

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**PATRÍCIA GORTE PEREIRA DA SILVA**

**A CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA NA DOSIMETRIA DA PENA:  
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

**CURITIBA  
2014**

**PATRÍCIA GORTE PEREIRA DA SILVA**

**A CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA NA DOSIMETRIA DA PENA:  
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: Mestre Pedro Luciano Evangelista  
Ferreira

**CURITIBA  
2014**

## TERMO DE APROVAÇÃO

**PATRÍCIA GORTE PEREIRA DA SILVA**

**A CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA NA DOSIMETRIA DA PENA:  
DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2014.

*Dedico a minha família e ao meu  
noivo, por simplesmente existirem  
em minha vida.*

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente agradeço a Deus, por me guiar sempre pelos caminhos corretos e por colocar a minha volta pessoas que acreditam em mim.

Agradeço ao Prof. Pedro Luciano Evangelista, meu orientador, pela compreensão, persistência e orientação ao longo do ano, quanto a realização do presente trabalho.

Imprescindível o agradecimento ao meu antigo chefe, excelentíssimo Dr. José Daniel Toaldo, Juiz de Direito Substituto no Fórum Criminal de Curitiba, que me ensinou a prática penal e dividiu comigo seus conhecimentos e experiências como pessoa e magistrado, alguém que admiro muito. E, também, um agradecimento especial a sua assessora e hoje minha amiga, a Prof. Mayta Lobo, que me mostrou o lado humano e sensível sobre a vida daqueles que são punidos pelo nosso direito penal, aquele que não leva em consideração as tantas omissões do Estado na prestação de serviços à sociedade, em especial aos menos favorecidos e vulneráveis, sofrendo com a carência do fornecimento de educação, oportunidades de trabalho, cultura e saúde.

Agradeço, ainda, àqueles que estiveram ao meu lado, torcendo por mim em cada conquista, e que tão bem compreenderam a minha ausência.

E, ao final, não como um agradecimento, mas como homenagem, ofereço esse trabalho ao meu irmão, que é dependente químico há mais de 15 anos. Entretanto, diferente da grande maioria dos dependentes químicos, principalmente dos que menciono no presente trabalho, não sofreu com a omissão do Estado, devido à classe em que vive, lhe sendo ofertadas várias oportunidades de tratamento particular para essa doença, ao meu ver, incurável.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>2 CONCEITOS E EFEITOS DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA.....</b>	<b>11</b>
<b>3 A DEPENDÊNCIA QUÍMICA NA APLICAÇÃO DA PENA.....</b>	<b>14</b>
3.1 A finalidade da pena.....	15
<b>4 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – 1ª FASE DA DOSIMETRIA DA PENA.....</b>	<b>19</b>
4.1 Culpabilidade.....	20
4.1.1 Análise ao caso concreto.....	22
4.2 Personalidade.....	25
4.2.1 Análise ao caso concreto.....	26
4.3 Conduta social.....	30
4.3.1 Análise ao caso concreto.....	32
4.4 Motivos.....	34
4.4.1 Análise ao caso concreto.....	35
<b>5 A COCULPABILIDADE.....</b>	<b>37</b>
5.1 A aplicação da coculpabilidade como atenuante inominada.....	41
5.2 A coculpabilidade e a Constituição Federal.....	46
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## RESUMO

O presente trabalho proporciona um estudo prático e teórico sobre a aplicação da condição de dependência química do indivíduo criminoso, no momento da aplicação da pena, seja com o aumento da reprimenda penal, na 1ª fase da dosimetria, analisando as chamadas circunstâncias judiciais, mais especificamente quanto à culpabilidade, conduta social, personalidade do agente e motivos. Ou, de forma contrária, entendendo como uma corresponsabilidade do Estado omissa no oferecimento de tratamento adequados, aplicando uma diminuição da pena na sentença condenatória, na 2ª fase de cálculo, considerando presente a atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal. É nesse diapasão que será desenvolvido um estudo sobre o tema, com conceitos e teorias, bem como com a demonstração de aplicações na prática, com a contraposição de jurisprudências e decisões proferidas por juízes de 1º e 2º grau, bem como, decisões reformadas pelos tribunais superiores, com o objetivo de demonstrar os diferentes entendimentos presentes no Brasil, acerca desse mesmo tema.

**Palavras-chave: Dependência química. Aplicação da pena. Circunstâncias judiciais. Atenuante inominada. Coculpabilidade.**

## INTRODUÇÃO

No Brasil, o número de usuários de substâncias ilícitas vem aumentando cada dia mais, e segundo dados da OMS (Organização Mundial de Saúde), é o 2º maior consumidor do mundo de cocaína e seus derivados<sup>1</sup> do mundo, substâncias essas que causam dependência física e psíquica no indivíduo.

Sabe-se que muitos desses usuários, tornam-se dependentes dessas substâncias de forma rápida, quando passam a consumi-la progressivamente, tornando-se toxicômanos.

Quando já dependentes da substância entorpecente, estando sem utilizá-la por um determinado tempo, entram em estado crítico de abstinência da droga, e na busca incessante por ela, alguns chegam a cometer crimes patrimoniais, principalmente àqueles de classe economicamente mais baixa, tendo como objetivo conseguir dinheiro ou qualquer objeto de valor para comprar a droga da qual é dependente. Nesse contexto, levando-se em consideração que a própria OMS classifica a dependência química como uma enfermidade incurável e progressiva, o sujeito acometido por essa doença, que pratica crimes de cunho patrimonial deve ficar impune? Em caso de condenação, deve a sua pena ser aumentada pela condição da dependência química? Ou diminuída?

Ao longo do trabalho será possível verificar os diferentes entendimentos sobre o assunto, considerando que há magistrados que entendem que a reprimenda penal deve ser aumentada, afirmando que o fato de necessitarem do entorpecente serve como pretexto para que possam cometer crimes. E, por outro lado, há julgadores que possuem posicionamento contrário, de forma mais garantista, sob o fundamento de que o Estado sendo omissor no fornecimento de tratamento a esses dependentes, além de outros serviços, como educação, trabalho, lazer e saúde, deve reconhecer sua corresponsabilidade, e diminuir a reprimenda penal desses cidadãos.

O intuito não é abordar a questão da impunidade, por meio da imputabilidade ou semi-imputabilidade do indivíduo, mas sim, defender uma reprimenda justa e eficaz aos sujeitos pelos atos cometidos nos momentos críticos de abstinência, uma

---

<sup>1</sup> D'ALAMA, L. Brasil é o 2º consumidor mundial de cocaína e derivados, diz estudo. **Portal G1 de notícias**, 05 de setembro de 2012. Ciência e Saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/09/brasil-e-o-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-e-derivados-diz-estudo.html>>. Acesso em 10/10/2014.

vez que possuem capacidade para entender que os atos por ele praticados são criminosos, e portanto, ilegais.

Essa controvérsia é apresentada de forma crítica, baseada na doutrina e na jurisprudência, suscitando as diversas teorias e fundamentações sobre o tema, inclusive dissertando sobre a finalidade da pena ao indivíduo criminoso, bem como o posicionamento dos magistrados, investidos na função do Estado, em diversos casos concretos.

Espera-se, com isso, contribuir para as atuais discussões sobre o número de dependentes químicos, em especial os pertencentes às classes menos favorecidas, no sistema prisional brasileiro, e a forma como o Estado age com esses indivíduos. Pretende-se transmitir opiniões e discussões sobre o tema, fazendo com que os leitores deem a devida importância ou, ao menos, façam um juízo de valoração sobre a aplicação de uma reprimenda mais justa, sendo ela menor ou maior, a esses dependentes químicos.

A pesquisa desenvolveu-se com base em artigos científicos, matérias jornalísticas, livros doutrinários e jurisprudências, bem como na análise da legislação aplicável ao tema proposto.

O capítulo introdutório se destina a conceituar e dar um panorama atual sobre a questão da dependência química no Brasil, que por um lado é vista apenas como uma questão de escolha dos indivíduos e, por outro lado, como um problema social, considerando se tratar de uma doença.

Por sua vez, no segundo capítulo, serão traçados os aspectos da pena, indicando sua finalidade, e os princípios constitucionais que devem ser observados pelo magistrado, no momento da sua fixação na sentença condenatória.

No terceiro capítulo, será dada ênfase a primeira fase de dosimetria da pena, as chamadas circunstâncias judiciais, dissertando-se, tão somente, quanto as circunstâncias de cunho subjetivo, nas quais algumas autoridades judiciárias entendem que é aplicável um aumento de pena, em virtude de ser o acusado adicto de substâncias entorpecentes. Ainda, nesse capítulo, colaciona-se jurisprudências acerca do assunto, demonstrando os entendimentos diversos sobre o tema.

E, no quarto capítulo, será abordado o princípio da coculpabilidade, bem como sua aplicação na pena como atenuante genérica, diminuindo-se a pena do indivíduo, levando-se em consideração a ausência do Estado no que diz respeito ao fornecimento de serviços básicos como educação e saúde, até os mais complexos,

qual seja, o oferecimento de reabilitação a dependentes químicos tanto em sociedade, quanto nos sistemas penitenciários brasileiros.

Ao final do presente capítulo, proceder-se-á a análise da aplicação da atenuante genérica, prevista no artigo 66 do Código Penal, em um caso concreto, analisando pormenorizadamente a fundamentação do magistrado que motivou a diminuição da sanção penal.

Finalmente serão apresentadas as referências bibliográficas utilizadas ao longo da pesquisa e fundamentação do presente trabalho de conclusão de curso.

## 2. CONCEITO E EFEITOS DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA

É de conhecimento de todos que o Estado e a sociedade vêm há muito tempo sofrendo com a expansão das drogas, as quais provocam um efeito devastador no usuário, quais sejam, de acordo com o médico Psiquiatra Dr. Rodrigo Barreto Huguet (2012), efeitos agudos de euforia, proporcionando aumento de confiança, energia, ansiedade, e ainda, podem evoluir para irritabilidade, confusão mental, alucinações e delírios, entre outros efeitos, podendo levar o usuário a perder a lucidez por alguns momentos.

É preciso, inicialmente, fazer um breve apontamento sobre a dependência química no campo da saúde, considerando que se trata de uma doença, a qual pode ser explicada pelas ciências médicas.

No Portal de Psiquiatria Geral (PsiqWeb), coordenado pelo Médico Psiquiatra Geraldo José Ballone (2008), é possível verificar que a Organização Mundial de Saúde (OMS) através do Código Internacional de Doenças (CID-10), conceitua a dependência química como uma enfermidade incurável e progressiva, apesar de poder ser estacionada pela abstinência. Na CID.10 a dependência é definida como um:

“Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas conseqüências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física. A síndrome de dependência pode dizer respeito a uma substância psicoativa específica (por exemplo, o fumo, o álcool ou o diazepam), a uma categoria de substâncias psicoativas (por exemplo, substâncias opiáceas) ou a um conjunto mais vasto de substâncias farmacologicamente diferentes.” (PORTAL PsiqWeb)

As psiquiatras Carla Bicca, Márcia Surdo Pereira e Maria Angélica Gambarini (2002, p.202), de forma sucinta e clara, afirmam que a dependência é “*a necessidade física ou psicológica da substância psicoativa, que, pelo uso continuado, leva ao hábito*”. Acrescentam ainda, que a compulsão é uma característica da dependência.

Nesse contexto, verifica-se que a dependência química não é apenas um vício, nem sequer um sintoma de transtorno de personalidade, ela é uma enfermidade progressiva e de terminação fatal, afetando todos os aspectos do ser humano, físico, mental, emocional e social, exigindo um tratamento de forma mais célere possível.

A Jornalista Ana Lucia Santana (PORTAL Infoescola, 2014) relata, brevemente, como se inicia e os efeitos trazidos por essa doença nefasta, afirmando que *“dependência química ou física é uma condição orgânica que nasce da utilização constante de certas drogas psicoativas, as quais conseqüentemente provocam o aparecimento de sintomas que envolvem especialmente o sistema nervoso central, o qual se torna dependente de uma substância, sofrendo assim os efeitos de uma abstinência repentina e prolongada”*.

Sabe-se que a dependência de substâncias ilícitas é um fenômeno amplamente divulgado e discutido na mídia atualmente, contudo, muitas vezes não é vista como uma doença, nem para a sociedade, nem para os aplicadores do direito, ficando a margem da criminalidade e refém de um Direito Penal apenas punitivo.

Apenas a título de curiosidade, é interessante frisar que a substância entorpecente que mais preocupa a sociedade brasileira é o “crack”, o qual é derivado da cocaína, e possui um efeito devastador em quem dele se utiliza, segundo explicações do médico especialista em dependência química, Dr. João Chequer (PORTAL Globo.com – Gazeta Online, 2011), o crack age de forma sistêmica, *“é uma doença do pulmão, da nutrição, do tubo digestivo, do coração. É generalizada. E se for associada ao álcool, você aumenta o risco de câncer, não só na boca e no pulmão. É uma complicação geral”*.

O psiquiatra Pablo Roig (2014), em entrevista à rede Jovem Pan, afirma que o Brasil é o maior consumidor mundial de “crack”, e as políticas existentes contra esse entorpecente são as mais ineficientes *“porque existe um desconhecimento por parte das autoridades do que realmente acontece com o usuário de crack, e principalmente, na perda que ele tem de sua liberdade de optar, o usuário de crack não é que opta usar crack, depois de um tempo com a dependência ele perde a liberdade de optar se usa ou não usa, ele é obrigado a usar”*. Acrescenta ainda que *“pelo crack a pessoa faz qualquer coisa, (...) e uma característica ao crack é que ele modifica o código ético e moral da pessoa, por isso que eles são capazes de fazer qualquer coisa”*. Desta forma, o psiquiatra enaltece que o dependente químico não

possui, diversas vezes, consciência de suas atitudes, pois não consegue optar entre usar e não usar a substância, ele simplesmente faz qualquer coisa para obtê-la.

É nítido o efeito devastador que a droga causa no ser humano, tanto em relação a dependência que pode causar, quanto aos efeitos, levando o adicto a um total descontrole de sua vida e de suas atitudes, podendo torna-los vulneráveis ao ponto se socorrer da marginalidade para manter sua dependência.

Veja-se que vulnerabilidade, conforme explicada pelos Professores Alice Bianchini e Luis Flavio Gomes (GOMES, 2013, p.07) é “a *reduzida ou inexistente capacidade do indivíduo ou do grupo social de decidir sobre sua situação de risco. Ela encontra-se diretamente ligada a fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e biológico*”.

Exposto isso, como as substâncias entorpecentes, em especial o “*crack*”, geram uma dependência muito rápida, seus dependentes ficam dispostos a tudo para aliviar a ânsia do consumo, ficando a população exposta a riscos em geral, considerando que devido à abstinência da droga, o toxicômano pode perder o controle de suas atitudes.

Fato esse que ficou bem ilustrado pelo caso verídico ocorrido em dezembro de 2013, no Estado do Espírito Santo, e publicado no portal de notícias da Globo – o G1 (2013), contando a história de uma mãe que acorrentou seu filho de 12 anos, dependente químico, dentro da sua própria casa com o intuito de impedi-lo de sair às ruas para consumir “*crack*”. Na entrevista, a mãe comentou que, para sustentar o vício, o menino também praticava atos infracionais equiparados a furtos. Ou seja, o uso da droga não reflete apenas na vida do usuário, mas também na rotina de terceiros, que podem ser alvo de crimes praticado por esses dependentes, os quais, na ânsia de conseguir qualquer objeto de valor para trocar pela droga, muitas vezes praticam crimes.

Há que se reconhecer que hoje o acesso a droga é muito amplo e fácil a qualquer classe social. Todavia, os dependentes químicos que cometem crimes para sustentarem sua dependência, se dizem induzidos a furtar, roubar, traficar, justamente para manter o seu consumo de drogas. Explica o estudioso sobre o assunto, Dr. Galeno Alvarenga que “*nos casos de dependência grave, os pensamentos e as atividades são direcionados predominantemente à obtenção e ao uso da droga. Um drogadito pode manipular, mentir ou roubar para satisfazer a sua adição*” (PORTAL Galeno Alvarenga – Psiquiatria e Neurociência). Vislumbra-se,

nesse contexto, que a dependência e ânsia pela droga se tornam uma questão psicológica, na qual alguns adictos optam por cometerem atos criminosos para saciarem seus desejos da droga.

Nessa linha de raciocínio, é imperioso saber como a dependência é tratada no campo jurídico-penal, mais precisamente, na aplicação da pena do indivíduo condenado pelos crimes praticados, em virtude de sua adição. Contudo, no presente trabalho, afasta-se a questão da imputabilidade ou semi-imputabilidade do sujeito dependente químico, trata-se na verdade da discussão da possibilidade de aumentar ou reduzir a pena de um indivíduo que declara ser dependente químico nos autos, seja através de provas escritas, seja por oitivas de testemunha ou pelo próprio interrogatório, não englobando os casos em que são elaborados os Laudos de insanidade mental.

### **3. A DEPENDÊNCIA QUÍMICA NA APLICAÇÃO DA PENA**

Os magistrados são as autoridades judiciárias competentes para proferir sentença e, nos casos de condenação, dosar a reprimenda penal, objetivando com isso a reeducação e reintegração do criminoso toxicômano à sociedade, levados por um sentimento de justiça.

Com esse espírito de manter a justiça, e com a liberdade a qual lhe é conferida pela legislação penal, o juiz tem a possibilidade de aumentar ou diminuir a pena do indivíduo que cometeu um crime pela ânsia de obter alguma vantagem (dinheiro ou algo de valor) que pudesse trocar por droga?

Pela interpretação das leis contidas no ordenamento jurídico brasileiro, é conferido ao juiz o poder de aumentar ou diminuir a reprimenda penal, tendo, contudo, o dever constitucional de fundamentar a sentença, revelando e especificando, o trânsito subjetivo da aplicação da pena.

Nas belíssimas palavras do Promotor de Justiça Inácio de Carvalho Neto (2003, p.XIII) “*esse universo por onde gravitam a realidade dos fatos e os comandos jurídicos exige que o seu navegador tenha possibilidades mínimas de conhecer o espaço percorrido e as vertentes para a identificação do ser humano a ser julgado*”

É de conhecimento de todos que no Poder Judiciário brasileiro há diversas decisões conflitantes e entendimentos diversos entre os magistrados, e no que diz respeito ao aumento e diminuição de pena, em pesquisas jurisprudenciais, é

possível observar que alguns entendem que a dependência química é o “pretexto” que levou o indivíduo a cometer o crime, devendo sua pena ser aumentada. Por outro lado, há posicionamentos contrários, como por exemplo do Juiz de Direito Rosivaldo Toscano dos Santos, magistrado na Comarca de Natal/RN, o qual, basicamente fundamenta, que deve o Estado dividir essa responsabilidade com o indivíduo, uma vez que é omissivo quanto ao fornecimento de infraestrutura e serviços adequados para a reabilitação e reinserção social do indivíduo dependente químico marginalizado, além de outros serviços sociais inerentes ao desenvolvimento desse cidadão como ser humano, como por exemplo educação, trabalho e saúde, que serão estudados mais adiante.

Passa-se a análise das possibilidades mencionadas, em que as autoridades judiciárias podem diminuir ou aumentar a pena do acusado pela sua condição de dependente químico, juntamente com a exposição de casos concretos.

### **3.1 A finalidade da pena**

Inicialmente, necessário tecer breves considerações quanto a real função da aplicação da pena ao condenado. Segundo as explicações do Professor Francisco de Assis Toledo (1994, p. 217) a palavra latina *poena*, da qual derivou a palavra *pena*, entre seus inúmeros sentidos, tinha também o significado de dor, sofrimento. E nos dias atuais, esse significado continua presente entre a sociedade, bastando indagar qualquer indivíduo da sociedade, se a palavra pena não remete a sofrimento, considerando que aos leigos, a pena nada mais é do que um castigo àquele que cometeu crime, fazendo com que ele sofra, objetivando sua reeducação através da privação de sua liberdade, com o intuito de “ensiná-lo” a não cometer o ato tido como criminoso novamente.

Em uma perspectiva mais moderna, mas não fugindo daquilo que é de entendimento da maioria, o doutrinador José Eulálio Figueiredo de Almeida (2002, p.57), afirma que a pena pela sua própria natureza, possui:

“Caráter intimidativo e inibitório, pois visa a desencorajar e a desestimular o infrator e todas as pessoas da comunidade que tenham, em potencial, vocação para delinquir (*animus delinquendi*), neutralizando suas intenções criminosas e criando em cada cidadão a certeza de que a prática do ilícito penal resultará em sua punição”. Acrescenta ainda que “disso tudo decorrerá a manutenção da fé no Direito e a credibilidade

na administração da justiça pela sociedade, principalmente se a pena aplicada ao infrator for suficiente para reprová-la sua conduta e conseguir, com seu aspecto pedagógico e o auxílio dos órgãos da execução penal, reintroduzi-lo totalmente recuperado no meio social, como é de se esperar que ocorra com todo condenado, sob pena de ficar patente a inutilidade do esforço estatal nesse campo”.

Todavia, embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção àquele que, em violação à lei penal, praticou uma determinada infração penal, deverá observar os princípios expressos na Constituição Federal<sup>2</sup>, os quais não serão tratados de forma aprofundada, sendo apenas pincelados os principais deles, quais sejam: o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/88), considerando que a pena deve estar legalmente prevista à época da prática do crime; princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), uma vez que as penas devem ser individualizadas, considerando que cada acusado merece uma sentença própria, na medida de sua culpabilidade e levando-se em conta as peculiaridades fáticas do caso concreto e; princípio da pessoalidade (art. 5º, XLV, da CF/88), tendo em vista que a pena não pode passar da pessoa do acusado.

Ressalta-se, que devido a esses princípios constitucionais, algumas sanções são proibidas no Brasil, as quais estão previstas na Carta Magna, são elas: a) de morte, salvo no caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Como afirma GRECO (2004, p.532) *“um Estado que procura ser garantidor dos direitos daqueles que habitam em seu território deve, obrigatoriamente, encontrar limites ao seu direito de punir”*. E de forma complementar, colaciona-se a sábia afirmação do jurista paraense Edmundo Oliveira (1998, p. 51), o qual entende que *“deve o Estado recorrer à sanção, com prudência, quando precisa reforçar as proibições, indicar o que é permitido e mostrar aos cidadãos que a observância dos mandamentos legais é absolutamente necessária para evitar, na medida do possível, ações ou omissões que ataquem as bases da convivência social. É a dosagem de vigor da pena que desperta na consciência de cada um o efeito inibidor da norma imperativa”*.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XLVII. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).

No Código Penal Brasileiro<sup>3</sup>, pelo que preceitua o artigo 59, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e a prevenção do crime, permitindo entender que a pena aplicada deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras práticas de atos criminosos. Explica GRECO (2006, p. 526), que existem três teorias sobre a finalidade da pena, são elas: a) teoria absoluta, na qual reside o caráter retributivo da pena; b) teoria relativa, que fundamenta-se no critério de prevenção da sanção penal e; c) teoria mista ou unificadora da pena, a qual é adotada no Brasil, considerando a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, conforme disposto no próprio artigo 59, *caput*, do Código Penal.

No Brasil é adotada a terceira teoria, uma vez que, conforme explica o estudioso do direito Hugo Rogerio Geokskreutz (2010), a *“pena objetiva punir o condenado, retribuindo a este o mal causado em decorrência de seu delito, simultaneamente a pena objetiva a prevenção de novas condutas delituosas, fazendo com que o criminoso não realize novas condutas ilícitas, bem como, que a própria sociedade tenha receio em desobedecer à legislação penal”*

Todavia, para que seja aplicada uma pena justa, sua aplicação decorrerá de uma análise conjunta de todas as circunstâncias do crime, as quais serão analisadas pelo magistrado competente, devendo este, fundamentadamente, em observância ao princípio do livre convencimento motivado (art. 155, do CPP<sup>4</sup>), estabelecer a pena aplicável ao caso concreto. Conforme leciona Hélio Tornaghi, por CARVALHO NETO (2003, p. 75-76), *“O juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade”*.

O professor Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 670-671), contudo, faz uma ressalva importante, afirmando que, no momento da aplicação da pena *“não há, muitas vezes, contraditório e ampla defesa acerca das agravantes e atenuantes, tanto quanto não se dá em relação às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em face da carência de provas produzidas pelas partes e pelo desinteresse destas e do próprio magistrado, no geral, pelo processo de aplicação da pena.*

---

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto- Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).

<sup>4</sup> BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal Brasileiro. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).

*Lembremos que vige, no Brasil, a política da pena mínima, motivo pelo qual as circunstâncias legais e judiciais tornam-se esquecidas durante a instrução. Luta-se pela condenação (Ministério Público) ou pela absolvição (defesa), mas não pela pena justa”.*

No Código Penal brasileiro é adotado o sistema trifásico para a fixação da pena. Veja-se que no item 59 da Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal, é estabelecido que a aplicação da pena seguirá o critério das três fases, aplicando-se a pena da seguinte maneira:

*“(...) Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento da pena”.*

O legislador deixa claro com essa justificção, que o atendimento ao roteiro estabelecido no aludido artigo assegurará a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa, permitindo que as instâncias superiores possam avaliar o processo mental utilizado pelo magistrado na fixação da pena-base, permitindo o total conhecimento da operação realizada por ele e a correta determinação dos elementos incorporados à dosimetria.

Devido a essa necessidade de acompanhamento do raciocínio do juiz de 1º grau é que o Supremo Tribunal Federal, iterativas vezes, afirmou que não basta a referência a esmo dos elementos indicadores da fixação da pena previstos no artigo 59 do Código Penal, chamadas de circunstâncias judiciais, é indispensável que todos eles sejam examinados de forma isolada, sob pena de nulidade da decisão. Segue entendimento da Suprema Corte<sup>5</sup> sobre o assunto:

*"Habeas-Corpus": inidoneidade, segundo a jurisprudência atual (v.g., HHCC 69.619 e 68.507), para corrigir quaisquer ilegalidades da sentença penal condenatória que não impliquem coação ou iminência direta de coação a liberdade de ir e vir: aplicação "a fortiori" a hipótese do caso, quando a perda de bens já apreendidos operou-se "ipso jure" com o trânsito em julgado da condenação, sem que caiba, portanto, cogitar de quaisquer eventuais reflexos sobre a liberdade pessoal do paciente, que pudessem advir da execução do confisco. II. **Sentença condenatória: individualização da pena: coerência logico-jurídica entre a fundamentação e o dispositivo. 1. A exigência de motivação da individualização da pena - hoje, garantia constitucional do***

---

**condenado (CF, arts. 5., XLVI, e 93, IX) -, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar. 2. É nula, no ponto, a sentença na qual o juiz, explicitando os dados de fato em que assentou a exacerbação da pena - no caso, ao ponto de quadruplicar o mínimo da cominação legal -, desvela o subjetivismo dos critérios utilizados, de todo distanciados dos parâmetros legais.**

*(HC 69419, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 23/06/1992, DJ 28-08-1992 PP-13455 EMENT VOL-01672-03 PP-00365 RTJ VOL-00143-02 PP-00600). (destaquei).*

Dessa forma, mostra-se imprescindível a fundamentação do juiz em qualquer aumento ou diminuição da pena que aplique, levando-se em consideração também que as circunstâncias que influenciam na dosagem da pena, nas palavras do doutrinador Aníbal Bruno por BITENCOURT (2013, p.752-753), são as “*condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade*”.

Posto isso, faz-se necessário elencar e discutir sobre cada circunstância da 1ª fase de aplicação da pena, em que é possível o magistrado aumentar a pena do acusado, sob o fundamento de ser ele dependente químico. E, posteriormente, será feita a análise da atenuante inominada, demonstrando, contrariamente, a aplicação da diminuição da pena pela corresponsabilidade do Estado com esses toxicômanos, com base no princípio da coculpabilidade.

#### **4. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – 1ª. FASE DA DOSIMETRIA DA PENA**

O artigo 59 do Código Penal traça um roteiro, indicando o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente. Os elementos constantes nesse artigo são chamados de circunstâncias judiciais, isso “*porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente*”, (BITENCOURT, 2013, p. 753).

Esse dispositivo legal tem a função de determinar os parâmetros para a fixação da pena-base, veja-se:

*“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:*  
*I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;*  
*II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*  
*III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*  
*IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.*

Da análise do *caput* do dispositivo, é possível observar que as circunstâncias compreendem os elementos relacionados ao agente, ao fato e a vítima. Por esse motivo, alguns doutrinadores, como o professor Damásio de Jesus (2013, p.514), entendem que tais dados não constituem circunstâncias, mas apenas direções para o juiz no momento da aplicação da pena.

Passado isso, considerando que a dependência química se refere à característica do agente, é necessária a reflexão apenas sobre as circunstâncias da culpabilidade, conduta social, personalidade e motivos, considerando que se referem a pontos subjetivos do apenado.

#### **4.1 Culpabilidade**

Inicialmente é necessário observar que o requisito da culpabilidade pode ser confundido, uma vez que possui três funções diversas no Direito Penal brasileiro, explica o professor Luis Flávio Gomes (2005): "(a) *de fundamento da pena; (b) de limite da pena (cada um é punido nos limites da sua culpabilidade – CP, art. 29) e (c) de fator de graduação da pena (CP, art. 59)*".

A função da culpabilidade como fator de graduação de pena, para BITENCOURT (2012, p.754), funciona como um critério de aferição da pena justa, sendo um elemento de determinação ou medição da pena, impedindo que a pena seja aplicada além do grau previsto pela própria ideia de culpabilidade, aliada a critérios como importância do bem jurídico, fins preventivos e etc.

A culpabilidade, como elemento de medição de pena, é analisada de acordo com a magnitude exata que, no caso concreto, deve se ter uma pena, cuja a imposição já foi fundamentada. Todavia, no entendimento do doutrinador Nivaldo Brunoni (2008, p.140), a culpabilidade nada mais do que a proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade revelada no caso concreto, o que ao seu ver constitui a culpabilidade não só como limite da pena, como também fundamento desta.

Ilustra BRUNONI (2008, p.141) que *“efetivamente, para que o julgador possa impor uma pena proporcional ao fato concretamente realizado é mister que emita um juízo acerca da culpabilidade do agente. Esse juízo de censura penal constitui a atividade intelectual pela qual se avalia o comportamento de uma pessoa que transgrediu uma norma penal, a fim de que a resposta estatal seja adequada à gravidade do injusto”*.

De uma forma mais clara e didática é a explicação do advogado criminal Joe Tennyson Velo (1993, p.18), o qual assegura que no juízo de culpabilidade *“a ação é vista por outra perspectiva, sensivelmente mais complexa. Valora-se aqui a ação sob ângulo de quem a praticou. Considerando os aspectos pessoais do sujeito e sua situação existencial, o juízo de culpabilidade valora o acolhimento dos motivos que proporcionaram a ação lícita; quais os valores relevados para que aqueles considerados valiosos para o ordenamento jurídico fossem menosprezados”*.

Desta forma, para se ter a necessária correspondência entre a medida da pena com a medida da culpabilidade é necessário analisar todas as circunstâncias que influenciaram o fato punível. Assim, percebe-se que a culpabilidade não se trata de um elemento isolado, devendo ter uma análise de todas as circunstâncias concorrentes, podendo a partir desse exame, concretizar o quanto de pena deverá ser aplicada ao autor em face de seu comportamento desviante.

Como bem pontuado por BRUNONI (2008, p. 144), a culpabilidade como medição de pena, caracteriza-se *“não só pelas condições pessoais do autor, como também pelas circunstâncias concorrentes e pelo resultado do fato, fatores esses que possibilitam a avaliação do maior ou menor grau de censura penal. Abarca, pois, a totalidade do evento delituoso, incluída a preparação do fato e suas consequências, de modo que o autor possa ser feito responsável por ele”*.

Desta forma, entende-se que a culpabilidade deve ser examinada pelo magistrado como um juízo de censurabilidade, conforme ressaltado por

BITENCOURT, devendo o magistrado singular verificar se há maior ou menor reprovabilidade no comportamento do agente.

Todavia, apenas por amor ao debate, faz-se necessário mencionar que alguns doutrinadores divergem quanto a existência e função da culpabilidade como fator de graduação da pena, que é o caso do professor Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 239), o qual, pontualmente, afirma que a culpabilidade não é critério de aferição do juízo de reprovação e sim o próprio juízo de reprovação.

#### 4.1.1 Análise do caso concreto

Passa-se analisar os casos concretos em que houve o acréscimo da pena na culpabilidade do agente, dentro da análise das circunstâncias judiciais.

Observa-se que não há muitos julgados sobre o tema, e os poucos que existem, felizmente, são contrários à aplicação da dependência química do acusado como causa de reprovabilidade maior da conduta. Colaciona-se um entendimento proferido do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de recurso de apelação criminal, reformando uma decisão do juízo de 1º grau sobre a matéria:

**APELAÇÃO-CRIME. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA** Para o reconhecimento da irrelevância social da conduta não se pode levar em conta somente o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, mas sim o conjunto de circunstâncias que cercam o fato e as relativas à pessoa do agente. **MAUS ANTECEDENTES** Não há falar em maus antecedentes quando os processos criminais constantes da certidão judicial referem-se a crimes cometidos posteriormente ao ora em julgamento. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVAÇÃO. CULPABILIDADE. A circunstância de o réu ter subtraído o bem para sustentar o vício não serve para agravar a pena pela valoração negativa dos motivos do delito, tampouco aumenta a reprovabilidade da conduta, uma vez que a condição de dependente químico compromete o livre arbítrio do agente.** **CONFISSÃO ESPONTÂNEA** Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea quando o acusado admitiu a prática do delito. **REINCIDÊNCIA** Inexistindo registro de condenação transitada em julgado caracterizadora de reincidência, incabível o aumento da pena em razão da referida agravante. **PRIVILEGIADORA. PEQUENO VALOR.** Preenchidos os requisitos do art. 155, § 2º, do CP, cabível o reconhecimento da privilegiadora. **EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO**

RETROATIVA. Transcorrido lapso de tempo superior ao previsto no art. 109 do CP entre dois marcos interruptivos, considerada a pena aplicada e a menoridade do réu ao tempo do fato, impositivo o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva retroativa. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DECLARADA. (TJ-RS - ACR: 70049351257 RS , Relator: Danúbio Edon Franco, Data de Julgamento: 21/11/2012, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/04/2013).

Note-se que o magistrado entende que a própria dependência química do cidadão compromete a sua capacidade de optar os caminhos a seguir, restando comprometido a escolha de suas ações, ocorrendo em alguns casos, conforme o caso em tela, a escolha pela via criminosa para obter dinheiro ou algo de valor que possa trocar pela droga.

O juiz de primeiro grau, que prolatou a sentença que foi reformada no acórdão acima exposto, fundamentou o aumento da pena na primeira fase da dosimetria da seguinte maneira:

“1ª FASE = Circunstâncias judiciais (art. 59, do CP).  
O réu possui péssimos antecedentes, conforme certidão de fl. 64/69. Aliás, a opção por viver do furto para sustentar o vício das drogas, mesmo sabendo que neste município vem sendo oferecidos tratamentos de bom nível na área de dependência química, revela personalidade desvirtuada e propensa ao delito. Não há dados sobre sua conduta social. O motivo do crime é, provavelmente, a dependência do 'crack', o que, porém, não pode vir em favor do réu, presente a falta de vontade de submissão a tratamento para superação do vício. Não houve consequências além das normais ao delito sob exame. Também não houve contribuição da vítima para o evento.  
Portanto, da análise das circunstâncias judiciais, preponderantemente desfavoráveis ao réu, extrai-se um grau de culpabilidade acentuado, pelo que fixo a pena-base em 2(dois) anos de reclusão(...)”. (destaquei)

Em uma análise um pouco mais minuciosa, é possível observar que o crime praticado pelo condenado é de cunho patrimonial, sendo crime de furto simples, previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, o qual prevê pena mínima de 1 (um) ano de reclusão e multa. Veja-se que o juiz singular aumentou a pena-base (circunstâncias judiciais) em 1 (um) ano, fundamentando-se em 4, das 8 circunstâncias elencadas no artigo 59 do CP, quais sejam: antecedentes,

personalidade, motivos e a culpabilidade. Sendo três dessas, motivadas pela dependência química do acusado.

Contudo, acertadamente, a aludida dosimetria não foi aceita pelo Tribunal, o qual a reformou, com sob os seguintes fundamentos:

“(…) quanto aos motivos do crime, ao que consta, estão ligados à condição de viciado do réu, ao tempo do fato, circunstância que, ao contrário do que entende o sentenciante, deve repercutir em seu favor, uma vez que, embora ciente da ilicitude da conduta, a dependência química o compele a agir daquele modo. Ademais, ao ser interrogado, o réu afirmou ter se submetido a tratamento, tendo sido internado por duas vezes, de modo que não se pode afirmar que houve ‘falta de vontade de submissão a tratamento para superação do vício’, como dito na sentença.

**Tocante à culpabilidade, não extrapola os lindes da normalidade, considerando as particularidades da hipótese retratada nos autos, em que o agente se vê compelido à prática ilícita em razão da condição de dependente químico.**

Quanto à personalidade, todavia, efetivamente, encontra-se comprometida, revelando um desajuste e uma resistência às regras de convivência em sociedade.

Readequado o exame das circunstâncias judiciais, impõe-se o ajuste da pena-base, tendo presente que remanesce negativo o vetor relativo à personalidade do agente, o que inviabiliza o pleito da defesa de fixação da basilar no patamar mínimo.(…)”.(destaquei).

De forma oposta a motivação do juiz singular de 1º grau, o Relator do recurso afirmou que a adição obriga, em alguns casos, o dependente químico a prática de atos criminosos. Além disso, afirma que o fato de o cidadão já ter buscado tratamentos em outros momentos, demonstra que ele já tentou superar a dependência, e quem sabe continua buscando isso, não havendo que se falar em falta de vontade na submissão ao tratamento, como mencionado pelo juiz de 1º grau.

Diante da fundamentação elucidada pelo relator do recurso, verifica-se que possui o entendimento favorável a reabilitação do dependente químico, reconhecendo-o como uma pessoa doente, o qual agiu criminosamente em busca de algo que pudesse trocar pelas substâncias ilícitas das quais se tornou dependente.

## 4.2 Personalidade do agente

É sabido que personalidade é um conjunto de qualidade morais e sociais do ser humano. É “o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade” (JESUS, 2013, p. 558). Ou, como diz Nelson Hungria, citado por TRISTÃO (1992, p.157), “é o exame do homem total, corpo e alma”.

Trata-se na verdade de uma análise difícil do indivíduo, considerando que deverá ser verificado se ele possui boa ou má índole, predisposição para a prática de crimes e, inclusive, sua periculosidade.

O professor e criminólogo Jason Albergaria, por ALMEIDA (2002, p.77), faz um interessante apontamento quanto a personalidade de um violador das leis penais, explicando que:

“A maior parte dos traços da personalidade de um criminoso liga-se ao egocentrismo: a incapacidade de julgar um problema moral colocando-se num ponto de vista diferente do pessoal; falta de consideração pelo próximo; atitudes críticas e acusadoras; falta de sentimento de responsabilidade e de culpabilidade. Outros traços ilustram especificamente a imaturidade pessoal; inaptidão de renunciar à satisfação imediata, à custa da segurança e apesar da perspectiva de uma punição, insuficiência de controle emocional, insuficiência de julgamento, autocrítica e utilização de experiências passadas”.

Dito isso, nessa circunstância judicial deve o aplicador da lei, ora magistrado, registrar se o indivíduo possui sua personalidade voltada a vida criminosa, inclusive verificando seu grau de agressividade e antagonismo na vida social.

Contudo, deve-se preponderar e refletir sobre alguns pontos contraditórios, sendo o principal deles, a capacidade do juiz de aferir a personalidade do agente, e aplicar-lhe uma pena maior ou menor nesse aspecto.

É de grande importância reconhecer, que em muitos casos é difícil ao magistrado avaliar cientificamente a personalidade do agente, uma vez que não teria condições profissionais e conhecimentos nesse sentido, considerando que a pessoa adequada para tanto seria um psicólogo ou um psiquiatra, envolvidos em estudos especificamente criminológicos.

Outro ponto relevante, se refere a aplicação do princípio da identidade física do juiz do direito processual penal, que esta previsto no artigo 399, §2º, do Código

de Processo Penal, dispondo que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Isso porque, o juiz poderá ter mais contato com o acusado, o que lhe permitirá, mesmo que de forma mínima, fazer uma avaliação da personalidade do agente, principalmente, avaliando-o no momento do interrogatório.

Outro ponto relevante para se mencionar é com relação ao fator cultural e educacional, que muito influencia na personalidade do agente. ALMEIDA (2002, p.77) tece considerações com relação ao fator cultural, afirmando que o homem:

“tende a incorporar-se ao grupo familiar ou social do qual provém, absorvendo ou adotando suas crenças e seus valores, quando não venera e reverencia alguns membros mais influentes. Disso resulta que pode o indivíduo identificar-se com algum membro marginal do seguimento social ao qual pertence e, por força dessa atração natural, se recusar a aceitar qualquer outra forma de conduta como socialmente adequada por considerar que a sociedade não lhe reservou outro papel senão o de efetivamente enveredar pela senda torcida da criminalidade”.

Assim, devido a essa influência pelo meio social em que convive o agente, bem como a família e amigos que possui, deve-se ter muita cautela para a valoração negativa de sua personalidade, considerando que pode sofrer influências negativas de terceiros. Não sendo permitido ao magistrado julgá-lo por seus familiares ou pelo local em que vive.

Com relação a aplicação prática dessa circunstância de forma desfavorável, defende BITENCOURT (2013, p.771) que poderão ser consideradas as infrações praticadas pelo réu quando era adolescente, as quais, por sua vez, não podem ser utilizadas para maus antecedentes, mas podem subsidiar a análise da personalidade do agente. Bitencourt também considera que as infrações praticadas após o crime, objeto do processo, poderão ser utilizadas para examinar os valores morais e sociais do indivíduo.

#### **4.2.1 Análise do caso concreto**

Como nas outras circunstâncias judiciais já expostas, nessa circunstância, de cunho subjetivo, é possível localizar julgados, em 2º grau, que reformaram a aplicação da condição de usuário/dependente químico como desvalorização na personalidade do agente.

Na decisão em revisão criminal nº 8185373 PR 818537-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, proferida pelo Desembargador Rogerio Kanayama, nota-se que em seu entendimento não é aceitável a aplicação da condição de usuário de substância entorpecente como um aspecto desfavorável pertencente à personalidade do agente. Vejamos a exposição e fundamentação feita pelo excelentíssimo Desembargador na reforma da sentença proferida em 1º grau:

“Considerou desfavorável a personalidade do agente sob a seguinte fundamentação:

(...) a personalidade do réu está distorcida e voltada à criminalidade, tanto que se declarou usuário de droga conhecida como CRACK (interrogatório, f.149), figura como autor em diversos procedimentos criminais, e é conhecido no meio policial, sendo inclusive preso anteriormente por policial testemunha (JOSÉ APARECIDO DA SILVA, f. 175), bem assim espancou o co-réu Pedro à entrada da Cadeia Pública Masculina local conforme relato de outro policial (ELIAS FERREIRA DE CASTRO f. 190). (...) ".Essa motivação é, em parte, inidônea.O fato de o réu ser usuário de" drogas "não justifica o aumento da pena. Isso porque, por interpretação à nova Lei de Drogas, a condição de usuário pede tratamento e não punição:ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PLEITO RECURSAL DE AMBOS OS RÉUS VISANDO AS RESPECTIVAS ABSOLVIÇÕES - IMPROCEDENTES. RESPONSABILIDADES DELITIVAS DEVIDAMENTE CARACTERIZADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA RICO EM DETALHES. CONFIRMANDO O RECONHECIMENTO INDUBITÁVEL DOS RÉUS. TENTATIVA INÓCUA DOS APELANTES DE ESQUIVAR-SE DAS RESPECTIVAS RESPONSABILIDADES POR MEIO DE ÁLIBIS SUSTENTADOS TAO-SOMENTE POR INFORMANTES.DEPOIMENTOS DAS COMPANHEIRAS CARECEM DE MAIOR EMBASAMENTO MATERIAL OU DEPOIMENTO DE PESSOA AUSENTE DE TAMANHO VÍNCULO EMOTIVO COM AS PESSOAS DOS APELANTES. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PLEITOS RECURSAIS PELA REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS - PROVIMENTO PARCIAL.READEQUAÇÃO DAS DOSIMETRIAS DAS PENAS. PENAS- BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.MANUTENÇÃO SOMENTE DA MAJORAÇÃO DAS PENAS PELAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXCLUSAO DO AUMENTO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PERSONALIDADE DE AMBOS OS RÉUS E DA CONDUTA SOCIAL DO RÉU LEANDRO. IMPOSSIBILIDADE DE SE MAJORAR A PENA-BASE DO AGENTE TAO-SOMENTE POR TRATAR-SE DE USUÁRIO DE ENTORPECENTE - NOVA LEI N. 11.343/06 DESPENALIZOU O DELITO DE USO DE DROGA. TENDÊNCIA AO TRATAMENTO EM DETRIMENTO AO ENCARCERAMENTO. MANTIDO O REGIME SEMI-ABERTO PARA CUMPRIMENTO DAS PENAS. CONDENAÇÕES MANTIDAS – REPRIMENDAS CORPORAIS REDUZIDAS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1- Em sede de crimes patrimoniais, que normalmente ocorrem na clandestinidade, a palavra do ofendido tem especial importância, ainda mais, em casos nos quais existem outras provas a corroborar com o que disse a vítima.

2- Não tendo a "testemunha" prestado compromisso legal, seu depoimento é tomado a título de simples declaração, servindo como parte meramente informativa do conjunto probatório. Destacando-se, sempre, a necessária ressalva acerca das palavras das informantes, em vista do forte envolvimento emocional com os réus, as quais merecem ser ouvidas com restrições. O grande envolvimento emocional entre as partes prejudica o grau com que se pode sopesar os depoimentos destas pessoas, tidas inclusive, como informantes no bojo do conjunto probatório.

3- Entendo que a nova Lei de Drogas buscou avançar no sentido do tratamento dos usuários de entorpecentes, prevendo sanções sócio-educativas e na ordem de saúde pública, porém, sem olvidar-se de que ainda sim estamos diante de uma conduta criminosa. Apesar de referir-se a crime, evidente que a Lei aborda o usuário muito mais sob o ponto de vista do tratamento do que da punição, do encarceramento. A meu ver o que ocorreu na presente conduta não foi a descriminalização, mas sim, uma despenalização, entendida como exclusão para o tipo, das penas privativas de liberdade. Desta feita, improcede majorar a pena-base de delito qualquer, com fulcro na circunstância da conduta social do agente, tão-somente porque este é assumido usuário de entorpecentes.

4- (...)"

(RE 430105 QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, DJ 27/04/2007)"(TJPR Apelação Criminal n.º 549.509-6 4ª C.C. Rel. Miguel Pessoa DJ de 10.07.2009, grifei).

O magistrado claramente aborda que a nova lei de drogas (11.343/2006) tem um escopo social de dar tratamento ao dependente químico e não aumentar a pena nos casos de prática de atos criminosos, prevendo sanções mais brandas e de cunho socioeducativo. Reconhece o julgador, que a punição não dará a esse adicto a condição de reabilitação, sendo necessário um tratamento eficaz.

Em uma visão diferente da exposta, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Jorge Mussi<sup>6</sup>, expôs, de uma forma objetiva, a sua irrisignação quanto ao aumento da pena na circunstância judicial da personalidade, por ser o agente dependente químico.

Na decisão o Ministro transcreve o trecho da sentença prolatada em 1º grau:

“No que se refere à alegada inadequação da pena-base irrogada ao paciente, necessário se faz, para melhor análise da questão sub examine, transcrever-se o trecho da sentença condenatória relativo à primeira fase da dosimetria, verbis:

"A culpabilidade é a normal para os crimes da espécie; quanto aos antecedentes, consta um em sua ficha criminal que lhe prejudica; sua personalidade é voltada para o uso de tóxicos, pois consta que já ficou internado em clínica de dependentes químicos; nada de relevante quanto à conduta social; os motivos nada têm de relevância, sendo certo que o produto do crime seria para comprar drogas; com relação às consequências, saliento que o crime causou temor à comunidade, pelo fato de o crime não ser comum nesta fase; quanto às circunstâncias, o emprego da arma de fogo já está presente na causa de aumento de pena, de modo que não tem relevância nesta fase. (destaquei)

<sup>6</sup> BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 144773. Paciente: Tiago da Silva Araújo. Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 07/12/2010, Dje: 13/12/2010. T5 - QUINTA TURMA.

Com base no exposto, fico a pena-base em 6 anos de reclusão e 180 dias-multa".

Na sequência transcreve-se, de forma parcial, o teor da decisão proferida em 2º grau, e fundamentada, de forma objetiva, levando-se em conta a discricionariedade do juiz para aplicação da pena base, a qual não é simplesmente livre, devendo serem observados os conceitos legais das circunstâncias judiciais e saber interpretá-los:

"A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a sanção básica imposta ao acusado, por entender que "o magistrado a quo esteve atento ao mandamento constitucional inscrito no art. 93, IX, que determina que "todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade"", tendo destacado que "o juiz singular, *in casu*, expendeu, de forma bastante clara e suficiente, os motivos que ensejaram o aumento da pena-base".

No que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, como bem salientado pela impetrante, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo o togado singular guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a sanção básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado".

Observa-se que ao magistrado é conferida a responsabilidade de analisar todos os aspectos do sujeito e do crime para que assim, possa aplicar uma pena de forma mais justa. Lembrando que nessa análise, é conferida ao juiz uma extensa margem de discricionariedade, fundamentando a reprimenda penal por seu livre convencimento, dentro dos limites legais.

Posteriormente, o Ministro fundamenta a reforma da decisão quanto ao aumento da pena na circunstância judicial da personalidade devido a dependência química do acusado:

"Na sequência, o togado singular considerou que a personalidade do paciente " é voltada para o uso de tóxicos,

pois consta que já ficou internado em clínica de dependentes químicos "(fl. 150).

De acordo com precedente desta Quinta Turma, "a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito "(HC n.º 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007).

E, consoante CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT: "Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu" (Código Penal Comentado, 2. ed., pág. 212).

Assim, o simples fato de o paciente ser usuário de drogas e já ter sido internado em clínica especialmente voltada a dependentes químicos não demonstra, por si só, que seja especialmente agressivo ou perverso, ou mesmo que tenha menor sensibilidade ético-moral a justificar a elevação da sua reprimenda-base, pelo que evidente a violação ao princípio constitucional da individualização da pena nesse ponto."

Ante ao exposto, observa-se que a dependência química não esta inerente à personalidade do agente, não é algo que já é embutido no conjunto de característica sociais e morais do sujeito, tratando-se na verdade de uma doença, conforme já explicado, a qual exige tratamento e não punições mais severas por haver o agente cometido crime para alimentar sua toxicomania.

### **4.3 Conduta social**

A circunstância judicial da conduta social, por sua vez, esta relacionada ao comportamento do individuo em seu meio social.

Segundo explica Capez (2013, p.438), esse conceito antes era abrangido pelo conceito de antecedentes, contudo, após a reforma penal, passaram a possuir conceitos diferentes. Explica que "*enquanto os antecedentes se restringiram aos envolvimentos criminais do agente, a conduta social tem um alcance mais amplo, referindo-se as suas atividades relativas ao trabalho, seu relacionamento familiar e social e qualquer outra forma de comportamento dentro da sociedade*".

Acrescenta ALMEIDA (2002, p.74) que tais indicadores, a partir da prova produzida nos autos, farão com que o juiz descubra a atenção com que o acusado trata e cuida da sua família, se possui a vida voltada ao trabalho ou a ociosidade, a forma como é visto pela vizinhança do local onde reside, dentre outras atitudes do próprio condenado.

Como bem explicado pelo Desembargador Gilberto Ferreira (1995, p.86), com relação a essa circunstância judicial, ao juiz “*cabe-lhe avaliar, sopesadamente, como foi o comportamento do réu como estudante, como pai, como trabalhador e, enfim, como pessoa componente da vida social. Um aluno, um pai irresponsável, que deu causa à separação e não paga alimentos aos filhos, ou que se entrega constantemente à embriaguez ou a vida desregrada. (...) Uma pessoa insensível que não tem a menor consideração para com o próximo, vivendo à margem da sociedade. Enfim, todos esses fatos auxiliam o juiz a conhecer melhor a personalidade do criminoso e a determinar a pena que melhor reprove e previna o crime*”.

Porém, para alguns doutrinadores, a conduta social é algo que não pode servir como critério para aferição do *quantum* da pena aplicável ao condenado, uma vez que a forma como reage o réu em sua vida social não se trata de fato ilícito, ou seja, a título de exemplificação, não existe crime pelo fato de o réu não ter boa postura familiar perante os vizinhos. Nesse sentido é a afirmação de Túlio Vianna e Geovana Tavares de Mattos (2008, p.305-323):

“A majoração da pena em virtude da conduta social do agente pressupõe a análise de condutas não tipificadas pelo legislador e qualquer aumento de pena em virtude desta circunstância equivale à imposição de pena sem prévia cominação legal, em nítida ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Não bastasse, a análise destas condutas incidentalmente durante a fixação da pena, sem garantia ao réu dos direitos ao contraditório e ao devido processo legal, equivale ainda a uma condenação sumária e inquisitorial por fatos – é bom que se repita – atípicos.”

Em consonância com essa corrente doutrinária, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, exposto pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, a qual declarou na decisão em HC n. 14.839/MS<sup>7</sup>, de 05/04/2010, que: “(...) *qualquer*

---

<sup>7</sup> BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n° 14.839/MS, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 05/04/2010.

*avaliação ética ou moral deve ser afastada deste processo de fixação da pena, pois não se pode exigir de qualquer pessoa que dê um bom exemplo à sociedade”.*

#### **4.3.1 Análise de caso concreto**

Sobre o critério da conduta social do condenado adicto, há decisões em 2º grau, reformando sentenças de 1º grau que aumentaram a sanção penal por considerarem a condição do apenado de dependente químico.

É interessante expor a decisão em HC 201.453-DF pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, na qual o paciente foi condenado em primeira instância, oportunidade em que o juiz fixou a pena-base acima do mínimo legal porque o acusado seria toxicômano, segue a ementa da decisão:

##### **Ementa:**

HABEAS CORPUS. DISPARO DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA. PENA-BASE.CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. (II) EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.PENA INFERIOR A 4 ANOS E FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

**1. A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio, não podendo, por isso mesmo, ensejar a exasperação da pena-base a título de má conduta social.**

2. Não é dado ao Tribunal a quo, em recurso exclusivo da defesa, agregar nova fundamentação ao decisum condenatório, considerando como negativa circunstância judicial assim não reconhecida pelo Juiz sentenciante quando da dosimetria, sob pena de incidir na inadmissível reformatio in pejus.

3. Tendo a reprimenda sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais, deve ser fixado ao paciente o regime aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, pois, no caso, é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

4. Ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime aberto de cumprimento de pena.

(HC 201453/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 21/03/2012). (grifo meu).

Ainda, em análise ao voto do Excelentíssimo Ministro Relator é possível verificar que o entendimento se consubstancia no fato que a condição do apenado de dependente químico não é embasamento adequado para aumentar a pena-base, considerando que a *“dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio, e não algo tencionado”*.

Conforme exposto no início do trabalho, muitas vezes o cidadão perde sua opção de escolha pelo vício progressivo na substância entorpecente, não optando por ser dependente químico, se tornando um pelos efeitos de dependência que a droga causa em seu organismo, não podendo assim, ser punido mais repressivamente por esse infortúnio, conforme brilhantemente fundamentado pelo excelentíssimo Ministro Sebastião Reis Júnior.

Há também um julgado<sup>8</sup> de origem do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no qual o Desembargador Relator Rogério Kanayama afirma que a condição de usuário de entorpecente requer tratamento e não punição, reformando assim a sentença do juiz singular que havia afirmado que *“(...) 3 – a conduta social do Acusado é ruim, posto que se declara viciado em cocaína e crack, tornando-se um peso para sua família e a sociedade circunstância desfavorável”*.

Verifica-se que o Desembargador Rogério Kanayama mantém um padrão de suas decisões, considerando que nas duas decisões trazidas à baila, reformou sentenças proferidas por juízes de 1º grau que majoraram a pena de dependentes químicos exclusivamente por essa condição de adição, uma vez que seu entendimento versa no sentido de tratamento da doença e não de punições mais severas aos dependentes toxicológicos.

Em vários tribunais regionais é possível localizar julgados que reformando decisões em 1º grau que aumentam as penas dos réus dependentes químicos, considerando que a doença nada mais do que uma má conduta social do agente, objetivando claramente um encarceramento em massa e não a aplicação de uma pena mais branda, que demonstre que a solução seria um tratamento a esse ser humano.

---

<sup>8</sup> PARANÁ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação criminal nº 794429-2. Relator; Rogério Kanayama. 3ª C.Criminal - Unânime - - J. 02.02.2012.

#### 4.4 Motivos

No entendimento de BITTENCOURT (2013, p. 772) essa circunstância é a fonte propulsora da vontade criminosa, pois não existe crime gratuito ou sem motivo. Pedro Vergara, citado por BITTENCOURT (2013, p.772), afirma que "*os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção, todas as nossas forças psíquicas*". Assim, na dosagem da pena, é essencial que sejam consideradas a natureza e a qualidade dos motivos que conduziram o agente à prática do crime.

Analisa-se, nessa circunstância judicial, quais foram os motivos determinantes para a prática do ato criminoso pelo réu, pois, conforme leciona NUCCI (2011, p.471) "*todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante*".

Faz-se necessário asseverar que "*os princípios do Estado de Direito vedam a intromissão no foro íntimo de quem comete um ilícito penal, o que não obsta o questionamento acerca dos motivos que levaram o agente a infringir a norma penal*" (BRUNONI, 2008, p.336).

Cabe, dessa forma, ao magistrado avaliar, no caso concreto, quais foram as causas ou razões apresentadas pelo indivíduo delinquente para a prática do crime e adequá-las ao *quantum* da reprimenda penal necessária ao caso concreto. ALMEIDA defende que "*a valoração dos motivos não pode ser feita segundo as ideias morais do juiz, mas conforme normas ético-sociais*" (ALMEIDA, 2002, p. 83).

Porém, segundo o Professor Adriano Ferreira (PORTAL Introdução ao Direito, 2011) as normas éticas nada mais são do que normas culturais, e nesse viés, quando ALMEIDA (2002, p.83) menciona essas "*normas ético-sociais*" e não traz referência a outra coisa, entende-se que são às ideias morais do próprio magistrado, as quais, em regra, coincidem exatamente com as normas ético-sociais aceitas pela classe dominante, à qual o magistrado pertence.

BITTENCOURT (2013, p.772), acrescenta, citando Néelson Hungria, que os motivos "*podem dividir-se, basicamente, em duas categorias: imorais ou antissociais e morais e sociais*".

Na atualidade, não são raras às vezes em que os criminosos são toxicômanos, e afirmam, em seus interrogatórios, tanto em fase inquisitorial quanto em fase judicial, que praticaram o crime em virtude de sua dependência, ponderando que estavam em período de abstinência. Diante, do grande número de casos, cabe ao juiz analisar os motivos exposto pelo acusado, em conjunto com as demais provas obtidas nos autos, e fazer o juízo de valoração da pena.

Veja-se, que conforme mencionado pelo NUCCI (2011,p. 471), citando Roberto Lyra:

“O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração.”

Necessário acrescentar que não se pode confundir motivos do crime com objetivo ou escopo, que é a finalidade que o agente busca atingir com a prática do crime (ALMEIDA, 2002, p.83). O motivo, por sua vez, é o elemento psicológico, aquele que propulsiona a conduta do agente, é a razão pela qual está cometendo o crime e não onde ele quer chegar praticando o ato criminoso.

Sobre essa circunstância judicial, ressalta GRECO (2006, p. 605) que, se eles vierem a configurar qualificadora, agravante ou atenuante genérica, causa de aumento ou diminuição da pena, não poderão ser considerados como circunstância judicial, a fim de que seja evitado o indevido *bis in idem*. Nesse caso, apenas a título exemplificativo, se for aplicado o motivo fútil ou torpe como qualificadoras no crime de homicídio, não poderão ser valorados nas circunstâncias judiciais da pena.

Diante disso, se mostra interessante, principalmente, no que se refere a individualização da pena, que seja feita essa investigação nos estímulos internos e externos do acusado, que deram ensejo a prática do ato delituoso.

#### **4.4.1 Análise de caso concreto**

A dependência química é uma das principais fontes propulsoras que fazem com que indivíduos pratiquem crimes na atualidade, conforme já exposto. Entretanto, não é o elemento psicológico direto para a prática do crime, ela deriva da busca incessante pelo valor monetário para depois adquirir a droga. Considerando

que essa busca, é oriunda de uma doença, que conforme já explicado, desorienta o indivíduo e o faz praticar atos inesperados na busca de algo que possa trocar pela droga.

Pesquisas jurisprudenciais, verifica-se que decisões em primeiro grau estão sendo reformadas, pois impõem um aumento da sanção criminal, considerando que a dependência química por si só trata-se de um motivo reprovável (negativo) para a prática da ação criminosa.

Ilustra-se o disposto, com a decisão em Apelação Criminal sob nº 20100710317249APR, oriunda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, proferida pelo Desembargador Jesuíno Rissato, que de forma muito clara, expôs seu entendimento quanto a questão da dependência química e afastou a aplicação do aumento da pena, veja-se sua fundamentação quanto a esse tema:

“Na dosimetria da pena, diferentemente do consignado nas razões de apelação, a exasperação da pena-base não se deu em face de antecedentes criminais. A exasperação de 9 (nove) meses decorreu dos motivos do crime, registrou nesse sentido o Juízo sentenciante que a reprovabilidade da conduta impõe o incremento da pena-base por ter o réu praticado o crime de roubo para manutenção de seu vício em consumo de drogas. Ora, a intenção do apelante era a obtenção de lucro fácil para manutenção de sua compulsão pessoal, não indicando, nesse sentido, motivação mais reprovável que àquela inerente aos tipos patrimoniais.

A necessidade do consumo de droga imposta química ou psicologicamente não é a motivação imediata do crime, não havendo relação direta com a reprovabilidade da conduta, cujo verdadeiro escopo era o incremento patrimonial indevido, motivação essa inerente ao tipo.

De mais a mais, o fato de ser o réu usuário de droga não pode conduzir a uma maior reprovação da conduta, haja vista tratar-se de uma condição de maior vulnerabilidade e de menor capacidade de autodeterminação, o vício do usuário de drogas é um drama existencial e social que impõe a intervenção social terapêutica e não repressiva penal, como leciona o precedente:

“(…) 2. O fato de ser a paciente usuária de drogas não deve influir na dosimetria da pena. Tal circunstância não possui relação direta com o fato delituoso, bem assim 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. (...)” (HC 113011/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010).

Assim, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.”

Da análise da decisão, observa-se que o julgador, com bastante coerência, afasta a incidência da majoração da pena, levando-se em conta que a dependência química não se trata apenas de uma busca pela obtenção de lucro fácil, como exposto pelo magistrado em primeiro grau, mas sim de uma condição de

vulnerabilidade do agente, a qual reduz a sua capacidade de entendimento e autocontrole, conforme explicado pelo Desembargador prolator da decisão.

De forma humana, acrescenta que faz-se necessária uma intervenção social terapêutica e não uma reprimenda penal maior, como entendeu o magistrado singular, considerando que não se trata de uma motivação imediata para a prática do crime, pois não há relação com a reprovabilidade da conduta, a qual, no caso em tela, é própria do crime patrimonial, qual seja, o acréscimo monetário ao seu patrimônio, que poderia por certo decorrer da necessidade da droga, mas não seria o motivo direto para à ação delituosa.

É possível visualizar, em outra decisão, proferida pelo Desembargador José Conrado Kurt de Souza, da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que a toxicomania foi reconhecida como doença, não podendo ser considerada uma circunstância negativa em desfavor do acusado. Veja-se a fundamentação do excelentíssimo Desembargador:

“A sentenciante considerou negativos ao réu os vetores (art. 59 do CP) culpabilidade (*“agiu de forma consciente e deliberada, tendo pleno conhecimento da ilicitude de sua conduta e discernimento suficiente para agir de forma diversa, pelo que a circunstância da culpabilidade não lhe favorece”*) e motivos (*“Os motivos, satisfação do vício em entorpecentes em detrimento da confiança que foi depositada pela vítima, autorizam o recrudescimento da pena-base”*), fixando a pena-base em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão.

Porém, equivocadamente valorar negativamente a culpabilidade do réu considerando que ele tinha consciência da ilicitude da conduta praticada.

A culpabilidade que o artigo 59 do Código Penal reclama, e eventualmente exaspera a pena, é aquela excessiva, isto é, a que foge ao ordinário, constituindo *plus* na conduta criminosa, e não a ordinária, que fundamenta a pena, pois esta é elemento constitutivo do crime (conceito tripartido de delito).

De igual modo o fato de o réu supostamente ter se apropriado das ferramentas da vítima com o intuito de vendê-las para comprar drogas, não possui o condão de considerar negativo o vetor motivos.

A drogadição é problema complexo e multifacetário, não podendo ser visto como mera questão moral, mas, antes, como grave problema social da contemporaneidade, ligado, na maioria das vezes à desagregação familiar, à pobreza e sua estreiteza de horizontes e esperanças, à falta de oportunidades educacional e profissional.”

Observa-se que a juíza em primeiro grau entendeu que o agente adicto agiu de forma consciente e tendo total discernimento de suas atitudes, decisão esta que não foi mantida em segundo grau, conforme colacionado acima, reconhecendo o excelentíssimo Desembargador que a dependência química se trata de um problema social, originado por diversos outros problemas de cunho social, sejam pela omissão do Estado, sejam pela ausência de convivência familiar.

Resta claro, que a dependência química é uma doença que acomete tantas pessoas hoje em dia, que é vista também como um problema social, porém não pode ser considerada como um motivo de maior reprovabilidade pelo magistrado, gerando um aumento da reprimenda pena dosada em desfavor do agente toxicômano.

## **5. A COCULPABILIDADE**

É de conhecimento nacional que no Brasil os privilégios são divididos de forma desigual. Privilégios esses, os relacionados à educação, trabalho, saúde e cultura, o que, infelizmente, nos impede de esperar que haja um mesmo padrão social e comportamental de todos, devidos as disparidades existentes.

Nesse sentido, há de se questionar se em nosso ordenamento jurídico penal essas diferenças são relevantemente consideradas, diferenciando-se os indivíduos de classes menos favorecida no momento da aplicação da pena.

Em nosso Estado Democrático de Direito, deve-se haver essa preocupação com a sociedade fundada nos princípios constitucionais, buscando uma forma mais igualitária entre as classes.

Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.610-611) aduzem:

“Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que tem um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, uma ‘cocalpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar”.

Ou seja, o princípio da coculpabilidade, aplica a ideia de que pessoas pertencentes a determinadas classes sociais, ao praticarem atos criminosos não devem ser exclusivamente responsabilizados pelos atos, visto que não são os únicos responsáveis por eles, tendo em vista que o Estado tem sua inegável parcela de culpa, principalmente nos casos em que o crime praticado apresenta elementos sociais, tendo como mola propulsora a omissão estatal no fornecimento de condições mínimas para a concretização da dignidade humana de cada cidadão (SILVA e GOMES, 2009, p.04).

Nesse sentido, e de forma prática, essa responsabilidade do Estado de manter a igualdade entre os desiguais, levando-se em conta suas diferenças, é observada na aplicação desse princípio da coculpabilidade no Direito Penal. Isto porque, entende-se por coculpabilidade, nas palavras de Cleber Masson (2013, p.664), *“a parcela de responsabilidade social do Estado pela não inserção social e, portanto, devendo também suportar o ônus do comportamento desviante do padrão normativo por parte dos atores sociais sem cidadania plena que possuem uma menor autodeterminação diante das concausas socioeconômicas da criminalidade urbana e rural”*.

Veja-se que se trata de um princípio não previsto de forma expressa na Constituição Federal de 1988, decorrendo de um conjunto de disposições e interpretações sistemáticas, conforme ensina MOURA (2006, p.13), o significado de coculpabilidade é *“uma mea-culpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude da sua posição de hipossuficiente e abandonada pelo Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social”*.

É um princípio que reconhece em parte a responsabilidade do Estado no cometimento de determinados crimes, praticados por cidadãos que possuem um reduzido campo de autodeterminação diante das condições sociais e econômicas que vivem.

Como bem apontado por João Carlos Carvalho da Silva e Edilson Francisco Gomes (2009, p.04):

“É nesse cenário de diferenças sociais marcantes, descrença na figura do Estado e de um direito punitivo seletivo, que a omissão estatal potencializa o sentimento de exclusão e revolta naqueles menos favorecidos. E é esse contexto que dá azo a teorias plausíveis como a da co-responsabilidade do Estado, tentativas, na verdade, de mitigar os danos inerentes ao sistema”.

Contudo necessário ressaltar, desde logo, que não se pode entender erroneamente que recai sobre o Estado a prática de uma infração penal, assumindo uma responsabilidade pelo cometimento do crime. Observa-se que tal raciocínio não faria o menor sentido diante da função *jus puniendi* do Estado, considerando que é o detentor do dever de punir, não sendo crível a aplicação de pena a si mesmo (MARÇAL e SOARES FILHO, p.07).

A ideia da coculpabilidade não insere o Estado na qualidade de sujeito ativo de um crime, uma vez que não é capaz de praticar uma conduta criminosa, seja a título de dolo ou de culpa. Conforme bem ressalta Grégore Moura (2006, p.89), deve-se ter a cautela para “*não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos*”.

Com essa cautela, afirma BITENCOURT (2013, p. 304) que deve ser aplicado o mesmo raciocínio utilizado a responsabilização da pessoa jurídica, considerando que é um ente fictício que não pode ter vontade, concluindo que a “*conduta (ação e omissão) pedra angular da teoria do crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade, de culpabilidade, exige a presença da vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter*”.

O que há, portanto, é uma divisão de encargo/responsabilidade do Estado e da sociedade com o indivíduo pelas infrações cometidas por este, considerando esse cidadão na qualidade de menos favorecido, àquele que possui deficiência na educação, trabalho e saúde, sendo estes, direitos fundamentais previstos na Carta Magna e devidos a todos as pessoas, porém distribuídos de forma desigual.

E, nesse contexto, se insere o dependente químico, que muitas vezes vive à mercê da droga, em condições precárias, na miséria. E o Estado, como agente responsável pela saúde, deixa esse usuário sem o acesso a uma clinica de reabilitação adequada, ficando abandonado perambulando pelas ruas em busca

de dinheiro para sustentar seu vício, muitas vezes de forma criminosa, levando-se em conta que está cego pela sua enfermidade.

É possível comparar isso, da mesma forma como foi explicado pelo Professor Luis Flavio Gomes (2007) quando se referiu as pessoas menos favorecidas que tem seu comportamento voltado para uma tentativa de auto inclusão social, ambiciosos por dinheiro e *status* social:

“os que podem conquistam alguns objetos do desejo fraudulentamente. Os que não podem o fazem (quando fazem) violentamente. Os consumidores sem meios para consumir são os excluídos que se obrigam a algum tipo de ilegalidade (quando querem se apoderar de algum objeto do desejo).”

E, o público estudado nesse trabalho, tem como objeto de desejo a substância ilícita do qual se tornou dependente, não possuindo, muitas vezes, controle de suas próprias atitudes na ânsia de obter a droga.

Como bem explicado por Fernanda Lira Marçal e Sidney Soares Filho (data ausente), é importante também ressaltar que “*o reconhecimento do princípio da coculpabilidade não significa impunidade. Afinal, o agente que é oriundo de um meio em que o Estado não se fez presente e, por fatores socioeconômicos, comete um delito, sofrerá sim uma pena, mas esta será ajustada conforme sua culpabilidade na medida de sua reprovação social e pessoal pelo crime praticado*”.

Uma vez que omisso no fornecimento de serviços públicos necessários aos indivíduos, como no caso em tela, omissão de fornecimento de tratamentos aos dependentes químicos para suas reabilitações, o princípio da coculpabilidade defende uma situação compensatória do Estado, devendo haver um equilíbrio da sua omissão no momento da aplicação da pena do indivíduo.

### **5.1 A aplicação da coculpabilidade como atenuante inominada**

O princípio da coculpabilidade é fundamental para o estudo de Direito Penal, em especial, um Direito Penal moderno, evoluído, justo e humano. Afinal, o princípio objeto de estudo gera consequências práticas nessa ciência do direito, no momento da aplicação da pena pelo magistrado (MARÇAL e GOMES FILHO, p. 02).

Mesmo que não expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico, há algumas formas de previsão implícita, sendo o objeto de estudo a aplicação da coculpabilidade da sociedade como atenuante genérica do artigo 66, do Código Penal, que objetiva diminuir a reprimenda penal em razão de circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores a prática do crime. Todavia, nada impede que a atenuante inominada seja fundamentada nas demais formas implícitas da previsão da coculpabilidade na legislação, motivo pelo qual serão expostas todas as formas de previsão e aplicação desse princípio.

O artigo 66, do Código Penal revela um grau menor de culpabilidade do agente por alguma circunstância relevante havida antes ou depois do ato criminoso, que por mais que previsto em sua redação a palavra “poderá”, deverá seu reconhecimento ser obrigatório, se presente alguma situação relevante no caso concreto, conforme explica o doutrinador Ricardo Augusto Schmitt (2006, p.33).

Trata-se, portanto, de uma situação inominada e de conteúdo variável. Isto é, cabe ao magistrado vislumbrar situações que não estão previstas expressamente, mas que poderão reduzir a pena.

De forma complementar, explica o professor José Eulálio F. de Almeida quanto a aplicação desta atenuante pelo juiz, que a *“facultabilidade conferida ao magistrado diz respeito simplesmente ao exame da relevância da circunstância ocorrente, para efeito de considerá-la ou desconsiderá-la”*. Diante disso, se conclui que é o Juiz quem entende se é ou não relevante à circunstância apresentada, pois ele, investido na função do Judiciário, é quem deverá interpretar os termos previstos no aludido artigo ao caso concreto.

Nada mais é que um reconhecimento pelo magistrado, de uma responsabilidade compartilhada entre o autor do crime e o Estado, havendo, portanto, uma mitigação da pena e o juízo de reprovação, reduzindo a pena do cidadão ao se depara com a sua hipossuficiência (MARÇAL e GOMES FILHO, p. 08).

Em pesquisas a casos concretos, em que houve a aplicação da atenuante genérica na pena a favor de réus dependentes químicos, há uma decisão brilhante

proferida pelo Magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior<sup>9</sup>, na qual reconheceu e aplicou o artigo 66 do Código Penal a um caso concreto, atenuando a pena do acusado em 1/5, sob a seguinte justificativa:

“Cabe, ademais, trazer aos autos o histórico de vida do acusado, com diversas internações para tratamento médico em razão de dependência química e de sofrimento mental. Como é sabido por todos, o Estado não provê tratamento aos dependentes químicos, de modo a melhor adaptá-los á vida em sociedade. Sendo assim, cabe ao acusado a atenuante inominada da culpabilidade social”.

Nota-se que o magistrado, nessa breve introdução da fundamentação, reconhece a omissão do Estado no que diz respeito ao tratamento dos dependentes químicos, aplicando por esse motivo a atenuante genérica, a qual chamou de “culpabilidade social” do Estado.

Veja-se que o magistrado ponto a ponto fundamentou ricamente sua motivação:

“Da co-culpabilidade social: A parte acusada é dependente química de álcool, maconha e cocaína, teve muito pouco estudo, digo educação formal, e transborda sua rudeza, decorrente, infelizmente, de nosso sistema abissalmente desigual e injusto, em que a isonomia é um mito, e somente não denunciam isso os ingênuos. Assim, justifica-se o reconhecimento de atenuante inominada em favor do acusado, em razão da co-culpabilidade social na participação do delito, pois é notório que a situação de analfabetismo formal ou funcional e de dependência química contribui significativamente para estímulo à prática de crimes no intuito de manter a dependência química. Isso torna o acusado pessoa mais vulnerável ao cometimento de crimes e à seleção pelo sistema penal, em sua peneira já tão bem denunciada por Honoré de Balzac, quando dizia que "as leis são teias de aranha, em que as moscas grandes passam e as pequenas ficam presas". Sobre o princípio da co-culpabilidade, Salo de Carvalho, reportando-se a Zaffaroni, ensina que "reprovar com a mesma intensidade pessoas que ocupam situações de privilégio e outras que se encontram em situações de extrema pobreza é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido, que não significa tratar todos igualmente, mas tratar com isonomia quem se encontra em igual situação”.

---

<sup>9</sup>NATAL/RN 2ª. Vara Criminal da Zona Norte. Autos de ação criminal nº 0102164-25.2011.8.20.0002. Sentença Criminal prolatada pelo magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, em 10 de fevereiro de 2014.

É possível notar que vossa excelência não se refere tão somente a omissão da sociedade no que diz respeito ao tratamento da toxicomania do acusado, mas sim também de estudo, considerando que de uma omissão do estado podem se gerar diversas outras consequências.

E nesse contexto, deveria ser oferecido pelo Estado todas as condições mínimas para se viver com dignidade, desde educação, trabalho, saúde, dentre outras necessidades, para que assim pudesse exercer seu poder punitivo, sem considerar sua corresponsabilidade no cometimento de um delito.

Já dizia o médico Marat, citado por Marcela Goulart Gaspar (Artigo online, 2014) que apenas depois de cumpridas todas as obrigações com os seus membros, poderia o Estado adquirir o direito de punir os que infringem suas leis. Afirmava ainda, que se investigar a vida daqueles que cometem a criminalidade excessivamente, pode-se constatar que foram privados de educação.

Em suas palavras, Marat afirmava:

*“Se para manter a sociedade é necessário obrigar a respeitar a ordem estabelecida, antes de tudo, deve satisfazer-se às suas necessidades. A sociedade deve assegurar a subsistência, em abrigo conveniente, inteira proteção, socorro em suas enfermidade e cuidados em sua velhice, porque não podem renunciar aos direitos naturais, contanto que a sociedade não prefira um estado de natureza”.* (citado por GASPAR, Artigo online, 2014)

Veja-se que Marat defende que o Estado antes de poder julgar alguém, tem que cumprir suas responsabilidades perante os cidadãos, para que assim possa também cobrá-los e puni-los no momento em que for necessário.

Na sequência, o magistrado insere o juiz na função do Estado e fundamenta que não deve a justiça fechar os olhos para as desigualdades existentes entre os cidadãos e as classes sociais, afirmando que:

“O juiz que reprova igualmente pessoas que estão em patamares diferentes, em papéis divergentes dentro da sociedade, fere a isonomia. E não só ela, também a individualização constitucional da pena. É inegável que o potencial conhecimento da ilicitude do fato é diverso no acusado que se encontra com sua capacidade de entendimento e sua volitividade tão fortemente abaladas. A visão determinista não consegue enxergar as peculiaridades de cada caso. E é essa exatamente a tarefa do julgador, vencer a barreira da abstração legal. Como bem acentua Bruno Carrijo Carneiro: Há, inegavelmente, apenas a título de exemplo, uma notável diferença, quanto ao conhecimento da ilicitude do fato, entre um sujeito

com 21 anos de idade, que não possui nem o 1º grau completo, e outro indivíduo pertencente à classe média, com a mesma idade daquele, que esteja concluindo o ensino superior. É inconteste que não há, por parte do Estado, a satisfação dos direitos fundamentais a todos os cidadãos direitos de liberdade, sociais, econômicos e culturais. Assim, o juízo de reprovabilidade individual pelo ato delitivo não pode ser igual entre os desiguais, nem desigual entre os iguais. Caso contrário estaria configurada tão somente uma igualdade formal, porém restaria prejudicado o princípio da isonomia. Destarte, tal desigualdade entre os sujeitos, diante do absenteísmo do Estado, deve ser observada. Preconiza Salo de Carvalho que "o entorno social, portanto, deve ser levado em consideração na aplicação da pena, desde que, no caso concreto, o magistrado identifique uma relação razoável entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo mecanismos de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. O postulado é decorrência lógica da implementação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, plus normativo ao Estado Social que estabelece instrumentos dos direitos sociais, econômicos e culturais. Nessa esteira de pensamento, entendemos perfeitamente cabível a consideração da situação peculiar de analfabetismo e dependência química do acusado como atenuante genérica, conforme previsto no art. 66 do CP. O princípio da coculpabilidade social expressa o respeito aos valores da dignidade humana, igualdade e justiça, merecendo ser interpretado conjuntamente com o disposto no art. 66 do CP, no sentido de ser reconhecida a atenuante inominada quando circunstâncias adversas causadas pela inércia do Estado contribuírem para diminuir a autodeterminação do agente no cometimento de infrações penais."

Note-se que o julgador ressalta a importância de se observar atentamente a sociedade em que vive a pessoa a ser julgada, para ai verificar no caso concreto, se as omissões da sociedade, por ele vividas, são corresponsáveis pelo ato criminoso por ele praticado.

O magistrado reduziu a pena do acusado, justamente por reconhecer a culpa social do Estado que foi omissa, no caso em tela, no fornecimento de educação e de tratamento a dependência química do acusado, impondo a redução da pena.

Conforme exaustivamente exposto, é inegável que os dependentes químicos na maioria das vezes, são compelidos pelo seu vício a cometer crimes, em especial, os de cunho patrimonial, devendo ser adotado, nesses casos, o princípio da coculpabilidade no ato de dosagem da pena, conforme fez excelentíssimo senhor juiz Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, visto que não é apenas uma mera questão de senso de justiça, mas sim um reconhecimento ao principio constitucional da dignidade da pessoa humana, devendo todos os cidadãos terem acesso ao fornecimento de condições mínimas a sua subsistência e a seu desenvolvimento, como indivíduo pertencente a sociedade.

Conforme explica CARVALHO (2008, p.127) “a sanção só pode ser justa quando o Estado age com o intuito de reduzir as diferenças e restabelecer as igualdades. Somente em casos de igualdade substancial poder-se-ia afirmar ser livre a opção pela negação da norma, pois em estado de miserabilidade do corpo ou da alma o homem teria sua culpabilidade diminuída”.

Como bem ilustrado por Marat, citado por CARVALHO (2008, p.208 – nota 36):

“não é suficiente dar ocupação ao pobre: é também necessário instruí-lo. Como cumprirá os seus deveres se os ignora? Quais freios poderá ele opor a inclinações funestas, se não tem condições de prever as desventuranças que delas se originam? Observem aqueles cuja conduta é mais criminosa e constatarão que quase sempre se trata de homens que não receberam nenhuma educação. Quantos que se abandonam aos vícios, ao contrário, distinguir-se-iam pelas suas virtudes se tivessem sido nutridos com os ensinamentos da sabedoria...Com a ajuda desta inovação, quantos desventurados salvos das tentações da necessidade! Quantos culpados a menos para punir!”.

O Estado tem que ser corresponsabilizado por todas as suas omissões e ausências, para que assim possamos talvez, reeducá-lo também ante a sua responsabilização social e moral para com seus cidadãos.

Dessa forma, verifica-se que o aludido princípio surge como um importante instrumento de justiça social, havendo através dele um reconhecimento de que há influência, na prática do ato criminoso, de fatores econômicos, sociais e culturais. Assim, verifica-se a parcela de culpa do Estado com relação à prática de atos criminosos por indivíduos vulneráveis, devido ao meio social marginalizado e desumano que foram inseridos.

## **5.2 A coculpabilidade e a Constituição Federal**

É de conhecimento de todos os estudiosos do Direito que o Código Penal e todas as demais ciências do direito, tem uma total submissão à Constituição Federal. Assim, deve ser aplicada a corresponsabilidade do Estado por um imperativo principiológico constitucional.

Conforme posicionamento do doutrinador Grégore Moura (2006, p.113), o qual possui obra específica sobre o assunto, a coculpabilidade esta implícita na Constituição Federal, fundamentada no §2º do artigo 5º, concluindo que:

“Aceitar a coculpabilidade como princípio constitucional implícito ‘obriga’ o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o individuo atingirá a plenitude da cidadania, com o respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos.

O reconhecimento do principio da coculpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art. 5º, §2º, da Constituição Federal”.

O reconhecimento da coculpabilidade do Estado, nada mais é do que colocar em prática o princípio constitucional da igualdade (art.5º, *caput*), considerando que é uma maneira de tentar diminuir as desigualdades socioeconômicas entre os indivíduos no momento da aplicação da pena.

De forma clara, João Carlos Carvalho da Silva e Edilson Francisco Gomes (2009) explicam essa correlação entre a coculpabilidade e esse princípio constitucional tão importante a todo o ordenamento jurídico, aduzindo que:

“Indubitavelmente, essa igualdade real está ligada à idéia de co-culpabilidade, tendo-se em vista que o individuo socialmente desfavorecido deve ter sua conduta valorada de forma diferente do juízo de reprovação dirigido àquele que sempre teve uma posição social privilegiada, contando constantemente com benesses da vida, educação e saúde dignas, dentre outros deveres estatais negados às camadas sociais inferiores.

Caso sejam apenados os dois – o desfavorecido e o privilegiado - com o juízo de reprovação na mesma intensidade, não há que se falar em igualdade material, mas tão somente em isonomia formal”.

Isso porque, conforme já exposto, os iguais devem ser tratados de forma desigual, na medida de suas diferenças, para que o Judiciário de forma justa, aplique a coculpabilidade àqueles indivíduos carentes de educação, trabalho, saúde, por omissão do Estado.

Nesse sentido é a visão da criminologia crítica marxista que afirma que “a justiça penal é tão somente administradora da criminalidade, não dispondo de meios de combatê-la, apenas funcionando como selecionadora de sua clientela habitual nas classes trabalhadoras. O crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes. Percebe-se uma negação total do mito do direito penal como Direito igual, em que a lei protege todos os cidadãos” (LIMA, PORTAL Dr. Civilize-se).

E atrelado a isso, deve também ser observado também o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, CF/88) no momento da aplicação e execução da pena, nos quais se reconhece e leva em conta a situação socioeconômica individual do delinquente marginalizado, retratando uma ideia de aplicar a pena de modo individualizado, resultando numa maior efetividade da sanção criminal.

Desse modo, a coculpabilidade é o instrumento hábil para o reconhecimento da responsabilidade do Estado, tentando equilibrar a pena, no momento de sua dosimetria, aplicando-se a atenuante genérica, com o objetivo de reduzir a reprimenda penal aplicada.

Além disso, é reconhecer que o Estado não atribui a todos as mesmas possibilidades de ação dentro da legalidade imposta, podendo não ser alcançada, devido às condições desumanas vividas por parte da sociedade. E aceitar tais circunstâncias como dever do Judiciário, como um todo, especialmente do direito penal, que lida diretamente com pessoas carentes de efetivas prestações do Estado Social.

Contudo, tarefa essa difícil e que pode ser realizada apenas a longo prazo, conforme defende a criminologia crítica marxista, pois “o direito penal não defende todos os bens essenciais de todos os cidadãos, a lei não é igual para todos, sendo o status de criminoso distribuídos de modo desigual entre as pessoas. O direito penal não é menos desigual que outros ramos do direito, antes, é o direito desigual por excelência”. (LIMA, PORTAL Dr. Civilize-se).

Essa ciência do direito, já reconhecida por desigual por muitos, pode, porém, ser justa com a aplicação dessa atenuante genérica com o reconhecimento da coculpabilidade da sociedade, nos casos em que se analisando a vida e o entorno social do réu, possa se observar a ausência de oportunidades e condições

sociais que deveriam ser oferecidas pelo Estado, diminuindo sua sanção penal devido a sua “culpabilidade social”.

## CONCLUSÃO

O Brasil hoje vive um problema social gigantesco, que é o alarmante número de usuários e dependentes de drogas. Há praticamente um livre acesso a essas substâncias entorpecentes a todos os cidadãos, sejam crianças, adolescentes ou adultos, e ricos ou pobres.

Em função dessa realidade, buscou-se através dessa pesquisa, demonstrar que esse problema social vem influenciando diretamente no aumento do número de crimes cometidos, principalmente os de cunho patrimonial e de tráfico. Além disso, pretendeu-se explicar o real significado da dependência química, demonstrando que se trata de uma doença progressiva, que sem sombra de dúvidas não tem como indicação de tratamento o aumento da reprimenda penal em uma sentença condenatória.

Nos casos de crimes cometidos por adictos, visualiza-se que há diversos magistrados que entendam que a toxicomania é a “desculpa” pela qual alguns cidadãos se motivam a prática do crime, sem considerar os efeitos que essas substâncias entorpecentes geram no corpo do indivíduo, tanto no físico como no psicológico, principalmente nos dependentes, que sofrem com a abstinência (a ausência do consumo da droga). É uma batalha interna que o indivíduo dependente sofre, não tendo, diversas vezes, sequer condição de escolha, buscando cegamente apenas uma forma de manter sua dependência.

Todavia, considerando a extensão desse problema social, é possível constatar a culpa do Estado nisso, pois deveria fornecer subsídios para educação, saúde, trabalho a todos os cidadãos, e nos casos dos dependentes químicos, tratamentos adequados e eficientes, com a única finalidade de reduzir essa busca pela droga e dar condições melhores aos indivíduos para viverem com dignidade.

Entretanto, como é sabido por todos, a sociedade é muitas vezes omissa na prestação desses serviços, principalmente, nos serviços destinados as pessoas que não têm condições financeiras de alcançá-los sozinhos.

E para minimizar um pouco esse impacto social, e também não passar impune o sujeito que escolheu esse caminho pelas drogas e pelo crime, verifica-se que é necessária uma sanção penal adequada, considerando a culpa do agente e a corresponsabilidade do Estado, punindo-se o agente e demonstrando a sociedade sua ausência no fornecimento de serviços a esse indivíduo.

Necessário enaltecer que o Direito Penal acaba por rotular esses indivíduos como criminosos pela sua condição desigual, considerando que em sua maioria, são aqueles que pertencem a uma classe social menos favorecida, em que o Estado é ausente, e diante disso é que deve haver a defesa pela reprimenda penal mais justa a esses cidadãos, pois sequer tiveram oportunidades melhores, vivendo a beira da marginalidade.

Como brilhantemente mencionado por David Maxsuel Lima, no corpo do trabalho, o direito penal é a ciência do direito desigual por natureza, ele distribui a condição de criminoso de forma desigual na sociedade, passando a rotular como criminosos àqueles pertencentes as classes economicamente baixas.

Veja-se que os dependentes químicos que acabam cometendo crimes são em sua maioria aqueles que não possuem condições de manter seu vício, ou são aqueles que pelo progresso da dependência, já não possuem livre arbítrio, simplesmente praticando os atos criminoso na ânsia de algo que possa trocar pela droga.

Em relação aos crimes praticados por adictos, foi possível visualizar, que alguns juízes, em especial os de 1º grau, possuem o entendimento que a dependência química é uma mola propulsora para o cometimento de crimes, devendo os adictos criminosos serem punidos mais severamente, aplicando-lhes uma reprimenda penal maior. Todavia, essas decisões têm sido reformadas em 2º grau, sendo reconhecido pelas Turmas Recursais que a condição da dependência química não poderia ser utilizada como aumento da pena, afastando a majoração ou por entenderem que se trata de doença, ou por verificarem, que nesses casos, o cidadão agiu pela incessante busca a droga, e em virtude da sua dependência, não possuía mais condição de optar. Em outros casos, há inclusive juízes que entendem que deve ser a sanção diminuída, adotando-se a coculpabilidade do Estado, pela sua ausência ou até inexistência no fornecimento de condições mínimas de subsistência aos cidadãos.

Demonstrando com essa divergência de decisões e posicionamentos doutrinários, que é importante a busca pelos magistrados de reprimendas penais mais justas, e nos casos de dependência química, mais brandas, com o intuito de não só repreender o agente, mas também a sociedade que fechou os olhos para esses cidadãos.

Dessa forma, conclui-se, portanto, que se faz necessário a sedimentação de um entendimento a ser aplicado a todos os indivíduos nessas condições especiais, não permitindo que possam ser majoradas as reprimendas penas, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal: doutrina e jurisprudência – prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ALVARENGA, Galeno. **Abuso de drogas (dependência química e psicológica)**. *Portal Galeno Alvarenga – Psiquiatria e Neurociência*. Disponível em: <http://www.galenoalvarenga.com.br/transtornos-mentais/abuso-de-drogas-dependencia-quimica-e-psicologica> Acesso em: 26/10/2014.
- BALLONE, Geraldo José. **Drogadicção e Personalidade**. Portal da psiquiatria geral. Revisado em 2008. Disponível em: <<http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=224>>. Acesso em 31/08/2014.
- BICCA, Carla; SILVA, Fernando Amarante. **Álcool, outras drogas, informação: o que cada profissional precisa saber**. 2.ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Decreto- Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal Brasileiro. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).
- BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal Brasileiro. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XLVII. Organização de texto: Juarez de Oliveira, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série Legislação Brasileira).
- BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 144773. Paciente: Tiago da Silva Araújo. Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 07/12/2010, Dje: 13/12/2010. T5 - QUINTA TURMA.
- BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 14.839/MS, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 05/04/2010.
- BRUNONI, Nivaldo. **Princípio da culpabilidade: considerações**. Curitiba: Jurúá, 2008.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 17ª.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CHQUER, João. **O que é o crack e quais são os seus efeitos no organismo**. *Portal Globo.com – Gazeta Online*. 31 ago., 2011. Entrevista concedida por Leonardo Soares. Disponível em: [http://gazetaonline.globo.com/\\_conteudo/2011/08/noticias/especiais/crack/2011/943342-o-que-e-o-crack-e-quais-sao-os-seus-efeitos-no-organismo.html](http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/08/noticias/especiais/crack/2011/943342-o-que-e-o-crack-e-quais-sao-os-seus-efeitos-no-organismo.html). Acesso em 25/10/2014.
- D'ALAMA, L. **Brasil é o 2º consumidor mundial de cocaína e derivados**, diz estudo. *Portal G1 de notícias*, 05 de setembro de 2012. Ciência e Saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/09/brasil-e-o-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-e-derivados-diz-estudo.html>>. Acesso em 10/10/2014.
- FERREIRA, Adriano. **Normas éticas: caracteres gerais**. *Portal Introdução ao Direito*. 23 fev., 2011. Disponível: < <http://introducaoaodireito.info/wpid/?p=191>>. Acesso em: 26/10/2014.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GASPAR, Marcela Goulart. **Co-culpabilidade e responsabilização do Estado**. 2014. Publicado por Diego Augusto Bayer no *Portal JusBrasil*. Disponível em: <<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943231/co-culpabilidade-e-responsabilizacao-do-estado>>. Acesso em: 27/10/2014.
- GEOKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Das teorias da pena no ordenamento jurídico brasileiro**. Âmbito Jurídico. Rio Grande, jul.,2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7815](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815)>. Acesso em 31/08/2014.
- GOMES, Luiz Flávio. **Culpabilidade, graduabilidade da culpa e culpa temerária**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 861, 11 nov., 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7593/culpabilidade-graduabilidade-da-culpa-e-culpa-temeraria>>. Acesso em: 06/09/2014.
- \_\_\_\_\_. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo, Lei 11.343/2006**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Sexo, poder, dinheiro e rolex**. Renan, Mônica, Mendes Júnior e Luciano Huck. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20071029094514288](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20071029094514288). Acesso em: 11/10/2014.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

- HUGUET, Rodrigo Barreto. **Efeitos das drogas no organismo**. Portal Hospital Mater Dei, Belo Horizonte/ MG, 09 jul., 2012. Disponível em: [http://www.materdei.com.br/1741/perguntas\\_e\\_respostas/efeitos\\_das\\_drogas\\_no\\_organismo](http://www.materdei.com.br/1741/perguntas_e_respostas/efeitos_das_drogas_no_organismo). Acesso em 25/10/2014.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 2, p.95. Apud Adalberto Dias Tristão. Sentença Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, David Maxsuel. **O que é a criminologia crítica, radical ou nova criminologia?**. *Portal Dr. Civilize-se*. Disponível em: < <http://www.civilize-se.com/2012/12/criminologia-critica-radical-ou-nova.html>>. Acesso em 29/10/2014.
- MÃE acorrenta filho viciado em crack aos 12 anos dentro de casa no ES. **G1 – globo.com**. 12 de maio de 2013. G1 Espírito Santos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2013/12/mae-acorrenta-filho-viciado-em-crack-aos-12-anos-dentro-de-casa-no-es.html>>. Acesso em 31/08/2014.
- MARÇAL, Fernanda Lira e FILHO, Sidney Soares. O princípio da coculpabilidade e sua aplicação no direito penal brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3cc578f087ea520a>. Acessado em: 12/10/2014.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte Geral**. 7ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- MOURA, Grégoire Moreira de. **Do princípio da coculpabilidade no direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- NATAL/RN 2ª. Vara Criminal da Zona Norte. Autos de ação criminal nº 0102164-25.2011.8.20.0002. Sentença Criminal prolatada pelo magistrado Rosivaldo Toscano dos Santos Junior, em 10 de fevereiro de 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª.ed. São Paulo: Editora RT, 2008.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Deontologia, erro médico e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- ROIG, Pablo. Crack causa epidemia e já é fumado no narguilé. **Campanha Jovem Pan pela vida contra as drogas**. São Paulo, 14 junho, 2014. Entrevista concedida por Izilda Alves. Disponível em: <<http://blogs.jovempan.uol.com.br/campanha/crack-causa-epidemia-e-ja-e-fumado-no-narguile/>>. Acesso em 29/08/2014.
- PARANÁ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação criminal nº 794429-2. Relator; Rogério Kanayama. 3ª C.Criminal - Unânime - - J. 02.02.2012.
- SANTANA, Ana Lucia. **Dependência química**. Portal infoescola. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/saude/dependencia-quimica/>>. Acesso em 28/08/2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.
- SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória – Aspectos práticos e teóricos à elaboração**. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- SILVA, João Carlos Carvalho da, e GOMES, Edilson Francisco. **Princípio da co-culpabilidade e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro**. Jan., 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12222/principio-da-co-culpabilidade-e-sua-implementacao-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acessado em: 12/10/2014.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VELO, Joe Tennyson. **O juízo de censura penal: o principio da inexigibilidade de conduta diversa e algumas tendências**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. **A inconstitucionalidades da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena**. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 14, p. 305-323, 2008. Disponível em: <<https://vetustup.files.wordpress.com/2013/05/a-inconstitucionalidade-da-conduta-social-e-personalidade-do-agente-como-criterios-de-fixacao-de-pena-tc3balio-l-vianna.pdf>>. Acesso em: 08/09/2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.