patológica do réu na dosimetria fere o seu papel de prevenção especial positiva. Outrossim, vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça possui um precedente antigo, veiculado no informativo 490¹⁵, defendendo que o uso de drogas não pode ser considerado como má-conduta social para aumento de pena-base.

Sob o prisma principiológico, o aumento da pena em razão da circunstância referida viola o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a promoção de direitos previstos na Constituição Federal de 1988, produzida e inserida em um contexto de Estado Democrático de Direito, visa a estabelecer mecanismos protetivos e de superação das vulnerabilidades dos indivíduos, reduzindo as desigualdades e as mazelas sociais.

¹⁴MONTONI, Allan. *Teses institucionais Defensoria Pública de Goiás*. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/images/pdf/tese_ESDP_5.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 201.453. Relator Min. Sebastião Reis Júnios. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

Assim, o Estado, titular da ação penal, não poderia punir com maior rigor e aumentar a pena do acusado por conta de uma patologia, uma vez que sobre o uso de substâncias entorpecentes há uma tendência de se considerar a mínima intervenção do direito penal. Assim, se a conduta prevista no artigo 28, da Lei de Drogas vem sendo alvo de inúmeras críticas, incidindo sobre ele, conforme aponta o Supremo Tribunal Federal, os institutos de despenalização¹⁶ não poderia o julgador considerar nas circunstâncias judiciais um conteúdo fático no qual a jurisprudência vem afastado do campo punitivo penal, sob pena de afastar o princípio da razoabilidade.

No mais, nota-se que quando o acusado em audiência menciona o uso de substâncias entorpecentes e o julgador aumenta a pena-base, há uma verdadeira penalização da doença, tornando dificultosa a recuperação do usuário, uma vez que em decorrência do cumprimento da pena privativa de liberdade, o condenado encontra vários óbices para encontrar tratamento médico e psicológico dentro do cárcere.

Na seara da criminologia, há a teoria da reação social¹⁷, que afirma que o sistema penal pode assumir um viés de dominação social. Assim, a lei penal seria um instrumento de preservação dos interesses das classes dominantes, sendo o vício no uso das drogas considerado para aumento de pena pois o comportamento desviante tem contexto histórico e social determinados. Assim, a escolha em criminalizar a conduta do uso de drogas, decorre do processo de etiquetamento da conduta e do criminoso.

Assim, há um processo discriminatório¹⁸, uma criminalização do ambiente familiar e social no qual o réu se insere, criminalizando conduta difundida em todos os setores sociais, mas que apenas é punido com maior rispidez os indivíduos etiquetados pela sociedade e que vão compor a enorme massa carcerária do Brasil.

É imperioso ressaltar que conforme afirma a tese institucional número 5 da Defensoria Pública, na atuação criminal em que se encontra como acusados a maioria por decorrência de crimes patrimoniais, não há de ser desconsideradas as consequências do uso de substâncias entorpecentes, tornando a pena em uma punição cíclica. Pune-se o crime patrimonial consequência do uso de entorpecentes e aumenta-se a pena pelo uso da

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 453.437/SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca*. Disponível em: < <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/a-condenacao-anterior-pelo-art-28-da.html>>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁷ VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2019,p.340.

¹⁸ ROIG,op.cit.,p.163.

substância. Assim, é patente a punição da enfermidade¹⁹ e o afastamento de uma pena humanitária que rechaça as penas aplicadas puramente com finalidade retributiva.

A Lei de Drogas²⁰, por sua vez, insere em seu bojo uma série de medidas que visam à ressocialização dos dependentes de droga, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas. O sistema tem como um dos seus objetivos a reinserção social dos usuários, tendo como princípio o respeito aos direitos fundamentais, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas a promoção de valores éticos e culturais. No mais, institui no seu primeiro capítulo a responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade.

Tendo em vista a responsabilidade compartilhada, não merece prosperar o aumento de pena-base em decorrência do uso de substâncias entorpecentes, uma vez que o próprio sistema nacional de políticas públicas sobre drogas reconhece que a patologia em análise é uma questão que se reflete na sociedade, sendo também uma responsabilidade do Estado. Logo, é conclusão lógica que o acusado não deve ser punido por uma conduta que não decorre exclusivamente de uma ação ou omissão sua, sendo uma questão de saúde pública e que envolve responsabilidade do Estado.

Conclui-se que ao valorar negativamente uma conduta social, unicamente por ser o acusado usuário de substâncias entorpecentes, há o aumento de pena que decorre puramente de um vício patológico. As consequências perpassem o tempo maior da pena privativa de liberdade, uma vez que trará para o acusado dificuldade patente na reinserção social em decorrência da impossibilidade de busca de um tratamento apropriado. No mais, há um panorama social que deve ser encarado, de maneira que a pena imposta pela punição em si, reflete os anseios de uma sociedade que atribui apenas a determinados comportamentos o caráter repressivo da pena, comportamentos ligados à população negra e pobre que são maioria no sistema penitenciário brasileiro.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou como problemática essencial a utilização das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. O embate ocorre na consideração e desconsideração de

¹⁹MONTONI, op.cit., p.

²⁰BRASIL. *Lei nº 13.343*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 17 set. 2019.

condutas específicas no aumento de pena do acusado, sendo imperioso que se afaste na análise da conduta social o uso de substâncias entorpecentes na ocasião da dosimetria da pena.

Essa pesquisa analisou que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, de maneira que os princípios norteiam toda a produção normativa e vincula o atuar do judiciário em suas atividades típicas. Assim, a observância dos princípios visa garantir aos jurisdicionados uma aplicação da lei penal balizada pelos princípios gerais do direito.

Os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana surgem para resguardar os direitos fundamentais previstos em constituição na dosimetria da pena, analisando e aplicando a pena justa e adequada para cada condenado, de maneira que a pena não tenha apenas um caráter retributivo.

O entendimento que se chegou no presente trabalho é que as condenações devem ser balizadas pelo princípio da individualização da pena, fazendo-se necessária a consideração das fases da dosimetria da pena, de maneira que atenuantes, agravantes e circunstâncias judiciais serão consideradas ou desconsideradas, fazendo com que situações excepcionais e pessoais existentes no caso concreto, sejam consideradas na dosimetria da pena.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme analisado no primeiro capítulo, é outro balizador da aplicação da lei penal, sendo vedada a aplicação pena cruel e degradante. A conduta social inserida nas circunstâncias judiciais, leva em consideração o papel do réu na comunidade, analisando as relações sociais e interpessoais e o contexto que se dá suas condutas em meio ao trabalho, família e outras instituições.

Dessa forma, extrai-se que também não poderão ser consideradas na primeira fase da dosimetria da pena como uma circunstância negativa a ser inferida na conduta social, elementos que correspondem ao vício de substâncias entorpecentes por parte do acusado.

No trabalho, concluiu-se que a consideração do vício no consumo de drogas ocasionaria uma punição do réu por uma patologia, patologia essa que necessitaria de esforço estatal para tratamento e posterior reinserção do acusado no convívio social, e não uma maior punição pelo consumo de drogas. O Estado deveria ter mecanismos suficientes para tratar o indivíduo dependente do uso de substâncias nocivas à sua própria saúde, tendo em vista que o uso é antes de tudo, um problema de saúde pública, sendo desnecessária a reprimenda do crime considerar o uso dessas substâncias como fator relevante para produzir um aumento em sua pena.

No mais, viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana a circunstância negativa considerada pelo uso de drogas e outras substâncias entorpecentes, uma vez que mesmo após o cumprimento total e efetivo de pena imposta, as chances de o

indivíduo buscar uma efetiva reintegração social tendo o uso de drogas constado em sua sentença e considerado para maior punição são bastante escassas, tendo em vista o uso de drogas ser fator socialmente reprovável e estigmatizador de condutas.

Restou evidente no trabalho proposto que a Jurisprudência não reconhece o aumento em questão como um aumento que deva ser considerado, no mais, há julgados já mencionados que rechaçam a possibilidade de valoração negativa. Conclui-se, portanto, que não será possível considerar como circunstância judicial desfavorável a utilização de substâncias entorpecentes para aumentar a pena do acusado, sendo afastada essa possibilidade no bojo da conduta social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 201.453*. Relator Min. Sebastião Reis Júnios. Disponível em: <<https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-490-stj.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 453.437/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca*. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/a-condenacao-anterior-pelo-art-28-da.html>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1760972/MG*. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201801634950>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. *Lei n° 13.343*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 17 set. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MONTONI, Allan. *Teses institucionais Defensoria Pública de Goiás*. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.go.gov.br/depego/images/pdf/tese_ESDP_5.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAGANELLA, José Antonio. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: Limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*. 3.ed. Rio de Janeiro: Reaven, 2015.