

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
MESTRADO PROFISSIONAL E INTERDISCIPLINAR EM
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E DIREITOS HUMANOS**

FABIANO ALVES MENDANHA

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA
AO PODER JUDICIÁRIO PARA DISPENSAR UM TRATAMENTO MAIS
HUMANITÁRIO AOS USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS**

PALMAS

2016

FABIANO ALVES MENDANHA

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA
AO PODER JUDICIÁRIO PARA DISPENSAR UM TRATAMENTO MAIS
HUMANITÁRIO AOS USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Área de concentração: Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Oneide Perius.

PALMAS

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

M537j Mendanha, Fabiano Alves.
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA POSSÍVEL
ALTERNATIVA AO PODER JUDICIÁRIO PARA DISPENSAR UM
TRATAMENTO MAIS HUMANITÁRIO AOS USUÁRIOS E
DEPENDENTES DE DROGAS. / Fabiano Alves Mendanha. – Palmas,
TO, 2016.

121 f.

Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do
Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-
Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos
Humanos, 2016.

Orientador: Oneide Perius

1. Modelos de justiça criminal. 2. Justiça Restaurativa. 3.
Possibilidade de aplicação. 4. Usuários de drogas. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de
qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que
citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime
estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

**Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da
UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).**

FABIANO ALVES MENDANHA

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UMA POSSÍVEL ALTERNATIVA AO PODER
JUDICIÁRIO PARA DISPENSAR UM TRATAMENTO MAIS HUMANITÁRIO AOS
USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS

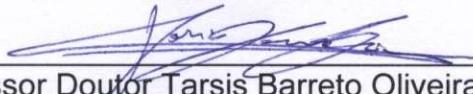
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, promovido pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Palmas-TO, 30 de março de 2016.

BANCA EXAMINADORA



Professor Doutor Oneide Perius - UFT
Orientador



Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira - UFT
Membro Interno

Professor Mestre Marco Antônio Alves Bezerra - MPTO
Membro externo



DEDICATÓRIA

A minha amada mãe, por tudo o que vivemos juntos e por tudo o que fez e faz por mim (serei eternamente grato).

A minha amada esposa, pelo apoio, companheirismo e paciência que teve durante este processo.

Ao meu pequeno Enrico, você faz parte de mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por todas as bênçãos que tem dispensado a meu favor, principalmente por me amar e ter me ensinado a compreender esse amor.

A minha família pelo apoio e motivação - sem vocês eu não teria conseguido!

Ao Prof. Dr. Oneide Perius, pela dignidade, dedicação e competência com que conduziu o processo de orientação.

Ao meu amigo Dr. Carlos Átila Bezerra Parente, pelo apoio moral e crítico. Sua contribuição foi “cirúrgica”!

A todos os professores do Mestrado, pela doação do saber.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”.

(Evelyn Beatrice Hall, 1906)

MENDANHA, Fabiano Alves. **A Justiça Restaurativa como uma possível alternativa ao Poder Judiciário para dispensar um tratamento mais humanitário aos usuários e dependentes de drogas.** 2016. 119f. Dissertação (Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2016.

RESUMO

Esta é uma abordagem reflexiva acerca da Justiça Restaurativa como uma possível alternativa de justiça criminal a ser dispensada no tratamento dos usuários e dependentes de drogas. Utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental. Foi verificado que durante anos no Brasil os usuários de drogas estiveram sob um julgo repressivo, cuja racionalidade era de retribuição do *mal pelo mal*, e desconsiderava os fatores de vulnerabilidade do indivíduo. Com o advento da Lei 11.343/2006, que institui uma nova política criminal sobre drogas, o legislador inovou punindo com mais rigor o tráfico e com mais humanidade o usuário, tendo inclusive vedado a este a aplicação de pena restritiva de liberdade. Malgrado no ordenamento jurídico brasileiro ainda não exista norma expressa acerca da aplicação da Justiça Restaurativa para resolução de conflitos, já existem diversas práticas espalhadas pelo Brasil, que atestam a possibilidade e viabilidade desse paradigma na resolução de conflitos criminais. Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça pretende - nos anos de 2015 a 2016 - instrumentalizar a Justiça Restaurativa para aplicação nos tribunais do país. Conclui-se ser possível a aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, como uma alternativa mais humanitária no tratamento dos conflitos envolvendo usuários de drogas, possibilitando a otimização dos resultados pretendidos pela Política Nacional de Drogas para prevenção, redução de danos e o favorecimento da paz social.

Palavras chaves: Modelos de justiça criminal; Justiça Restaurativa; Possibilidade de aplicação; Usuários de drogas.

MENDANHA, Fabiano Alves. **Restorative justice as a possible alternative of criminal justice to be dispensed in treatment of user and dependent drugs for a more humane treatment.** 2016. 119f. Dissertation (Professional Masters in Interdisciplinary Jurisdictional Provision and Human Rights) - Universidade Federal do Tocantins, Palmas-TO, Brazil, 2016.

ABSTRACT

This academic work is a reflexive approach about Restorative Justice as a possible alternative of criminal justice to be dispensed in treatment of user and dependent drugs. The methodology used was the bibliographical and documentary research. We verified that during for years in Brazil the drug users were under a repressive judge, whose rationality was retribution *evil for evil*, and downplayed the vulnerability of the individual factors. Arising the Law 11.343/2006, establishing a new criminal drug policy, the legislator has innovated punished more strictly trafficking and more humanely the user drugs, and even prohibited to this the application of restrictive sentence. Although brazilian legal system does not exist yet express provision on the application of Restorative Justice for conflict resolution, there are already several practices throughout on Brazil, proving the possibility and viability of this paradigm in criminal conflict resolution. In this line the Conselho Nacional de Justiça (CNJ) intends - in the years 2015-2016 - instrumentalize Restorative Justice for use in the estates courts. We concluded to be possible the application of Restorative Justice in the scope brazilian special criminal foruns, as a more humane alternative in the treatment of conflicts involving drug users, enabling the optimization of results intended by the Brazilian National Drugs Policy for prevention, harm reduction and favoring social peace.

Keywords: Criminal justice models; Restorative Justice; Application possibility; Drug users.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PARADIGMA RETRIBUTIVO DE JUSTIÇA CRIMINAL	16
2.1 A evolução do Direito Penal	17
2.2 Escolas Penais	21
2.2.1 Escola Clássica	21
2.2.2 Escola Positiva	23
2.2.3 Terceira Escola Crítica	24
2.2.4 Escola Moderna Alemã	25
2.2.5 Escola Técnico-Jurídica	26
2.2.6 Escola Correccionalista.....	26
2.2.7 Escola da Defesa Social e a Nova Defesa Social	26
2.3 Teorias da pena	29
2.3.1 Teoria absoluta ou restritiva	29
2.3.2 Teoria relativa ou preventiva	30
2.3.3 Teoria mista.....	31
2.4 As contribuições de Eugénio Raúl Zaffaroni para a análise do sistema penal	33
3 O PARADIGMA RESTAURATIVO	35
3.1 Considerações Iniciais.....	35
3.2 Aportes filosóficos e sociológicos	39
3.3 Delimitando o conceito	46
3.4 Principais diferenças entre os modelos de justiça	49
4 ALARGANDO A COMPREENSÃO DAS DROGAS E SEUS EFEITOS	54
4.1 Classificação das Drogas	56
4.2 As principais drogas ilícitas e seus efeitos no organismo	58
4.2.1 Maconha.....	58
4.2.2 Dietilamida do ácido lisérgico (LSD).....	59
4.2.3 Ecstasy	60
4.2.4 Cocaína.....	60

4.2.5 Crack.....	61
4.2.6 Heroína.....	62
4.3 Tolerância e abstinência: entendendo os efeitos	63
4.4 Usuário e dependente: existem diferenças?	64
5 DROGAS E POLÍTICA CRIMINAL	67
5.1 Conceito de Política Criminal	67
5.2 Escorço da política antidrogas no mundo	70
5.3 A política criminal sobre drogas no Brasil.....	74
6 A LEI Nº 11.343/2006 E A NOVA POLÍTICA PARA TRATAMENTO DO USUÁRIO	79
6.1 A política de redução de danos	83
6.2 O critério da vulnerabilidade	87
6.3 A possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa na Lei nº 9.099/95..	90
7 EXPERIÊNCIAS EFETIVADAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	93
7.1 Rio Grande do Sul – Porto Alegre	94
7.2 Brasília – Distrito Federal.....	96
7.2.1 A prática de Gama.....	96
7.2.2 A prática do Núcleo Bandeirante	97
7.3 São Paulo – Guarulhos	100
7.4 Santa Catarina - Joinville.....	102
7.5 Paraná - Curitiba	103
7.6 O Conselho Nacional de Justiça e o incentivo à Justiça Restaurativa ...	105
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS.....	113
APÊNDICE A - A QUESTÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 (RE 635.659)	120

1 INTRODUÇÃO

A conduta humana diante dos fenômenos sociais deve sempre ser pautada pela maior racionalidade possível, de forma a possibilitar uma real compreensão dos problemas, e, sobretudo, para se buscar as soluções mais adequadas. No entanto, por vezes, em decorrência de uma fragilidade natural, nós seres humanos, mesmo que involuntariamente, tentamos camuflar nossos medos e fraquezas dentro de um processo de fuga, ou seja, nem sempre encaramos os problemas de frente, esperando que “alguém” os resolva por nós.

Em relação ao problema drogas - atualmente considerada uma patologia social - não é diferente. A sociedade durante muito tempo tem tentado tangenciar o problema pelas mais diversas vias, quer seja afastando os usuários e dependentes do meio social, quer seja os escondendo do alcance visual de parcela da população, o que muitas vezes tem como consequência uma negação de direitos fundamentais desses indivíduos.

O fenômeno das drogas cresce a cada dia e alcança as mais variadas classes sociais e faixas etárias, inclusive adolescentes e crianças. O problema está em toda parte: nas escolas, faculdades, entidades religiosas, etc. Temos vizinhos, amigos e filhos que são escravizados pelo vício das drogas. Inegavelmente é algo que aplaca as relações sociais, em suas mais diversas órbitas.

Fazendo uma digressão no tempo, vemos que os usuários e dependentes de substâncias entorpecentes foram guerreados durante toda a história legislativa do Brasil, desde as Ordenações Filipinas de 1963, até a antiga Lei de Drogas nº 6.368/1976, que ensejou uma forma de tratamento que ficou fortemente evidenciada nas décadas de 1970 e 1980, com a política da “guerra contra as drogas”.

Com o advento da Lei nº 11.343/2006 (conhecida como Nova Lei de Drogas), houve significativos avanços da legislação pertinente ao assunto, notadamente porque a partir de então restou afastada qualquer possibilidade de aplicação de pena restritiva de liberdade ao usuário, com imposição da aplicação de penas alternativas, com caráter amplamente educativo e restaurador, voltadas à redução de danos. Todavia, por uma análise empírica da experiência forense, ainda é possível se verificar um tratamento direcionado pela visão punitiva do direito penal em relação ao usuário de drogas, sendo este o ponto impulsionador do presente estudo.

Assim, a pesquisa objetiva refletir sobre a justiça restaurativa como uma possível alternativa ao Poder Judiciário para tratar de forma mais humanitária a questão dos usuários e dependentes de drogas, com vistas à redução de danos, restabelecimentos das relações pessoais e reinserção ao convívio social.

Para tanto, questiona-se: nos dias atuais, o modelo tradicional de justiça criminal ainda é adequado para tratar usuários e dependentes de drogas? Pode a Justiça Restaurativa representar uma via de tratamento mais humanitária e com resultados mais exitosos ao problema dos usuários e dependentes de drogas? Quais são os argumentos que pesam a favor do modelo de Justiça Restaurativa como alternativa?

Como forma de operacionalização para alcançar o objetivo geral, a pesquisa será direcionada pelos objetivos específicos a seguir: estudar a problemática das drogas sob uma abordagem interdisciplinar; apresentar a evolução histórica da legislação brasileira sobre as drogas; estudar e compreender os paradigmas retributivo e restaurativo de justiça; demonstrar a possibilidade e viabilidade de se aplicar a Justiça Restaurativa no enfrentamento da questão.

Quanto à justificativa da pesquisa, esta reside primeiramente na necessidade de disseminar no meio jurídico, especialmente nas especialidades de atuação profissional que lidam diretamente com usuários de drogas, que punir severamente o usuário não mais representa solução ao problema drogas; bem como conscientizá-los que esses indivíduos necessitam de ajuda e tratamento adequado para se libertar da prisão que o vício representa, de uma chance para reciclarem suas vidas e se reinserirem no convívio social – proposta que se insere na visão da Justiça Restaurativa.

No meio acadêmico, a pesquisa tem por escopo mostrar que o modelo de justiça estritamente repressivo-punitivo é ultrapassado e inadequado para o tratamento dos usuários e dependentes de drogas, e que o paradigma restaurativo representa uma alternativa a este modelo.

Em último lance, registro que o autor-pesquisador foi motivado a empreender a presente pesquisa pelo fato de conviver rotineiramente com processos judiciais envolvendo usuários de drogas, na lida forense onde desempenha a função de Assessor Jurídico de 1ª Instância junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, lotado na Comarca de Araguaína. Em boa parte dos processos judiciais, tecnicamente classificados como ações de obrigação de fazer,

os familiares objetivam a tutela jurisdicional para compelir o Estado a dispensar aos drogaditos tratamento adequado em centros de reabilitação, o que, via de regra, ocorre em clínicas particulares, já que o Poder Público não dispõe de instituições criadas especificamente para esse fim. O fundamento do pedido é o direito à saúde, estando a dependência química enquadrada como questão de saúde pública.

Na prática, pelo que consta dos processos judiciais, constatamos tratar-se de famílias dilapidadas pelos efeitos causados pelas drogas, sendo que na maioria dos casos se tem notícia de que o sujeito já teve outras passagens registradas na polícia judiciária por posse de drogas para consumo, com encaminhamento e processamento de termo circunstanciado de ocorrência no Juizado Especial Criminal da Comarca de Araguaína, inclusive com aplicação estrita das penas previstas na legislação especial (art. 28¹, Lei nº 11.343/2006), o que não aparenta ter surtido o efeito educativo e reparador esperado pela lei, já que na maioria dos casos o sujeito volta a delinquir pelo uso de drogas.

Nesta perspectiva, surgiu a inquietação de pesquisar se o insucesso observado está no modelo de justiça criminal dispensado pelo Poder Judiciário para o tratamento do usuário, tendo como hipótese de pesquisa que a aplicação do paradigma restaurativo de justiça pode se apresentar mais exitoso em termos de resultados práticos, especialmente no que pertinente a reinserção do usuário no convívio social e redução de danos.

O trabalho foi submetido à metodologia das pesquisas bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica, fizemos uma análise de livros e publicações periódicas científicas que cuidam sobre as temáticas, que são: o paradigma punitivo-repressivo, a Justiça Restaurativa, bem assim aqueles que versam sobre temas complementares para o desenvolvimento do problema, a exemplo de livros e publicações sobre drogas e seus efeitos no organismo. Ainda nesta parte da pesquisa, realizamos um estudo de obras que deram aportes filosóficos e

¹ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 11 jul. 2014).

sociológicos ao desenvolvimento da pesquisa. A análise documental teve como parâmetro a Constituição Federal de 1988, a Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) e a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), bem como a legislação anterior que regulou a Política Criminal de Drogas no Brasil.

A dissertação está dividida em oito capítulos: o primeiro ocupa-se da apresentação e contextualização da pesquisa; no segundo apresenta-se as bases do modelo tradicional de justiça criminal e sua justificação no sistema; no terceiro cuidamos de apresentar a paradigma da Justiça Restaurativa, suas características e finalidades - neste capítulo abrimos seção específica para traçar as principais diferenças havidas entre os modelos retributivo e restaurativo de justiça; no quarto expomos um conteúdo desconhecido para muitos operadores do direito, acerca da classificação das drogas ilícitas e seus efeitos no organismo, abordando ainda a questão da tolerância e da abstinência, bem como a salutar diferença entre usuário e dependente de drogas; no quinto estudamos a política de drogas tanto no contexto global quanto no Brasil, com referências históricas do surgimento do modelo proibicionista que fomentou a ideologia global de “guerra às drogas”; no sexto apresentamos a nova política nacional de drogas no Brasil, instituída pela Lei nº 11.343/2006, bem como os critérios de vulnerabilidade e redução de danos, e ainda a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa no âmbito dos juizados especiais criminais; no sétimo são apresentadas projetos de Justiça Restaurativa implantados em vários estados da Federação, nos quais se obtiveram resultados exitosos com as práticas restaurativas aplicadas na resolução de conflitos; no oitavo capítulo apresentamos nossas últimas considerações. Ao final do trabalho, com caráter informativo, introduzimos um apêndice expondo a questão da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, discutida no RE nº 635.659, ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

2 O PARADIGMA RETRIBUTIVO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Também conhecido como modelo repressivo-punitivo, o modelo retributivo de justiça é o atualmente adotado pela legislação penal brasileira, com vistas à punição do agente pela violação das regras legalmente impostas pelo Estado. Em suma, consiste na aplicação de penas ao agente que pratica uma conduta delituosa.

O direito de punir (*ius puniendi*) do Estado surgiu para dar cabo à vingança individual ou privada, na qual a punição do agressor era exercida pela própria vítima, de forma ilimitada, ocasionando assim uma resposta instintiva da natureza humana no ato de punir uma conduta tida como criminosa, ou seja, estranha às estruturas do pacto social². A partir de então, passou a ser do Estado a legitimação para retribuir o injusto praticado pelos sujeitos, através das leis penais codificadas, porém, sempre em sujeição aos valores e princípios vertentes do Estado de Direito.

Desse modo, o ideal máximo da intervenção repressiva do Estado passou a ser o efetivo exercício do *ius puniendi*, que muitas vezes é motivado pelo clamor da opinião pública como a melhor forma de controlar a criminalidade. É como se os ideais desse modelo de justiça fossem um meio do Estado reafirmar sua existência controladora dos conflitos sociais.

Sobre essa visão retributiva, Baraldi³, se posiciona dizendo que

[...] quando o indivíduo comete um crime, viola a lei e ofende a sociedade como um todo, cabe somente ao Estado puni-lo, e isso deve acontecer de maneira exemplar, para que não cometa mais delitos. A preocupação principal, ao se aplicar esse tipo de justiça, reside exatamente em estabelecer a culpa por eventos passados (a pessoa cometeu ou não crime?) e não na satisfação da vítima e reeducação do agressor, com o reconhecimento de sua conduta delituosa e da necessidade de agir diferente.

Baraldi⁴ segue argumentando que este modelo tradicional de justiça penal, em muitos casos do complexo sistema que regula as condutas sociais, tem se

² SCURO NETO, P.; PEREIRA, R. T. **A Justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação.** In: Simpósio Internacional da Iniciativa Privada para a Prevenção da Criminalidade. São Paulo: NEST, 2000. Disponível em: http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2/at_download/file. Acesso em: 20 set. 2015.

³ BARALDI, T. C. A. **A violência doméstica sob a ótica da justiça restaurativa.** 2006. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, p. 70. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=28742. Acesso em: 22 nov. 2014.

⁴ Ibid., p. 74.

mostrado ineficaz para aplacar a criminalidade, como forma de se alcançar a tão almejada paz social.

Neste capítulo, pretendemos apresentar como se formulou, no decorrer da história, as bases do sistema punitivo.

2.1 A evolução do Direito Penal

Para se alcançar um conhecimento mais lúcido e apurado do direito que hoje conhecemos, faz-se necessário realizar uma digressão da evolução histórica do Direito Penal. Sabe-se que a evolução do direito penal não ocorreu de forma sistematizada, com todas as fases definidas, no entanto, mesmo assim, pode-se ter uma noção do que caracterizou as mais significativas reações ao delito em todas as fases da história⁵.

Mesmo não tendo como definir o momento exato em que surgiu a concepção da pena, Dotti⁶ leciona ser possível, por intermédio do direito comparado, concluir que o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade. Na visão do autor, em todos os tempos, em todas as raças, ainda que nas mais desraigadas da civilização, a pena já se materializava como um *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, ou seja, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que desrespeitou regras postas, seja porque ofendeu as esferas de poder, seja porque foi contra a vontade imposta por outrem.

Mirabete⁷, por sua vez, aduz que o Direito Penal se iniciou com os agrupamentos de seres humanos e que a pena teve sua origem como uma vingança à agressão outrora sofrida, desprovida de preocupação com a justiça, a qual podia, inclusive, ser praticada pela própria vítima da agressão.

Prado⁸ sintetiza a evolução da justiça em três fases: a primeira, o crime seria o atentado contra os deuses e a pena seria um mecanismo para aplacar a ira divina; a segunda, o crime consistiria em agressão violenta de uma tribo contra outra e a

⁵ ROSA, A. M. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 14.

⁶ DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013, p. 25-30.

⁷ MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

pena seria a vingança de sangue; a terceira e última, o crime seria a transgressão da ordem jurídica fixada pelo líder da comunidade.

Presentes em épocas de organização social rudimentar, as duas primeiras espécies não tinham nenhuma proporção com o delito, aos quais pretendiam responder, e coincidia com a lei do mais forte, onde o interesse particular prevalecia sobre toda e qualquer pessoa⁹. Somente com o surgimento de um representante absoluto do poder público é que aos poucos se iniciou a impor uma sanção penal proporcional ao delito praticado, o que aconteceu prefacialmente com a concepção inspirada na *Lei de Talião*. Em aproximadamente 4.000 a.C., as primeiras civilizações consagravam um mínimo de organização sociopolítica e econômica, onde o soberano exercia uma repressão criminal de caráter público e proporcional à gravidade do delito praticado. Dessa forma, o *Talião* constituiu uma prática repressiva manifestada no pensamento jurídicos através da Lei das XII Tábuas, no Código de Manu, nos Cinco Livros do Egito, dentre outros¹⁰.

Inobstante a centralização do poder punitivo ter gerado uma forma de repressão, que não tolerava o contra-ataque dos clãs, e a “Lei de Talião” tenha resolvido todo o problema de desequilíbrio entre ilícito praticado e a pena atribuída ao autor do fato, as suas penas eram brutais e sem qualquer finalidade útil, exceto a de pacificar os ânimos da comunidade que foram aguçados pela prática de uma grave lesão a um de seus membros¹¹.

Os gregos viam o crime e a pena como um culto aos deuses, a quem atribuíam serem os protetores do universo. Era em nome deles que as autoridades públicas praticavam o julgamento de litígios e fixavam os castigos. A ideia de crime e de pena surgiu na Grécia antiga através da influencia dos filósofos e pensadores, como Aristóteles, que traria a noção de culpabilidade vista pelo viés do livre-arbítrio; e Platão, que via a pena como mecanismo de defesa social que estimulava os membros da sociedade a não delinquir¹².

⁹ ROSA, op. cit., p. 16.

¹⁰ DOTTI, op. cit., p. 32-44.

¹¹ NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 18-26..

¹² JESUS, D. **Direito penal**: parte geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 11-19.

Os romanos tiveram uma época em que o caráter religioso era concedido ao direito penal. Posteriormente passaram a separar crimes públicos dos crimes privados, sendo estes entregues à iniciativa do ofendido¹³.

Os povos germânicos ingressaram na Europa Ocidental trazendo costumes e tradições agregadas a um sistema punitivo compatível com suas crenças espirituais e apego à vingança. Apenas com a consolidação das regiões ocupadas é que a vingança deu espaço à composição, com valores que variavam e dependiam do tipo e gravidade das lesões. A composição instalada no seio da civilização germânica consistia num método de conciliação entre o ofensor e o ofendido, ou seus familiares por meio de uma prestação pecuniária, a qual visava reparar o dano, o que caracterizava um abrandamento das penas violentas que se voltavam contra o corpo do condenado. No direito romano também se teve um período de caráter religioso concedido ao direito penal, como também foram usadas as imposições do “Talião”. Mais tarde seriam separados os crimes públicos dos privados¹⁴.

Cumprе anotar ainda a existência do direito canônico, instituído no âmbito da Igreja Católica, que dividia os crimes em *delicta eclesiástica* (de exclusiva competência dos tribunais eclesiásticos); *delicta mere secularia* (julgado pelos tribunais leigos) e *delicta mixta*, os quais insurgiam simultaneamente contra a ordem divina e a humana, sendo julgado pelo primeiro tribunal que a conhecesse. Quanto as penas, essas se dividiam entre *espirituales* (exemplo: excomunhão) e *temporales*, conforme a natureza do bem que a conduta tivesse atingido. As penas eram basicamente uma justa retribuição pelo mal causado, mas também se dirigiam ao arrependimento do réu¹⁵.

Com a queda do Império Romano passou-se a existir três sistemas punitivos existentes na Europa: o Direito Romano, Germânico e Canônico. Este período histórico foi tido por extremamente rigoroso, em especial pela fixação de penas cruéis e infamantes, sem que houvesse a possibilidade de defesa do acusado por meio de um processo, passando o direito penal ser uma expressão do Estado Absolutista¹⁶.

¹³ Ibid., p. 56.

¹⁴ JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-40.

¹⁵ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22-29.

¹⁶ JAKOBS, op. cit, p. 41-45.

Ao fim do século XVIII, o iluminismo propiciou o movimento que pregava a reforma das leis e da administração da justiça penal então vigente, inserindo os fundamentos de liberdade política, de igualdade dos cidadãos, bem como a renovação dos costumes judiciários e da prática dos Tribunais de julgamento. As ideias políticas que dominavam passavam a ser revistas por adeptos do jusnaturalismo que fundamentaram o direito do Estado na razão e se opuseram ao axioma penal da retribuição¹⁷.

E foi nesse mesmo período que Beccaria publicou a obra *Dos Delitos e das Penas*¹⁸, inspirado pela ideia do contrato social de Jean-Jacques Rousseau, para confirmar, como finalidade da pena, evitar que o autor do delito, assim como os demais cidadãos, viessem a ocasionar novos dissabores à ordem social. Ressalte-se que dita obra se sagrou um símbolo da reforma do sistema penal vigente à época, por defender a necessidade de leis claras e precisas, vetando o juiz de interpretá-las de forma subjetiva; combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, e sugeriu a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado a um membro da sociedade.

Assim, considera-se que a obra de Beccaria contribuiu para a reforma na aplicação da pena, através da formulação de postulados básicos que ainda prevalecem no direito penal moderno, como os seguintes: não se pode aplicar pena que atinja direitos indisponíveis como, por exemplo, a pena de morte; só a lei pode fixar penas; o povo deve conhecer as leis, não se admitindo escusas; a prisão preventiva só é justificada se presentes elementos de existência do crime e de autoria; em juízo deverão ser admitidas todas as provas; não se admite a pena de confisco e infamante; não se admite o testemunho secreto, a tortura e os juízos de Deus; a utilização da pena como profilaxia social, não somente para intimidar, mas também para recuperar o cidadão que tenha praticado o delito¹⁹.

Tempos mais tarde, estudiosos iniciaram estudos sobre o delito, o delinquente e a pena, momento que marca o surgimento da expressão “criminologia” para as Ciências Penais. Esse movimento foi iniciado por Rafael Garófalo²⁰, cuja principal obra divide o estudo do Direito Penal em três partes: o delito, o delinquente

¹⁷ JESUS, op. cit., loc. cit.

¹⁸ BECCARIA, C. B. M. **Dos delitos e das penas** (1764). Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 30-37.

¹⁹ COSTA JÚNIOR, P. J. **Direito penal**: curso completo. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19-26.

²⁰ GARÓFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delito e a repressão penal. Tradução de Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

e a repressão penal, buscando um conceito padrão de crime e procurando criar a ideia de delito natural, resultado de uma ofensa ao senso moral, composta pelos sentimentos altruístas e de justiça. Para o autor, o delinquente não seria um indivíduo normal, mas sim um portador de alguma anomalia no plano moral. Afirmava ainda que a pena não possuía apenas o fim retributivo, mas também tinha a finalidade de proteger toda a sociedade, por meio de correção, intimidação ou eliminação²¹.

Esse período criminológico do Direito Penal teve a influência do pensamento determinista e da Escola Positiva, que também refletiu na esfera criminal. Segundo a visão da filosofia determinista, os fenômenos do universo seriam subordinados a leis e causas necessárias, de forma que seria possível prevê-los e controlá-los. O delito então estaria submetido a esse controle, uma vez que por trás do crime sempre haveria razões que o determinasse. O pensamento da Escola Positiva proclamava que o direito era o resultado da vida em sociedade e estava sujeito às variações no tempo e espaço, segundo a lei da evolução, consoante as teorias positivistas²².

2.2 Escolas Penais

Para compreender melhor a repercussão do pensamento filosófico sobre a história do revide ao delito, faz-se necessário apresentar, mesmo que de forma breve, um apanhado das escolas penais que surgiram no ocidente a partir do denominado período humanitário do direito penal, momento em que os estudiosos do Direito Penal apontam o surgimento dessas correntes, a começar com a primeira intitulada Escola Clássica, posteriormente seguidas pelas Escola Positiva, Escola Italiana, Escola Alemã, Escola Técnica-Jurídica, Escola Correicionalista, Escola da Defesa Social e nova Defesa Social, e outras que surgiram como desdobramento destas.

2.2.1 Escola Clássica

²¹ COSTA JÚNIOR, op. cit., loc. cit.

²² Ibid.

Nominou-se de Escola Clássica ao grupo de escritores, pensadores, filósofos e doutrinadores que se filiaram às teses ideológicas que formam a base do iluminismo. As bases da Escola Clássica foram: a ciência do Direito Penal possui uma ordem emanada da lei moral e jurídica, de modo que o homem deve livrar-se da tirania de suas próprias paixões para se tornar livre; o delinquente seria aquele que optou em fazer o mal, no uso de seu livre arbítrio; a pena era visualizada como o meio de tutela jurídica e de compensar a culpa moral comprovada, cuja finalidade seria o restabelecimento da ordem social que foi alterada pelo crime. Assim, a aplicação da pena deveria ser pública, proporcional, célere e justa; tendo o delito, a pena e o processo como seus principais objetos de estudo²³.

Na Escola Clássica houve dois grandes períodos que se distinguiram: o filosófico ou teórico e o jurídico ou pátrio. Beccaria, sobre os apontados períodos, leciona:

O primeiro período se caracterizou por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Tem origem na filosofia grega antiga, que sustentava ser o Direito afirmação da justiça, no contratualismo e no jusnaturalismo. O sistema contratual e o direito natural se insurgiam contra toda limitação arbitrária da liberdade, como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante. Inspirados pelo contrato social, fruto de um pacto livre estabelecido pelos cidadãos, que abdicam de uma parcela de sua liberdade e a depositam na Mão do soberano, cederiam aqueles ao Estado o direito de punir os atos atentatórios ao interesse geral, mas somente na medida em que as restrições à liberdade fossem necessárias à manutenção do pacto. Proclamava como princípios limitadores da função de punir do Estado: só a lei poderia fixar legitimamente a pena para cada delito, sem considerar nenhum caso especial; as penas excessivas e cruéis deveriam ser abolidas e ao juiz corresponderia apenas ajustar o caso à letra da lei, sem interromper o espírito da lei que poderia conduzir ao arbítrio e ao personalismo²⁴.

Destaque-se que no segundo período se defendeu o ponto de vista do delito como ente jurídico, formado por duas forças: a física e a moral. O crime foi definido como infração à lei do Estado, criada para proteger a segurança do seu povo, resultado de um ato extremo do homem, moralmente imputável e danoso. O fundamento residia na violação de um direito protegido pelo Estado, sendo o criminoso submetido ao juízo penal, podendo ser condenado quando se visualizasse a sua culpa²⁵.

²³ PRADO, op. cit., loc. cit.

²⁴ BECCARIA, op. cit., loc. cit.

²⁵ CARRARA, F. **Programa do Curso de direito criminal**: parte geral. Tradução de Jose Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956, v. 1, p. 19-31.

Temos assim que para a Escola Clássica, o mecanismo a ser utilizado na aplicação do Direito Penal é o dedutivo ou o lógico-abstrato. O crime é encarado como uma violação de um direito e a defesa contra ele deveria estar presente no próprio direito. A pena não poderia ser arbitrária, mas sim regulada pelo dano sofrido pelo direito.

Segundo leciona Nucci²⁶, os membros da escola clássica baseavam a responsabilidade penal no livre-arbítrio, passando a considerar a denominada responsabilidade moral. A partir daí, o crime passou a ser tratado como um ente jurídico e não apenas como um simples fato do homem; e o escopo da pena era retribuir o mal do crime com a mal da sanção, embora pudesse haver – e até seria desejável que ocorresse – a reparação pelo infrator.

2.2.2 Escola positiva

Teve seu nascedouro em meados do século XIX, durante a hegemonia do pensamento positivista no campo filosófico, o que coincidiu com o surgimento dos estudos biológicos e sociológicos, marcado pela posterior necessidade de defender a sociedade contra a ação dos delinquentes. O criminoso e o delito passaram a ser encarados como patologias sociais, o que dispensou a necessidade de fundar a responsabilidade penal em conceitos morais. Somente então a pena passou a se mostrar útil, na medida em que seus fundamentos deixaram de ser a natureza e a gravidade do crime e passaram a ser a personalidade do réu, sua aptidão ao crime e periculosidade²⁷.

Contrariando ao conceito de Direito até então conhecido pelo homem oriundo da Escola Clássica, passou a fazer referência da origem do Direito à vida em sociedade, ficando, pois, sujeito às variações no tempo e no espaço, segundo a lei da evolução.

Caracteriza-se ainda por defender as seguintes interfaces do Direito Penal: o crime e criminoso devem ser colocados à observação e à análise experimental por meio do método indutivo; o delito não deve ser observado como um ente jurídico, mas sim como um fato humano, decorrente de fatores endógenos e exógenos; a

²⁶ NUCCI, op. cit., p. 62.

²⁷ BITENCOURT, op. cit, p. 35-38.

pena tem como finalidade a defesa social, não existindo correlação entre ela e o delito²⁸.

Para essa corrente, o crime seria um acontecimento natural e social, nascido de causas biológicas, físicas e sociais e subordinado às influências do meio e de um complexo de fatores, exigindo a análise por um meio experimental dos fatos.

Sobre os momentos que marcam a Escola Positiva, são apontadas três fases distintas, são elas: a primeira, chamada de antropológica, onde se destaca Cesare Lombroso, com a teoria do criminoso nato; a segunda, onde se destaca Rafael Garófalo que estabeleceu a periculosidade como fundamento da responsabilidade do delinquente, a prevenção como finalidade da pena e a permissão ao cientista da criminologia para identificar a conduta que mais lhe interessasse, bem como sugeriu a pena de morte aos criminosos natos; a terceira fase se consolidou com o surgimento da sociologia criminal, cujo principal expoente foi Enrico Ferri, que adotou a ideia de defender a sociedade através da intimidação geral, todavia considerou como incorrigíveis aqueles criminosos de prática habitual, e com isso firmou-se a ideia de que a maioria dos delinquentes seriam recuperáveis, momento este que marcou o início da preocupação com a ressocialização dos sujeitos²⁹.

Para Leal³⁰, a Escola Positiva incidiu em equívoco ao crer na possibilidade de se descobrir uma causa biológica para a prática de delitos, contudo, teve como grande mérito o fato de ter aberto espaço para o surgimento de uma nova disciplina: a Criminologia, cujo objetivo é os estudos dos fatores da delinquência, sua prevenção e consequências para o meio social.

2.2.3 Terceira Escola Crítica

A Terceira Escola Crítica surgiu na Itália. Nascida entre a Escola Clássica e a Escola Positiva, essa escola acata os dados da antropologia e da sociologia criminal. Malgrado faça distinção entre os sujeitos imputáveis e inimputáveis, sua marca é que os diferencia pelo determinismo psicológico e não pelo livre-arbítrio. O crime é considerado um fenômeno social e a pena uma defesa social de caráter

²⁸ LEAL, J. J. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 21-32.

²⁹ BITENCOURT, op. cit., loc. cit.

³⁰ LEAL, op. cit., p. 39-43.

aflictivo³¹. Os pontos básicos dessa corrente são o respeito à personalidade penal; a inadmissibilidade do tipo penal antropológico, não se fundando na fatalidade do delito e sim na causalidade; reforma social com imperativo do Estado, em prol da pacificação social.

Prado³² arremata dizendo que as mais relevantes características dessa corrente são: a responsabilidade penal com base na imputabilidade moral; o delito visualizado como um acontecimento real e social; a função preservadora ou defensiva da sociedade.

2.2.4 Escola Moderna Alemã

Considerada um movimento reformista na Alemanha, surgido no século XIX, com o intuito de combater o pensamento de Lombroso acerca da rotulação de sujeitos como criminosos natos – critério biológico -, essa Escola defendia imperativamente a necessidade de se conhecer as causas do crime. Sobre essa corrente, Bitencourt leciona:

No último quartel do século XIX, surge, na Alemanha, um movimento reformista liderado pelo austríaco Von Liszt, autor do programa de Marburg e das Tarefas Político-criminais, combatendo o pensamento de LOMBROSO, sobre a existência do criminoso nato, e mostrando que as raízes do crime situavam-se nas relações sociais. Defendia VON LISZT a necessidade de conhecer as causas do crime, especialmente as de natureza antropológica e sociológica, para a construção de uma pena que conseguisse combater o crime, com uma função eminentemente preventiva especial³³.

De acordo com essa corrente, a explicação do delito e da pena deveria ser entendida como criminológica, penalógica e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento dos delinquentes e dos sistemas penais, sendo imperiosa a construção de uma política criminal. Entretanto, a política criminal encontraria seu limite na lei penal, com o princípio da legalidade representando um baluarte na defesa da sociedade. Desse movimento surgiu a grande influência para a elaboração de leis penais pautadas no princípio da legalidade estrita³⁴.

³¹ BITENCOURT, op. cit, p. 36.

³² PRADO, op. cit., loc. cit.

³³ BITENCOURT, op. cit., 36-37.

³⁴ PRADO, op. cit., loc. cit.

2.2.5 Escola Técnico-jurídica

Trata-se de um movimento de renovação metodológica criada na Itália por Arturo Rocco, estudioso que sustentou ser a Ciência Penal um ramo autônomo do Direito, com métodos e fins próprios. Importante destacar que essa autonomia não significava negar a importância dos pensamentos casual-explicativos do crime. Seguiu os seguintes pensamentos: o delito seria uma relação jurídica pura, que apresenta conteúdo individual e social; a pena seria uma reação do crime com função preventiva que seria aplicada aos imputáveis e uma medida de segurança aos inimputáveis³⁵.

Bitencourt³⁶ aponta como princípios fundamentais dessa Escola, conforme segue: o delito é tido como pura relação jurídica; a pena serve como uma reação e uma consequência ao crime; a responsabilidade é moral (vontade livre); afasta o uso da filosofia no campo penal.

2.2.6 Escola Correccionalista

Apareceu na Alemanha, no ano de 1839, porém conquistou seus maiores seguidores na Espanha. Segundo essa Escola, o único fim da pena seria a correção do delinquente, considerado como um ser anormal por possuir uma vontade defeituosa. Neste caso a atuação penal era vista como algo do bem, vez que afastava o delinquente dos estímulos delitivos, corrigindo a vontade defeituosa. Nessa ótica, o juiz era seria um médico social e a administração da justiça visaria a higienização e profilaxia social. O tipo de sanção seria a privação da liberdade por tempo indeterminado e o arbítrio jurisdicional deveria ser aumentado em relação à individualização da pena³⁷.

2.2.7 Escola da Defesa Social e a Nova Defesa Social

Em 1945, na cidade de Gênova-Itália, Felippo Gramatica funda o Centro de Estudos de Defesa Social. Após três anos é instituída a Sociedade Internacional de

³⁵ BITENCOURT, op. cit., loc. cit.

³⁶ Ibid., loc. cit.

³⁷ Ibid., loc. cit.

Defesa Social, sob sua presidência. Em 1961 suas ideias já haviam sido difundidas e ganharam registro na obra *Princípios de Defesa Social*³⁸.

Formou-se como um movimento político-criminal que disseminava uma nova postura em relação ao criminoso, com esboço nos princípios da filosofia humanista e da valorização das ciências humanas. Conquanto a teoria da defesa social tenha aparecido apenas com a revolução positivista, encontram-se precedentes na filosofia grega e no direito canônico medieval. De acordo com essa corrente, o Direito Penal deveria ser transmudado por um direito de defesa social competente para adaptar o sujeito à ordem social. A reação social teria como fim a proteção dos seres humanos e a garantia dos direitos do cidadão³⁹.

Esse movimento, nascido no período pós Segunda Guerra Mundial, arreda-se do positivismo e se aproxima do livre arbítrio como alicerce da imputabilidade, apontando a prisão como um mal necessário, mas pregando a descriminalização de algumas condutas, a fim de evitar o encarceramento desnecessário⁴⁰.

Há uma nítida mudança na perspectiva do Direito Penal conhecido até então, uma vez que o combate à criminalidade passou a ter como principal objetivo a defesa da sociedade, ficando o criminoso em segundo lugar. Desse modo, para que a função de defesa fosse exercida em sua totalidade, tanto a justiça, quanto a legislação, tiveram que subsidiar seu campo de atuação a partir de estudos elaborados pelas ciências sociais humanas e antropológicas, como forma de se estabelecer as relações existentes entre os diversos ramos do conhecimento científico, resgatando, inclusive, o pensamento da criminologia positivista, cujo foco eram as causas e conseqüências da criminalidade. Como forma de operacionalização eram aplicadas penas privativas de liberdade e medidas de segurança com prazo indeterminado, para que a sociedade estivesse protegida enquanto perdurasse o potencial delitivo do sujeito em voltar a cometer crimes⁴¹.

Dias⁴² destaca que a aplicação de medidas de segurança, em defesa da sociedade, representavam sanção penal mais severa que a própria aplicação das penas privativas de liberdade, uma vez que o prazo da medida perduraria enquanto a periculosidade do agente fosse em tese verificada, não havendo um modo objetivo

³⁸ MARQUES, O. H. D. **Fundamentos da pena**, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 126.

³⁹ BITENCOURT. op. cit., p. 37-41.

⁴⁰ NUCCI, op. cit., loc. cit.

⁴¹ BITENCOURT, op. cit., loc. cit.

⁴² DIAS, op.cit., loc. cit.

para estabelecer o limite de seu cumprimento, como ocorre no sistema de cumprimento das penas em geral.

Estreando uma nova etapa do pensamento da defesa social, Marc Ancel publica a obra “Nova Defesa Social”, dando ao movimento uma linha mais moderada. A nova defesa social se afasta mais ainda do determinismo positivista, não mais anuindo com ideia de que a aplicação do Direito Penal seria a única via para controlar a criminalidade⁴³.

[...] na luta contra a criminalidade devem-se buscar meios preventivos de ação, diversos dos previstos no âmbito do Direito Penal, que não deve ser visto como o único remédio contra a delinquência. As formas de ação de defesa social contra os criminosos, mas também do enfoque da defesa daqueles indivíduos em estado de perigo, prestes a praticar crimes. Como consequência desses objetivos, a Nova Defesa Social encontra sua expressão na fórmula “prevenção do crime e tratamento do delinquente”⁴⁴.

Esse novo movimento continuou aceitando válida e necessária a privação de liberdade enquanto sanção penal, mesmo reconhecendo como negativas as consequências geradas, todavia, atribuiu ao período de cárcere uma oportunidade de tratamento para recuperação do delinquente, para não mais voltar a oferecer perigo à sociedade⁴⁵.

Com intuito meramente ilustrativo, aponta-se a recepção dos ideais delineadas pelo movimento da Nova Defesa Social pelo sistema penal no Brasil. Não se pretende elaborar uma pesquisa acerca da legislação pátria que foi influenciada por esse movimento, todavia, é válido indicar a existência de leis internas que instituíram políticas públicas criadas pelo Estado com esse viés, a exemplo da reforma penal de 1984, que alterou o Código Penal de 1940 para, dentre outras novidades, regular a aplicação das medidas de segurança; e Lei de Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995)⁴⁶.

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias⁴⁷ “uma visão descomprometida das realidades político-criminais atuais leva à conclusão de que os paradigmas criminais falharam”, conclusão que envolve tanto o passado como o presente, além de se projetar para o futuro de programas político-criminais. Seguindo um caminho

⁴³ MARQUES, op. cit, p. 32.

⁴⁴ Ibid, p. 33-38.

⁴⁵ MARQUES, op. cit., p. 129.

⁴⁶ DOTTI, op. cit., loc.cit.

⁴⁷ DIAS, op. cit., loc. cit.

paralelo a esses movimentos mais humanitários de tratamento penal, em capítulo próprio, apresentaremos a paradigma da Justiça Restaurativa.

2.3 Teorias da Pena

Há uma considerável aproximação entre o modelo socioeconômico, forma de Estado e sistema sancionador, e por essa razão faz-se necessário investigar as rupturas ocorridas na história do Direito Penal, em especial as ocorridas entre as concepções retributivas e preventivas da pena. Nesta seção, por opção dos relevos da pesquisa, daremos destaque para aquelas que melhor conseguem explicar o sentido, função e a finalidade da pena; de igual modo, na sequência abordaremos a visão do sistema penal segundo as contribuições de Eugênio Raul Zaffaroni⁴⁸.

2.3.1 Teoria absoluta ou restritiva

O Estado absolutista, marcado por sua identidade com o soberano, além da metafísica confirmação de que o seu poder era concedido por Deus, agrupava na pessoa do rei a realização da justiça, sendo todo delito de seus inferiores encarado como uma ofensa à sua pessoa e a pena considerada um castigo pela prática do injusto cometido.

Com o aparecimento do mercantilismo, o Estado Absoluto encara uma decomposição, dando espaço a um Estado burguês, expressão soberana do povo, possuindo como o fundamento o contrato social. Por consequência, a pena não mais era encarada como uma retribuição a ofensa em desfavor de Deus e o soberano, mas sim como retribuição à inquietação causada à ordem jurídica adotada pelos homens e prevista nas leis⁴⁹.

Kant e Hegel, embora apresentassem pensamentos divergentes, são os dois pensadores alemães que se destacaram como idealizadores dessa corrente.

A ideia de Kant sobre o Direito Penal se justifica pela visão ética dada ao homem. Para o filósofo, não seria permitido castigar o criminoso por razão de utilidade social, pois isso significaria analisar o homem como um meio e não um fim

⁴⁸ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELO, J. H.. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19-31.

⁴⁹ BITENCOURT, op. cit., p. 43-49.

em si mesmo. No que se refere à espécie e medida de pena, Kant escolheu o *jus talionis*, observando a condição de ser examinada por um tribunal e não pelo julgador particular⁵⁰.

Já Hegel⁵¹ entende que o direito penal é uma aplicação do seu método dialético: a tese corresponde à vontade geral prevista na ordem jurídica; a antítese corresponde ao delito como ofensa à ordem jurídica; e a síntese corresponde à pena como restabelecimento da ordem jurídica que foi quebrada. Para ele, a pena mostra apenas a equivalência valorativa com a lesão da ordem jurídica, sendo impossível, então, aplicar literalmente a Lei de Talião.

Bitencourt destaca como principal contribuição dessas teorias a imposição de limites à aplicação da pena, como garantia individual do sujeito frente ao *ius puniende* do Estado. Destaca ainda a contribuição e atenção a valores como a dignidade da pessoa humana, a liberdade individual e até o princípio da inocência. O referido autor alerta que

as teorias retribucionistas incorreram, no entanto, num mesmo equívoco teórico, qual seja, confundir a questão relacionada com o fim geral justificador da pena (legitimação externa), isto é, por que castigar, que não pode ser outro senão um fim utilitário de prevenção de crime no futuro, com a questão relacionada com a distribuição da pena (legitimação interna), ou seja, quando castigar, que, olhando para o fato passado, admite uma resposta retributiva, como garantia de que a condição necessária da pena é o cometimento de um crime⁵².

Com efeito, as teorias retribucionistas se empenharam em prover a pena com caráter retributivo do mal causado através da conduta delitativa, todavia não se ativeram para o que vem depois da punição, o que só tornava mais evidente a legitimação de um sistema autoritário.

2.3.2 Teoria relativa ou preventiva

De acordo com essas teorias, a pena é fixada para que não se volte a delinquir, ou seja, para impedir ou desestimular a prática de novos fatos delituosos,

⁵⁰ Ibid., loc. cit.

⁵¹ HEGEL, F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 22-31.

⁵² BITENCOURT, op. cit, p. 49.

sendo as mais conhecidas a Teoria da Prevenção Geral e a Teoria da Prevenção Especial.

Conforme a Teoria da Prevenção Geral pode-se oferecer uma solução ao problema da criminalidade excessiva com a ameaça de pena e sua devida aplicação. Dessa forma, a finalidade da pena não seria a punição do autor do crime, mas sim a intimidação para toda a sociedade. Seria, então, uma coação psicológica, cujo representante é Von Feuerbach. Uma das duras críticas de Claus Roxin a esta teoria é que não teria implicação sobre os criminosos profissionais, tampouco sobre os impulsivos; outra discute se seria crível o uso de um indivíduo como objeto de coação para atingir os demais⁵³.

A Teoria da Prevenção Especial surgiu na era da ilustração, esteve em baixa durante o auge da Teoria Retributiva, todavia apareceu no final do século XIX, com Franz Von Liszt - ela propõe a ressocialização com escopo de neutralizar o delinquente, evitando a reincidência. Para Roxin⁵⁴, essa teoria não poderia demarcar todos os requisitos e as consequências do Direito Penal, pois não teria a finalidade de elucidar a punibilidade dos delitos sem risco de reincidência. A pena aplicada poderia não ter limites, pois poderia durar até que o apenado fosse integralmente corrigido, o que poderia perdurar toda sua vida.

Além das teorias que unificam as anteriores, ainda se encontra a Teoria da Prevenção Geral Positiva, que se divide em Fundamentadora e Limitadora. De acordo com Bitencourt, a primeira atribui ao indivíduo, coativamente, padrões éticos e elimina os limites *do jus puniendi*, formal e materialmente. Já a segunda, a pena deve manter-se dentro dos contornos do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, só podendo ser lançada dentro de um processo rodeado com garantias jurídico-constitucionais⁵⁵.

2.3.3 Teoria mista

De início, pode-se definir que esta teoria mescla os pontos positivos das teorias anteriormente apresentadas, no intuito de garantir melhores resultados com a aplicação da pena, e não somente a retribuição objetiva do injusto pela imposição de

⁵³ ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traductor Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976, p. 15-31.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 52-58.

medidas privativas de liberdade. Para esse movimento a prevenção passa a ser tratada como fim do Direito Penal. Deste modo, a pena passa a ter duas razões legitimadoras de sua existência: a retribuição, evidenciada pela aplicação de um castigo; e a prevenção, como instrumento prospectivo de defesa da sociedade⁵⁶.

Prognosticada por Claus Roxin, esta teoria buscou, de maneira clara, sintetizar o melhor das Teorias absoluta e relativa da pena, ou seja, empenhou-se em mesclar os sistemas adotados enfatizando os acertos e objetivando não incidir nos erros verificados nas outras teorias.

Para a teoria de Claus Roxin, a pena é vista não somente no sentido de compensação da culpa do agente do delito, mas também no sentido de enaltecer a ordem jurídica, com finalidades político-criminais melhor delineadas, com fito à prevenção mais efetiva da prática de crimes futuros. Sustenta ainda, num panorama axiológico, que o direito penal deve ser analisado e interpretado em conformidade com os princípios e garantias constitucionais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser tomado como norteador de toda e qualquer atuação do Estado, que é regulado sob a ótica de uma democracia participativa⁵⁷.

Leciona Claus Roxin que

no Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto digno⁵⁸.

Podemos perceber que o referido autor saiu na defesa de um caráter subsidiário do direito penal, que deve ser aplicado como a medida última de interferência do Estado nos direitos individuais da liberdade. Assim, se pautando numa síntese dialética, o autor concebe em seus ensinamentos que a aplicação da pena se insere na ideia de prevenção geral e prevenção especial. Destacando que a prevenção geral, seja ela positiva ou negativa, somente deve ser admitida com a

⁵⁶ ROXIN, op. cit., p. 48-69.

⁵⁷ Ibid., loc. cit.

⁵⁸ ROXIN, C. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

estrita observância dos direitos individuais da dignidade humana, em respeito aos preceitos normativos preconizados pela carta constitucional; e que a prevenção especial deve ser balizada pela culpabilidade do infrator, comprovada mediante a atuação do Estado juiz em um processo que seja devido, justo e legal.

Nesse passo, importante anotar as ponderações do autor sobre o caráter ressocializador da pena, conforme segue:

Não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídico-penais que não são culpadas das agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação coletivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade. As conseqüências da garantia constitucional da autonomia da pessoa devem, pois, respeitar-se igualmente na execução da pena. É proibindo um tratamento coativo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que possua eficácia ressocializante⁵⁹.

Destarte, temos que a teoria dialética unificadora busca evitar os exageros unilaterais na aplicação do Direito Penal, direcionando os fins da pena para um meio social construtivo, de modo equilibrar o poder punitivo do Estado mediante o fortalecimento dos princípios e dever de observância aos direitos e garantias fundamentais.

2.4 As contribuições de Eugênio Raúl Zaffaroni para a análise do sistema penal

Na visão de Zaffaroni⁶⁰, a punição é tão somente uma das possíveis soluções para um conflito, pois existem outras, como a terapêutica, reparatória e a conciliatória. A solução punitiva acolheria duas variáveis, sendo uma a eliminação do causador do conflito, e a segunda seria atingi-lo diretamente com a retribuição da ofensa. No entanto, quando a punição é institucionalizada, o litígio não é solucionado por nenhuma outra via se não a penal. O autor denomina sistema penal o controle social punitivo que foi institucionalizado, o qual engloba a atividade do legislador, do Poder Público, da polícia, dos juízes, dos promotores e dos encarregados pela execução penal.

⁵⁹ ROXIN, op. cit., 2006, p. 74.

⁶⁰ ZAFFARONI; PIERANGELO, op. cit., loc. cit.

Sobre o objeto que deve ocupar a legislação penal, o referido autor⁶¹ tem duas respostas, a seu ver, contrárias e excludentes: a primeira é que o direito penal possuiria como meta a segurança jurídica, em outras palavras, a prevenção da delinquência contra toda sociedade; e a segunda seria a defesa social, a defesa da sociedade contra a reincidência dos delinquentes. Para ele, apenas a legislação penal não seria competente para trazer à sociedade a segurança jurídica desejada, dada a diversidade de grupos sociais, interesses, poderes e objetivos.

Zaffaroni define a compreensão latino-americana de pena como uma retribuição, consistindo numa reação contra o positivismo, causada por aqueles que perceberam o perigo que esse posicionamento representa para o pensamento democrático. De outra banda destaca a existência de falhas no retribucionismo, criado sob o dogma neokantiano alemão. Aduz que:

A retribuição não pode ser justa em sociedades altamente injustas quanto ao seu sistema de produção (na América Latina mais de 40% da população está à margem do sistema de produção industrial) e quanto ao seu sistema de distribuição (a maior parte da renda concentra-se em uma minoria). Definitivamente, isto faz com que o retribucionismo, que tem a vantagem de denunciar os excessos biologistas e racistas do positivismo, convertam-se em uma ideologia que, frequentemente, para não dizer quase sempre, sirva aos setores mais ou menos tecnocratas do segmento judicial e a seus vizinhos do sistema penal, fechando-se a qualquer dado da realidade que provenha da sociologia ou da economia, que não tem cabimento dentro da sua interpretação jurídica⁶².

Arremata concluindo que o “perigosismo”, filho do positivismo, segue com marcas ideológicas de prestígio às elites latino-americanas, o que pode ser verificado pela análise dos discursos contidos em decisões judiciais, artigos e manuais políticos. Para ele, ao autoritarismo do sistema penal ainda vigora sem embates críticos substanciais, o que pode vir a causar, no mundo dos fatos, efeitos contrários aos ideais de justiça e pacificação.

⁶¹ Ibid., loc. cit.

⁶² Ibid., loc. cit.

3 O PARADIGMA RESTAURATIVO

3.1 Considerações iniciais

Em inúmeras passagens da história da humanidade, têm-se percebido o Direito Penal tradicional como um mero “multiplicador de danos”, à medida que o modelo repressivo-punitivo tem imposto a retribuição de um mal previsto em lei em troca de outro mal cometido, o que não tem sido o bastante para se alcançar a solução dos problemas sociais de ordem criminal⁶³.

Consoante as explanações já tecidas no presente estudo, a reação ao delito está colocada nas mãos do Estado - *ius puniende* -, a quem coube a exigência de garantir a convivência pacífica dos sujeitos. A prevalência do atual sistema induz que as situações que causam mais problemas devem ser solucionadas pelo Estado. É a este que incumbe a punição dos responsáveis pelo dano, marcadamente através da aplicação da pena restritiva de liberdade. Ocorre que o castigo e a violência, que são características exponenciais da reação do Estado ao delito, por uma via oblíqua, acabam por majorar o agir violento que motivou a pena. Nessa contradição sócio-jurídica, em que a violência da pena estatal gera mais violência, marca do paradigma da justiça retributiva, surge alentador o paradigma de uma justiça penal que recupera os ideais de liberdade, ressocialização e humanização – o paradigma da Justiça Restaurativa.

Nesse sentido, Baraldi⁶⁴ manifesta ser alentador a constatação de que, em sentido contrário à crescente onda de violência e marginalidade no planeta, materializada em lutas culturais, ideológicas, sociais; existem ferramentas de transformação, que se segregam, para positivamente reorganizar as estruturas sociais – uma dessas ferramentas é o paradigma restaurativo.

Contudo, perquirir um sistema de justiça criminal que atenda de forma satisfatória aos interesses da sociedade é tarefa um tanto quanto desafiadora, mormente quando verificamos o distanciamento dos valores existentes entre os paradigmas retributivo e restaurativo. Assim, faz-se necessário investigar o processo

⁶³ BACELLAR, R. P.; ALMEIDA NETO, J. D. O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos juzados especiais criminais e das varas da infância e juventude. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011, p. 309.

⁶⁴ BARALDI, op. cit., p. 80.

de instauração do modelo de Justiça Restaurativa, para que possamos melhor compreender as controvérsias suscitadas sobre o assunto.

São verificadas marcas de práticas restaurativas no Código de Hammurabi (1.700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1.875 a.C.), que dispunham medidas de restituição para os crimes contra o patrimônio. O código sumeriano (2.050 a.C.) e de Eshunna (1700 a.C.) preconizavam a restituição nos casos de crimes com violência. Os povos nativos da África, Nova Zelândia, América do Norte e do Sul e sociedades pré-estatais da Europa também assentiram na prática de justiça restaurativa. Entretanto, com o nascimento do Estado veio um sistema penal excepcional e unificador que praticamente deixou a vítima fora do processo. As práticas restaurativas quase desapareceram, mas com o processo de colonização vieram a reaparecer em alguns países, a exemplos das ações ligadas aos intentos reivindicatórios dos povos nativos, bem como do problema da grande quantidade de nativos reclusos em ambientes penais e sócio protetivos, o que reclamou da administração da justiça estatal o respeito às concepções de justiça desses povos⁶⁵.

Vemos assim tratar-se de um modelo de justiça cuja prática pode ser verificada há bastante tempo, mas que ainda principia no campo da teoria. Em giro paralelo, a Justiça Restaurativa também apontava sua marca nos modelos de organização social dos povos de tradição indígena e comunidades pré-estatais, quando os povos privilegiavam as práticas de regulamentação social voltadas aos interesses coletivos sobre os interesses individuais⁶⁶.

Saltando para trechos mais contemporâneos, tem-se registro de práticas de restaurativas implementadas nas sociedades ocidentais, baseando-se nas tradições indígenas do Canadá, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia. Além disso, destaca-se que a Irlanda é um dos países pioneiros no emprego de procedimentos restaurativos, especificamente no que versa à resolução de conflitos juvenis. Os primeiros casos de prática de justiça restaurativa no âmbito judicial foram apresentados nos Estados Unidos, em 1970, sob a forma de conciliação e mediação

⁶⁵ JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R., PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163-182.

⁶⁶ JACCOUD, op. cit, p.164-165.

entre vítima e réu, tendo sido, após, adotada em outros países, a exemplo de Chile, Argentina e Colômbia⁶⁷.

Segundo Jaccoud⁶⁸, são três as vertentes de pensamento que patrocinaram o ressurgimento da justiça restaurativa como prática e dos processos que a ela estão associados nas sociedades ocidentais: os movimentos de contestação das instituições repressivas; os movimentos de descoberta da vítima e os movimentos de exaltação da comunidade. No fim da Segunda Grande Guerra Mundial, apareceu e se desenvolveu a vitimologia, no intento de identificar os fatores que corroboraram para que determinado indivíduo se tornasse vítima. O movimento vitimista serviu de exemplo para a formalização dos princípios de justiça restaurativa, mas não apoiou seus princípios e tampouco participou de forma direta para seu fortalecimento. No que se refere ao princípio de exaltação da comunidade, este se destaca como lugar que rememora as sociedades clássicas, nas quais os conflitos apareciam em menor quantidade e eram melhor administrados, com mecanismos de negociação.

O movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento. É necessário, então, manter prudência na análise das relações que o movimento vitimista mantém com a justiça restaurativa⁶⁹.

Em 1977 implementou-se uma definição de justiça restaurativa, a partir da ideia de “restituição criativa” fomentada pelo psicólogo Albert Eglash para adequar o modelo terapêutico de justiça. *A priori* a ideia versava sobre a reabilitação técnica do ofensor que, sob uma supervisão competente, seria auxiliado a encontrar determinadas formas de pedir desculpas para aquele a quem atingiu com sua ação delitiva. Essa definição inicial ainda estava bastante distante do que seriam os princípios basilares da justiça restaurativa que hoje se conhece, uma vez que despendia mínima atenção à vítima e tendia a limitar a ideia de recuperação social apenas por vias materiais das consequências⁷⁰.

Assim, vemos que desde os anos 70 vem surgindo vários programas e abordagens sobre as práticas restaurativas em diversas de comunidades de vários

⁶⁷ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 13-29.

⁶⁸ JACCOUD, op. cit., loc. cit.

⁶⁹ Ibid., loc. cit.

⁷⁰ MELO, E. R. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO; R. S. G. (Org). **Justiça Restaurativa**. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005, p. 53-72.

países do mundo, que com frequência são oferecidos como alternativas paralelas ou até mesmo substitutivas ao sistema jurídico vigente.

Atualmente, em muitas localidades, a Justiça Restaurativa é considerada um sinal de esperança e um rumo para o futuro, todavia ainda não podemos afirmar se, de fato, é possível realizar todas as suas promessas ideológicas, até mesmo porque a implementação efetiva de políticas públicas demandam a satisfação de muitos critérios sociais objetivos e subjetivos, como por exemplo, a disponibilidade orçamentária e interesse dos governantes.

A bem da verdade, a Justiça Restaurativa começou como um esforço para lidar com assaltos e outros crimes patrimoniais que em geral são vistos (em muitos casos incorretamente) como ofensas menores. Hoje, contudo, as abordagens restaurativas estão disponíveis em algumas comunidades para aplicação às modalidades mais violentas de crime: morte causada por embriaguez ao volante, agressão, estupro e mesmo homicídio. A partir da experiência das Comissões de Verdade e Reconciliação na África do Sul, vem sendo realizados esforços para aplicar a estrutura da Justiça Restaurativa a situações de violência generalizada⁷¹.

O animador é que tais abordagens e práticas estão ultrapassando as barreiras do sistema tradicional de justiça criminal e chegando às escolas, locais de trabalho e instituições religiosas. Alguns defendem a ideia de que abordagens restaurativas como os "círculos" (prática específica que nasceu nas comunidades indígenas canadenses) podem ser usadas para trabalhar, resolver e transformar os conflitos em geral. Outros veem as "conferências de grupos familiares" (modalidade com raízes na Nova Zelândia e Austrália, e também em encontros facilitados entre vítima e ofensor) como um caminho para (re)construir e sanar relações sociais devastadas⁷².

No Brasil, esse modelo de justiça ainda está em processo de incorporação, podendo ser encontrado em algumas práticas piloto já realizadas em alguns estados brasileiros – com destaque para o Rio Grande do Sul, São Paulo, Santa Catarina, Paraná e o Distrito Federal, tendo por escopo aprimorar o atendimento judiciário e construir um ambiente que favoreça o diálogo pacífico entre as partes envolvidas e interessadas na resolução do conflito. Tais práticas serão melhor apresentadas em capítulo próprio.

⁷¹ ZEHR, op. cit, p. 18-19.

⁷² Ibid., loc. cit.

3.2 Aportes filosóficos e sociológicos

É certo que a humanidade já avançou e avança a cada dia mais. São várias as vertentes sobre os quais podemos notar essas evoluções: no campo das ciências, pelas inovações tecnológicas e até biotecnológicas, culturas globalizadas, ideologias segmentadas de pacificação, etc. Contudo, a humanidade ainda tem muitas questões sociais vultosas para serem enfrentadas, principalmente no que concerne aos países de terceiro mundo e aqueles tidos como emergentes, onde a luta para solucionar velhos problemas parece não ter fim⁷³. É assim com as mazelas trazidas pela latente desigualdade social, violência, criminalidade, guerras civis, e porque não, numa perspectiva bem particular, apontar o velho problema das drogas.

O sentido de liberdade tem respaldo no Estado Democrático de Direito, tal qual ocorre com os conceitos de justiça, segurança e cidadania e o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais. A compreensão de qualquer tema ficaria sem sentido caso não analisada sob esse contexto⁷⁴.

De acordo com o entendimento de Goyard-Fabre⁷⁵, a democracia corresponde a uma ideia aberta e pluralista da política. Essa ideia implica a aceitação da concepção do pluralismo, a qual autoriza o reconhecimento das diferenças sociais e individuais. A autora defende que do mesmo modo que a democracia possui vantagens, ela também apresenta desvantagens, e que sua força e impotência alocam-se na mesma trilha dos insucessos sociais obtidos, pois a missão de construir uma sociedade democrática é bem mais intensa do que se pensa, posto que a um só tempo deve-se respeitar as liberdades individuais e acentuar os limites de cada sujeito.

Nesta constatação, justifica-se o intento de buscar novas soluções aos problemas sociais, com direcionamento eficiente para solucionar litígios, diminuir a violência, minimizar o cometimento de crimes e o número de pessoas distribuídas em prisões; e é a par disso que estudiosos cogitam os ideais do paradigma da justiça restaurativa.

Temas de cunho social como o ora estudado, nos impulsiona a refletir acerca das transformações que o “ser cidadão” tem sofrido através do tempo,

⁷³ GOYARD-FABRE, S. **Filosofia e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 242-268.

⁷⁴ Ibid., p. 340.

⁷⁵ Ibid., p. 342.

principalmente para que possamos alcançar um direcionamento mais moderno do que deve ser entendido como cidadania.

Na Grécia Antiga, a democracia possuía um conceito particular de cidadão e de sua participação nas decisões, bastante diferente do admitido pelo Estado Democrático de Direito. Consigne-se que, independente do momento histórico, a ideia de cidadania não pode ser pensada em separado da vida em sociedade, da interação do indivíduo com seus semelhantes, da necessidade das relações e da procura de soluções para os conflitos e atingimento do bem comum⁷⁶.

O estudo do desenvolvimento do Estado deixa clara a noção de que a cidadania não é apenas um benefício dado ao indivíduo. Ao contrário, o conceito atual é fruto de inúmeras lutas e conquistas, envolvendo a constante mobilização dos indivíduos que se organizaram para alcançar as melhorias e o reconhecimento de seus direitos. É dizer: foi certamente graças a essa participação democrática que se permitiu ao cidadão brigar por seus direitos, no ímpeto por mudanças realmente significativas, o que se aplica da mesma forma à busca de alternativas para melhorar a efetividade da justiça, como é o caso dos estudos sobre Justiça Restaurativa⁷⁷.

Em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo precisa ter conhecimento de seu exato papel na sociedade, para que saiba como exigir a efetividade de seus direitos e dar real cumprimento as obrigações que lhe são impostas. Como aduz Dallari⁷⁸ “sem cidadania o homem fica marginalizado”. Nas palavras de Bonavides⁷⁹ “a cidadania é uma prova de identidade que mostra a relação do indivíduo com o Estado”. Ou seja, é um elo particular pelo qual o sujeito fica ligado a um ordenamento jurídico, submetendo-se, portanto, ao sistema legal que lhe dá direitos e impõe deveres.

Em conformidade com a análise de Neves⁸⁰, a relação havida entre Estado e cidadão é sinalagmática, no sentido de que ao passo que Estado detém competências, prerrogativas e direitos, ele também é obrigado a observar seus deveres e responsabilidades para com os cidadãos, grupos sociais e organizações

⁷⁶ DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e cidadania**. 8. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 45-61.

⁷⁷ MELO, op. cit., p. 58-60.

⁷⁸ DALLARI, op. cit., loc. cit.

⁷⁹ BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 35-44.

⁸⁰ NEVES, M. **Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 90.

privadas. Isto é, defende a existência de uma relação circular que engloba as concepções de poder, direitos e cidadania.

Bittar⁸¹, por sua vez, entende a que noção de cidadania - mesmo com a importância que teve nas experiências históricas das democracias - não concretizou algumas preocupações das práticas políticas. O autor entende que o conceito político-jurídico traz como condição para a definição de cidadania o fato do sujeito ser uma parte de algum Estado soberano, podendo votar e ser votado. Nesse entendimento, a condição de cidadão estaria definida nas esferas político-diplomática e cívico-jurídica (*ius soli, ius sanguinis*), além de possuir o direito de escolher os seus representantes. No entanto, tais conceitos são funcionais e examinam o tema de forma técnica, sem possibilitar a devida atenção aos problemas práticos e implicações socioeconômicas.

Para o referido autor, a cidadania, conforme o autor supra, não permite atitudes passivas, tampouco simplesmente representativas; por conta disso, no exame das dimensões referentes ao plano social, é necessário sempre analisar se os direitos humanos estão sendo prestigiados. Propõe, assim, o afastamento do conceito tradicional conhecido por “clausura conceitual”, para alargar o sentido histórico-genético do termo, a fim de que alcance o grande dilema das sociedades contemporâneas: conseguir concretizar os direitos humanos. Tal feito só será alcançado a partir do cumprimento dos preceitos constitucionais⁸².

Barreto⁸³ aduz que os direitos fundamentais tiveram como marco de origem a Revolução Francesa. O autor sustenta que tais direitos eram ambíguos, pois podiam ser confundidos com os direitos do cidadão, não se assumindo o devido caráter de direito universal, pois não tinham validade no plano internacional. Só mais tarde, os direitos da cidadania foram considerados em âmbito mundial, positivados pela declaração de direitos da Organização das Nações Unidas (ONU), Organização dos Estados Americanos (OEA) e outros organismos com atuação internacional.

O referido autor⁸⁴ ressalta que o conceito contemporâneo de cidadania é integrado pelas dimensões: liberdade, igualdade e fraternidade que, no passado, tinham perdido o sentido, posto que “a liberdade se amalgamou à legalidade; a

⁸¹ BITTAR, E. C. B. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. São Paulo: Manole, 2004, p. 9.

⁸² Ibid., p. 11.

⁸³ BARRETO, V. P. (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42-61.

⁸⁴ BARRETO, op. cit, p. 122-128.

fraternidade perdeu o valor durante os oitocentos; a igualdade, como conceito vazio, se agregou ora à justiça, ora à liberdade”. Assim, no entendimento do autor, atualmente, o conceito de cidadania abrange os direitos fundamentais, políticos, sociais, econômicos e difusos. Tais direitos corriqueiramente entram em tensão com os ideais de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e resultados e de solidariedade que vincula os demais.

As várias dimensões de cidadania são realçadas por Barreto⁸⁵, ao lecionar que para o correto exame jurídico da cidadania, esta deve ser analisada a partir das diversas dimensões em que se apresenta. Desse modo, deve-se levar em consideração as dimensões temporal e espacial, bem como as dimensões bilateral e processual.

Barreto⁸⁶ elucida que a dimensão temporal autoriza o vislumbre sucessivo dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos. Esses direitos estão relacionados com a liberdade, solidariedade e justiça. Com a dimensão temporal, tem-se a chance de apontar o momento da história em que surgiram os direitos relativos à cidadania. Nessa linha, o autor destaca a teoria evolucionista e teleológica de Marshall sobre a evolução dos direitos do homem, aduzindo que “para Marshall, os direitos civis foram conquistados no século XVIII, os direitos políticos no século XIX e os sociais no século XX”. A dimensão espacial significa o desenvolvimento da cidadania em vários planos: local, nacional, internacional e até mesmo no plano cibernético.

Na dimensão bilateral, o autor acima⁸⁷ explica que deve se considerar a cidadania nas dicotomias pública/privada e ativa/passiva. Adverte que os direitos que abrangem a cidadania também implicam deveres, logo, são assimétricos, uma vez que os deveres não são os mesmos para todos os cidadãos, como por exemplo o fato de que nem todos os cidadãos pagam tributos ou prestam serviço militar.

No plano da dimensão processual, verifica-se o envolvimento dos processos e instrumentos jurídicos que modernizam os direitos e deveres do cidadão, atento que a cidadania vive em constante mutação, em especial as ocorridas no tempo e espaço. Barreto⁸⁸ destaca a inter-relação da cidadania com o Estado e com a política, posto que esta se opera em dependência do processo legislativo,

⁸⁵ Ibid., loc. cit.

⁸⁶ Ibid., loc. cit.

⁸⁷ Ibid., loc. cit.

⁸⁸ Ibid., loc. cit.

administrativo e judicial, especialmente quando se reporta ao exercício de uma cidadania ativa, participativa e deliberativa.

Streck⁸⁹ aborda a ideia de uma democracia e cidadania multifacetadas e multipolarizadas, indicando a necessidade de alteração dos conceitos em virtude da globalização. Na visão dele, os conceitos de democracia e cidadania abandonaram o viés político e passaram a integrar outros setores do Estado, como por exemplo, o social e o jurisdicional. Defende que novas concepções de cidadania necessitam ser realizadas, com intuito de atribuir mais amplitude aos processos democráticos, sejam locais ou globais. A cidadania teve seu espectro de alcance ampliado e, ao alcançar o plano internacional, passou a ser cosmopolita.

A cidadania cosmopolita é, na visão de Vicente de Paulo Barreto⁹⁰, um tipo novo de vinculação do sujeito com o poder. Esse limite é estabelecido em uma nova ordem jurídica que ultrapassa o Estado Nacional. Em outras palavras, a cidadania cosmopolita é aquela que assegura direitos e liberdades a serem reconhecidas por diversas ordens jurídicas. Desse modo, a lei que passará a reger a cidadania terá vigência no plano internacional, integrando o contexto das relações sócio-econômico-culturais.

Barreto⁹¹ destaca ainda que os estados democráticos admitem uma responsabilidade muito maior no âmbito das relações externas, aumentando-se o compromisso político, porquanto a ideia de direitos humanos ultrapassa as fronteiras nacionais. A democracia, em virtude da globalização, de igual forma passa a ser cosmopolita, eis que possui características universais, com regime político baseado no respeito universal dos direitos humanos, na igualdade cívica, no estado de direito e na solidariedade.

Atinente ao ordenamento jurídico brasileiro, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 reza que os representantes do povo brasileiros instituíram um Estado Democrático e, em seu artigo 1º, preconiza que a República constitui-se em um Estado Democrático de Direito⁹², tendo como fundamentos a soberania, a

⁸⁹ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B.. **Ciência política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 55-70.

⁹⁰ BARRETTO, V. P. Para além dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, R. B. (Coord.) **Direitos fundamentais e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 39-48.

⁹¹ Ibid., loc. cit.

⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo jurídico.

Promulgada a carta magna vigente, após um longo período em que o processo democrático foi totalmente ignorado, surgiu uma nova era, que Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos⁹³ apontam como o marco-zero, um novo recomeço para a sociedade brasileira, uma vez que a nova lei maior veio repleta de rupturas no que tange aos valores fundamentais do Estado.

Os objetivos fundamentais esculpidos no artigo 3º da Constituição brasileira estão distantes de serem atingidos. Ainda estamos distantes de conseguir erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais. A sociedade brasileira passa ao largo do senso de justiça e solidariedade. Neves⁹⁴ analisa que o país se enquadra num caso de modernidade periférica, em que ainda não se alcançou a universalização da cidadania, o que embaraça o desenvolvimento pleno da democracia no Estado. Segundo ele: os procedimentos constitucionais são o tempo todo descumpridos; exclusões sociais e a utilização de privilégios são cada vez mais frequentes, o que prejudica a comunicação e o consenso, pois, na verdade, não existe igualdade entre os cidadãos; os direitos humanos não são plenamente satisfeitos; há imposição de deveres aos cidadãos menos favorecidos, mas lhes são negados os direitos mínimos para uma vida digna, fenômeno por ele denominado de “subintegração”. Na contramão desse raciocínio, os mais privilegiados possuem muitos direitos e se esquivam de seus deveres, pois possuem subterfúgios concedidos pelo Estado, fenômeno denominado de “sobreintegração”.

A concretização da lei resta prejudicada, pois, segundo Neves⁹⁵, há no Brasil um “fetichismo legal socialmente irresponsável”, que atua como um mecanismo de discriminação social. Bons exemplos disso é o brocardo popular de que “só o pobre vai para a cadeia”, e ainda o conformidade social quando a mídia noticia que várias pessoas foram assassinadas numa favela, em decorrência da suposição (i)moral de que na favela só existem bandidos. O autor ressalta ainda a insuficiência na efetivação normativo-jurídica do texto constitucional, tendo em vista que não se

⁹³ BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, V. A. (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁹⁴ NEVES, op. cit., p. 244-246.

⁹⁵ Ibid., loc. cit.

materializa o ajuste entre política e direito. Para resolver tal problema, é necessária a proliferação dos ideais de cidadania e o fim da cultura da ilegalidade.

Na obra *Cidadania no Brasil*, José Murilo de Carvalho⁹⁶ aduz que a ausência de garantia dos direitos civis no Brasil é causada pela carência de segurança, de garantias à integridade física e pela dificuldade do acesso à justiça. Hoje ainda sente-se muita falta de um sistema de proteção ajustada aos cidadãos. Para o mencionado autor, na prática, os cidadãos podem ser divididos em categorias: na primeira estão as pessoas com prestígio social e certo poder econômico, que se julgam acima da lei; na segunda, mais numerosa, estão os cidadãos simples, com baixa ou nenhuma escolaridade, os quais às vezes sequer conhecem seus direitos; por últimos estão os cidadãos de terceira classe, que são os marginalizados e tem seus direitos civis cotidianamente desrespeitados. Para esse último grupo, a lei penal é a única que é de fato aplicada.

Por Streck⁹⁷ é evidenciado o fato de que no Brasil não existiu o Estado Social, pois, no lugar desse, existe um Estado que consagrou as elites, o que acarretou no surgimento de um grande déficit social. Desta forma, existe um imenso trabalho a ser feito a fim se recuperar o tempo perdido, fechar as lacunas e revitalizar o exercício de direitos quase esquecidos.

Diante da constatação de vários espaços abertos relacionados ao pleno exercício da cidadania e, de consequência, dos direitos fundamentais dos indivíduos, Bittar⁹⁸ ressalta a importância de experiências alternativas no âmbito da justiça, afirmando ser essa a forma para se moldar uma nova ideia de cidadania, com espaço para participação na gestão dos conflitos, originando práticas jurídicas e políticas que consigam completar as carências hoje existentes.

A Justiça Restaurativa hoje se mostra uma alternativa possível, pois, ainda que se trate de um tema por muitos considerado duvidoso, que gera incertezas e envolve uma série de (pré)conceitos, em especial numa sociedade jurídica marcada pelo paradigma de justiça penal retributiva, já foram evidenciadas várias práticas com experiências e resultados exitosos em todo o mundo.

⁹⁶ CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 22-31.

⁹⁷ STRECK; MORAIS op. cit., loc. cit.

⁹⁸BITTAR, op. cit. P. 17-25.

3.3 Delimitando um conceito

Nas últimas duas décadas, a justiça restaurativa tem sido um tema amplamente discutido em debates internacionais, tendo ganhado espaço significativo no âmbito do Direito Internacional. Em 20 de abril de 2000, foi aconselhada como forma alternativa para solução de conflitos sociais na Declaração de Viena. Após, em 12 de agosto de 2002, teve seus princípios basilares e programas de integração em matéria penal preconizados pela Comissão de Prevenção de Delitos e Justiça Penal da Organização das Nações Unidas (ONU). A ONU passou a aquiescer a Justiça Restaurativa como um complemento aos mecanismos de justiça criminal⁹⁹.

Sobre a terminologia do modelo de justiça, Pinto¹⁰⁰ elucida que a expressão *justiça restaurativa* prevaleceu assim quando traduzida para o português, muito embora a expressão original *restorative justice* utilizada em países de língua inglesa, admita outras compreensões em termos da essência dos mecanismos, como: justiça comunitária, justiça positiva, justiça relacional e justiça reparadora. O autor entende que, talvez, a tradução mais indicada para o português fosse *justiça restauradora*.

Para o autor supramencionado¹⁰¹ a justiça restaurativa é aquela que tem como base um procedimento consensual, onde a vítima, o infrator e terceiros afetados pelo crime, participam de forma ativa e coletiva na confecção de uma solução para curar as feridas e traumas causados pelo crime. Ressalta que a justiça restaurativa não deve ser vista como uma forma de mera reparação ou de submissão do infrator a constrangimentos, mas sim deve contribuir para a vida e paz social, focando na segurança para a vítima.

Zehr¹⁰², um dos primeiros autores a defender teses acerca da justiça restaurativa no mundo, traçou a seguinte definição:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações

⁹⁹ VITTO, R. C. P. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org). **Justiça Restaurativa**. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005, p. 41-49.

¹⁰⁰ PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org). **Justiça Restaurativa**. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-35.

¹⁰¹ Ibid., loc. cit.

¹⁰² ZEHR, op. cit., p. 49.

decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Para Vitto¹⁰³:

A Justiça Restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento. Assim, e desde que seja adequadamente monitorada essa intervenção, o modelo traduz possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construídos

Jaccoud¹⁰⁴ destacando os vários modelos e propostas de justiça restaurativa, a define como:

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito, de um procedimento com o envolvimento de todos, em busca de solidariedade e inclusão¹⁴⁶. Essa nova abordagem necessita do despertar do senso de responsabilidade dos indivíduos, com o objetivo de restaurar traumas e lesões. O procedimento não parte de julgamento e punição, mas do diálogo.

Segundo Melo¹⁰⁵, a Justiça Restaurativa prega um modelo que contrasta radicalmente com o modelo retributivo, por que

ela expressa outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva.

Scuro Neto¹⁰⁶, pioneiro em justiça restaurativa no Brasil, por sua vez, apresenta uma definição que vale a pena registrar, para ele:

Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima,

¹⁰³ VITTO, op. cit, p. 48.

¹⁰⁴ JACCOUD, op. cit, p. 169.

¹⁰⁵ MELO, op. cit., p. 60.

¹⁰⁶ SCURO NETO, P. **Por uma justiça restaurativa “real e possível”**. In: Seminário internacional de “Justiça Restaurativa - um caminho para os direitos humanos?”. Porto Alegre: ACJB, 2004, p. 13. Disponível em: <http://www.nest.org.br/colab.pedro.scuro.neto/por.uma.justica.restaurativa.real.e.possivel.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2014.

infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo, sendo papel do poder público é preservar a ordem social, assim como à comunidade cabe a construção e manutenção de uma ordem social justa.

Ante as definições acima, vemos que esse modelo de justiça não considera o crime como eixo central do direito penal, pois o seu objetivo específico reside na efetiva solução do conflito, com foco nos deveres e obrigações do agente, não perdendo de vista a reparação de danos aos envolvidos, já que há um interesse coletivo na solução das controvérsias. Baraldi¹⁰⁷ arremata dizendo que nesse paradigma “considera-se o delito como ato contra as pessoas ou contra a comunidade e não contra o Estado”.

Os ideais da Justiça restaurativa, hoje com alcance global, em virtude de ter sido preconizada pela ONU em 2006, decorrem de princípios básicos, adiante resumidos:

a) programa restaurativo – todo e qualquer programa que se utiliza dos mecanismos de justiça restaurativa para alcançar resultados restaurativos;

b) processo restaurativo – ocorre a efetiva participação coletiva da vítima, infrator e sempre que necessários, de outras pessoas e membros da comunidade, buscando resolver os problemas causados pela conduta delituosa, geralmente com a intermediação de um facilitador. Em linhas gerais o processo restaurativo engloba a mediação, conciliação, audiência e círculos de sentença.

c) resultado restaurativo - acordo firmado num processo restaurativo, no qual deve estar inseridas cláusulas de responsabilidades e programas voltados à restituição de valores, reparação de danos, prestação de serviços à comunidade, tudo com fito na redução dos danos ocasionados pelo delito¹⁰⁸.

Para se conceber na prática o que esse modelo de justiça propõe, faz-se necessário considerarmos o raciocínio de que o delito cometido já ocorreu e está no passado, para então enxergarmos que é preciso perseguir soluções que visem a diminuição dos danos causados, sobretudo os suportados pela vítima. É que

¹⁰⁷ BARALDI, op. cit., p. 81.

¹⁰⁸ ZEHR, op. cit., p. 58-59.

diferentemente do modelo retributivo, a justiça restaurativa preceitua ser possível a solução dos conflitos sociais de forma integradora, participativa, interpessoal e democrática.

3.4 Principais diferenças entre os modelos de justiça

O objetivo desta seção consiste em apresentar, de forma objetiva, as principais diferenças existentes entre os dois modelos de justiça apresentados, como forma de elucidar a compreensão do leitor, e ainda para melhor solidificar o assunto.

A primeira diferença que marca os modelos de justiça, é que na justiça retributiva o conceito de crime é estritamente técnico-jurídico, e a violação da lei penal é considerada sempre contra o Estado, o que faz surgir o monopólio estatal da justiça criminal – *ius puniende*. O rito procedimental é amplamente formal e de natureza pública, tendo a ação penal, via de regra, atributo de indisponibilidade, o processo é contencioso, respeita o contraditório e é caracterizado por apresentar linguagem e atos formais. O desenvolvimento das atividades está centralizado nas autoridades e agentes jurídicos (protagonismo procedimental), com a vítima e o ofensor desempenhando papel de menor relevo no contexto (coadjuvantes).

Já na justiça restaurativa a solução do conflito é considerada entre todos os indivíduos envolvidos, a responsabilidade não é apenas individual, mas também social. A vítima, o agressor e a sociedade protagonizam o processo restaurativo, sem hierarquização, afinal, todos objetivam alcançar uma solução ideal ao problema. O procedimento é marcado pelo diálogo, tendo como finalidades estruturantes: solucionar conflitos, distribuir responsabilidades e reparar danos.

Pode-se afirmar que o objetivo é a pacificação social e, por isso, pode ser aplicada a todos os tipos de situações conflituosas: na família, na escola, na vizinhança, nas relações de trabalho, enfim, nas comunidades em geral, inclusive nos sistemas de justiça.

Importante marca é que a justiça restaurativa traz para o conflito a participação ativa da sociedade por intermédio da família, igreja, comunidade ou sociedades civis que lidam direta ou indiretamente com o objeto da situação conflituosa. Assim, faz surgir uma integração entre a sociedade e o Direito Penal,

dando espaço a um modelo democrático de solucionar conflitos, característica que não se verifica no modelo clássico da justiça criminal retributiva.

No modelo retributivo, conforme já consignado, se persegue uma punição pela prática de um ato que afronta a norma penal. A responsabilidade é do indivíduo infrator, o controle é do sistema penal, os protagonistas são o indivíduo e o Estado, o procedimento é instaurado com adversariedade e a finalidade é provar a ocorrência do crime, identificar o culpado e aplicar castigos, com vistas à “ressocialização” – em tese - do indivíduo.

Desse modo, o até aqui exposto nos permite conceber que as diferenças entre o modelo de justiça retributiva e justiça restaurativa são, de fato, bastante consideráveis, mormente sob o ponto de vista do enfrentamento dos delitos em abstrato e as conseqüências jurídicas correlatas.

Assim, é sugestivo que a justiça restaurativa seja provida de uma boa aptidão para a prevenção da reincidência e na melhor reparação dos danos causados, em especial pela real possibilidade de envolvimento de todos os indivíduos em prol da solução mais adequada ao crime cometido, alcançado em participação com a sociedade.

A justiça restaurativa se afigura sim como um novo modelo na resolução dos conflitos penais, com características mais humanizadas no tratamento do indivíduo, uma vez que seus objetivos basilares residem em reparar erros pensando no futuro, restabelecer relações, especialmente entre o agressor, a vítima e a comunidade, objetivando ainda prevenir a recorrência delituosa.

Podemos ainda convir que a justiça restaurativa insere uma mudança de ótica do sistema de punir atual, já que está posta a introduzir uma nova forma de compreensão dos delitos praticados, bem como de uma nova forma de tratar e relacionar o ofensor, a vítima e a comunidade que agrega os dois primeiros. Importante ponderar que a restauração de que tanto se fala é entendida em sentido amplo, e não apenas de cunho hipotético-simbólico, pois, malgrado a justiça restaurativa também vise à desconstrução do conflito, seus maiores objetivos são: a reparação, a restauração e a pacificação social.

Nesse ponto, como forma de melhor elucidar a compreensão do leitor acerca das principais diferenças existentes entre os modelos retributivo e restaurativo de justiça, entendemos de grande valia expor abaixo quadros comparativos dos dois

modelos de justiça. O primeiro quadro foi extraído da obra de Baraldi¹⁰⁹, conforme segue:

Quadro 1 – Visão sobre o crime e os sujeitos envolvidos - valores

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Crime: noção abstrata, infração à lei, ato contra o Estado. Ato de responsabilidade exclusivamente individual	Crime: ato contra pessoas e comunidade. Ato de responsabilidade dimensionada individual e socialmente
Controle: Justiça Penal	Controle: Justiça criminal participativa
Compromisso do infrator: saldar a dívida, cumprindo pena ou pagando multa	Compromisso do infrator: assumir as responsabilidades e fazer algo para reparar o dano
Pena eficaz: ameaça de castigo coíbe a criminalidade e altera as condutas. Estigmatização	O castigo apenas não muda as condutas e até prejudica a harmonia da comunidade e dos relacionamentos entre as pessoas
Vítima na periferia do processo legal	Vítima é um elemento central para o encaminhamento do processo e a solução dos crimes
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Preocupação: estabelecer culpa por eventos passados (fez ou não fez?)	Preocupação: resolver o problema – deveres e obrigações futuras (o que precisa ser feito?)
Ênfase em antagonismos. Impor sofrimento para punir e coibir	Ênfase no diálogo e na redução de danos
População: representada pelo Estado	População viabiliza o processo restaurativo

Em sua obra, Pinto¹¹⁰, de forma ainda mais detalhada, apresenta quadros bastante clareadores acerca das diferenças entre os modelos de justiça, traçando uma comparação acerca dos procedimentos, resultados, efeitos para a vítima e efeitos para o infrator, conforme segue:

Quadro 2 – Análise do procedimento

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Ritual solene e público	Comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da ação penal	Princípio da oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos - garantias	Procedimento informal com confidencialidade
Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do direito	Atores principais – vítimas, infratores, pessoas da Comunidade, ONGs
Processo decisório a cargo de autoridades (policial, delegado, promotor, juiz e profissionais do direito –	Processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – multidimensionalidade

¹⁰⁹ BARALDI, op. cit., p. 72.

¹¹⁰ PINTO, op.cit., p. 24-27.

Unidimensionalidade	Justiça participativa
---------------------	-----------------------

Quadro 3 – Análise dos resultados esperados

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção geral e especial - foco no infrator para intimidar e punir	Abordagem do crime e suas consequências – Foco nas relações entre as partes, para restaurar
Penalização - Penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa estigmatização e discriminação	Pedido de desculpas, reparação, restituição, prestação de serviços comunitários reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais
Tutela penal de bens e interesses, com a punição do infrator e proteção da sociedade	Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias	Procedimento informal com confidencialidade
Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno - ou – penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Reintegração do infrator e da vítima como metas prioritárias
Paz social com tensão	Paz social com dignidade

Quadro 4 – Comparativo dos efeitos para a vítima

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa	Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa
Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado	Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação
Frustração e ressentimento com o sistema punitivo	Supre-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade

Quadro 5 – Comparativo dos efeitos para o infrator

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infrator considerado em sua falta e sua má formação	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito
Raramente tem participação	Participa ativa e diretamente
Comunica-se com o sistema pelo advogado	Interage com a vítima e com a Comunidade
É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima	Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima
É desinformado e alienado sobre os fatos processuais	É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato	É inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade
Fica afastado	Fica acessível e se vê envolvido no processo
Não tem suas necessidades consideradas	Suprem-se suas necessidades

Ante os quadros esquematizados acima, podemos perceber que o modelo moderno de justiça restaurativa se afasta do modelo tradicional em diversos pontos, com destaque à visão integrativa dos valores de justiça, com foco na redução dos danos sofridos pela vítima e sociedade como um todo.

4 ALARGANDO A COMPREENSÃO DAS DROGAS E SEUS EFEITOS

Num primeiro momento, consignamos que a intenção do presente capítulo é apresentar e agregar conhecimentos que os operadores do Direito, em regra, não possuem sobre as substâncias psicoativas e seus efeitos no organismo. Daí porque, às vezes, se torna tão difícil entender o usuário como uma pessoa vulnerável e que necessitada de instrumentos de jurisdição mais eficientes no seu tratamento. Em outras palavras, acreditamos que trazer questões de outras áreas, desconhecidas para a maior parte dos operadores do Direito (agrega valor à pesquisa e por isso merece destaque) é especialmente relevante quando o que se busca é ter uma visão holística do problema, para viabilizar a dispensação de um tratamento jurídico e social mais humanitário.

Não é de hoje que os homens tentam mudar o humor, a forma de perceber a realidade e as sensações, com a utilização de substâncias psicoativas, desde os primórdios que essa prática existe. Os povos antigos extraíam as substâncias diretamente da natureza, e utilizavam-nas em festas comemorativas e especialmente em rituais religiosos.

Para Gil e Ferreira¹¹¹ os métodos de industrialização, a farmacologia e o isolamento de princípios ativos das substâncias extraídas da natureza ampliaram a disponibilidade e comércio das drogas. Neste parâmetro, o uso de drogas passou a ser utilizado pelos indivíduos para funções outras, dentre as quais se destacam a busca de prazer individual, o bem-estar físico e o alívio para sofrimentos emocionais.

Nesta gradação, plausível é que o fenômeno das drogas, no século XXI, configura um dos grandes desafios a ser enfrentado pelas nações de todo o mundo. Trata-se de um problema macro-social, que correlaciona diversos fatores: individuais, familiares, sócio-econômicos e civilizacionais. É cediço que uso abusivo de drogas acarreta consequências incalculáveis na saúde do usuário, nas relações familiares e sociais; bem como na estabilidade, desenvolvimento e segurança da sociedade como um todo¹¹².

¹¹¹ GIL, G.; FERREIRA, J. A cultura, o Estado e os diversos usos das “drogas”. In: LABATE, B. C. et al. (Org.). **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2012, p. 51.

¹¹² RODRIGUES, T. Tráfico, guerra e proibição. In: LABATE, B. C. et al. (Org.). **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2013, p. 88.

Conforme se depreende das lições de Duarte e Dalbosco¹¹³, o mundo globalizado é algo que, direta ou indiretamente, pode promover e facilitar a proliferação do tráfico de drogas, bem como do alargamento do crime organizado, da lavagem de dinheiro, ou seja, de um complexo de fatores que contribuem para o crescimento no consumo de drogas nas mais variadas comunidades internacionais. Em razão disso, a problemática das drogas extrapola toda e qualquer barreira geográfica, econômica e cultural, apresentando-se atualmente como um fenômeno global de degradação humana.

Rodrigues¹¹⁴ suscita que ante as indesejáveis implicações do problema, uma considerável parcela da comunidade internacional têm associado o fenômeno das drogas a grupos terroristas, nascendo assim a necessidade global de reforço das leis internas, bem como das de direito internacional, com o escopo de se instituir normas que dificultem a comercialização de substâncias drogadíceas, na tentativa de controlar a vazão do fenômeno. Ocorre que a problemática está alicerçada em um mercado negro de compra e venda de drogas, que a bem da verdade representa uma fonte bastante lucrativa e propícia a fomentar outras organizações que ameaçam a paz social, como por exemplo, o contrabando de armas e o tráfico de pessoas.

Importante destacar ainda os infortúnios gerados na órbita da saúde pública, pois com o crescente uso abusivo de drogas, nos últimos anos tem crescido consideravelmente o número de pessoas portadoras de doenças infecto-contagiosas transmitidas pelo uso grupal de seringas para aplicação de drogas injetáveis, como por exemplo, do vírus HIV/AIDS¹¹⁵.

Rodrigues¹¹⁶ enfatiza que o fenômeno das drogas, na verdade é:

um antigo problema dentro de um contexto novo, vez que há muito tempo os países vem enfrentando dificuldades para controlar a produção, comércio e principalmente para conseguir reduzir a número de usuários/dependentes de drogas.

¹¹³ DUARTE, P. C. A. V.; DALBOSCO, C. A política e a legislação brasileira sobre drogas. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011, p. 15-31.

¹¹⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 90.

¹¹⁵ NICASTRI, S. Drogas: classificação e efeitos no organismo. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011, p. 61-85.

¹¹⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 102.

Na esfera jurídica, a onda de violência e marginalidade trazida pelo tráfico de drogas faz aumentar a cada dia os problemas sociais e jurídicos que tenham algum tipo de correlação com o problema. Bacellar e Almeida Neto¹¹⁷ chamam a atenção ao grande aumento no número de ocorrências policiais e demandas judiciais, especialmente na esfera dos juizados especiais criminais, envolvendo usuários e dependentes de substâncias psicoativas.

Desse modo, percebemos que o problema de drogas tem crescido demasiadamente, estando em toda parte, alcançando todas as classes sociais, de modo que a busca pela solução dos conflitos sociais gerados requer uma visão mais abrangente acerca do fenômeno.

4.1 Classificação das drogas

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define o termo “droga” como “toda e qualquer substância que, não sendo produzida pelo organismo, tenha a capacidade de atuar sobre um ou mais de seus sistemas, acarretando alterações no funcionamento”.

Segundo Nicastrí¹¹⁸, as drogas podem receber classificações diversas a depender do enfoque sob o qual são analisadas, e classificam-se em:

Quanto ao modo de produção:

a) Naturais - aquelas extraídas diretamente de plantas. Exemplo: tabaco, cannabis, ópio;

b) Semi-sintéticas – aquelas produzidas mediante a modificação das matéria prima extraída de plantas. Exemplo: heroína, cocaína, crack;

c) Sintéticas - aquelas produzidas através de artefatos/compostos ativos produzidos em laboratório, que não são encontrados na natureza. Exemplo: queratina, anfetamina, anabolizantes.

Quanto aos efeitos que causam no sistema nervoso central (SNC), recebem a seguinte classificação: depressoras, estimulantes e perturbadoras da atividade mental.

¹¹⁷ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., loc. cit.

¹¹⁸ NICASTRI, op. cit., p. 61-62.

a) Depressoras – reduzem o desempenho da atividade motora, fazendo com que o indivíduo reaja mais lentamente aos estímulos nervosos – reações sonolentas. Exemplos: calmantes, antidepressivos, o ópio e a morfina.

b) Estimulantes - drogas que acentuam a atividade dos sistemas neuronais, colocando o indivíduo num excessivo estado de alerta, hiperatividade, insônia e de rapidez nos processos mentais. Exemplos: cocaína e seus derivados (crack/merla).

c) Perturbadoras – substâncias com efeitos alucinógenos, cuja principal característica é provocar a alteração no funcionamento do cérebro, fazendo com que o indivíduo tenha alucinações e/ou delírios. Exemplos: LSD (sintetizadas a partir do ácido lisérgico), maconha, haxixe, cola de sapateiro.

É comum as pessoas confundirem os quadros clínicos de alucinação e delírio, todavia, estes possuem especificidades e implicações diversas. Pela clareza da diferenciação dada, lançamos as lições de Nicastrí¹¹⁹:

Pode-se definir alucinação como uma percepção sem objeto, ou seja, a pessoa vê, ouve ou sente algo que realmente não existe. Delírio, por sua vez, pode ser definido como um falso juízo da realidade, ou seja, o indivíduo passa a atribuir significados anormais aos eventos que ocorrem a sua volta. Há uma realidade, um fator qualquer, mas a pessoa delirante não é capaz de fazer avaliações corretas a seu respeito; por exemplo, no caso do delírio persecutório, nota em toda parte, indícios claros, embora irrealis, de que está sendo perseguida. Esse tipo de fenômeno se manifesta de modo espontâneo em doenças mentais denominadas psicoses, razão pela qual essas drogas também são chamadas psicotomiméticos.

Sob a ótica da legalidade, classificam-se em lícitas e ilícitas.

a) Lícitas - são as que a lei não proíbe a comercialização, todavia é possível a intervenção estatal em alguns casos específicos, como por exemplo a proibição da venda de bebidas alcoólicas a menores de 18 anos e a restrição de venda de alguns medicamentos somente se devidamente receitados por médico.

b) Ilícitas - de modo geral são aquelas que a lei expressamente proíbe a produção, o comércio e o consumo. Exemplos: maconha, ecstasy, LSD, cocaína, heroína e crack¹²⁰.

Consigne-se que para o objetivo do presente trabalho, importa-nos estudar somente as drogas ilícitas; porquanto nosso estudo se limitará em apresentar as

¹¹⁹ Ibid., p. 64.

¹²⁰ NICASTRI, op. cit., loc. cit.

drogas que mais se destacam no cenário fenomenológico, notadamente sobre os fatores de quantidade de usuários e dependentes e dos efeitos mais agressivos que acarretam.

4.2 As principais drogas ilícitas e seus efeitos no organismo

Nesta seção apresentaremos as substâncias psicoativas que se destacam no cenário das drogas ilícitas.

4.2.1 Maconha

Nome popular pelo qual ficou conhecida no Brasil a droga derivada da planta *Cannabis sativa*. A maconha, via de regra, é utilizada na forma de fumo, das folhas e flores secas da planta, mas também pode ser mascada ou ingerida sob a forma de chás. Há ainda o haxixe, que é o exsudato resinoso seco, extraído das flores e inflorescências da planta por métodos de maceração. O haxixe possui uma maior concentração de THC (tetraidrocana-binol) que a maconha, por isso seus efeitos psicoaticos são mais fortes e duradouros¹²¹.

Gil e Ferreira¹²² destacam que a quantidade de THC nas plantas, pode variar de acordo com as condições climáticas, do solo e do tempo havido entre a colheita e a utilização do produto. Também que os efeitos da droga variam de acordo com cada organismo, podendo apresentar-se mais ou menos intensos de pessoa para pessoa. Em relação aos efeitos psíquicos, a forma inicial mais comum é a sensação de bem-estar, seguida de relaxamento, atenuação da fadiga e aumento de hilaridade; em outros casos, surgem sensações de angústia, atordoamento, ansiedade, tremores e sudoreses.

Dependendo do tamanho das doses ministradas e da sensibilidade do organismo ao princípio ativo, é possível a acentuação das perturbações psíquicas – com delírios e alucinações. Pode ocorrer o agravamento dos efeitos, alcançando a fase crônica da dependência, que geralmente se dá pelo uso prolongado de grandes

¹²¹ Ibid., loc. cit.

¹²² GIL; FERREIRA, op. cit., p. 77.

doses da droga, pode prejudicar a capacidade de raciocínio, aprendizagem, atenção e memória¹²³.

Em relação aos efeitos visíveis, um dos efeitos imediatos é o surgimento de hiperemia conjuntival (vermelhidão nos olhos), sensação de secura na boca (produção reduzida de saliva) e taquicardia. Podem surgir ainda efeitos mais desagradáveis como problemas respiratórios, em decorrência do alto teor de alcatrão/benzopireno – agente cancerígeno; além da diminuição de até 60% na produção hormonal de testosterona, o que pode causar a infertilidade¹²⁴.

4.2.2 Dietilamida do ácido lisérgico (LSD)

O LSD é uma da substância artificialmente sintetizada a partir da cravagem do fungo do centeio (*Claviceps purpurea*), que produz efeitos alucinógenos, sendo umas das drogas com maior potencial psicotrópico¹²⁵. Por se tratar de uma droga eminentemente alucinógena, os efeitos dependem muito da sensibilidade do usuário, do ambiente em que ocorre o uso, e ainda do estado de espírito do sujeito, fatores que interferem na intensidade das alucinações sofridas.

Conforme leciona Nicastri¹²⁶, dentre os variados efeitos que o uso agudo ou crônico pode provocar, destacam-se os seguintes: distorções na forma de perceber realidade (alterações das cores, formas e formatos); fusão dos sentidos (como por exemplo cor aos sons); confusão de tempo e espaço (um minuto parece demorar muito a passar ou a caminhada por um quarteirão parecer infinita); alucinações visuais e auditivas; exaltação dos momentos que são narrados como “viagens” do bem ou do mal. Efeitos outros podem ainda ocorrer, já tendo sido constatado casos de pessoas que experimentaram sensações de intensa ansiedade e depressão, e com o uso prolongado quadros psicóticos.

Dentre os principais efeitos físicos que podem ser observados destacam-se: pulso acelerado; pupilas dilatadas e convulsões.

Calha registrar a informação de que nenhuma forma de uso clínico de alucinógenos primários é reconhecida pelo Ministério da Saúde no Brasil, e por essa

¹²³ NICASTRI, op. cit., loc. cit.

¹²⁴ Ibid., loc. cit.

¹²⁵ Ibid., loc. cit.

¹²⁶ Ibid., loc. cit.

razão é terminantemente proibida a produção e comércio dessas substâncias em território nacional.

4.2.3 Ecstasy

Trata-se de uma droga artificialmente sintetizada, produzidas clandestinamente em laboratórios, que possui propriedades estimulantes e alucinógenas¹²⁷.

A droga é comercializada no mercado negro sob a forma de comprimidos e cápsulas, que são ingeridas pelos usuários, via de regra, pela via oral, mas também há aqueles que realizam um processo de maceração para aspirar a droga. Logo após ser ingerida, a droga distribui-se por todo o organismo, alcançando rapidamente o sistema nervoso central (SNC), o que causa uma sensação de agitação (a pessoa sente-se elétrica), inclusive acentuando o desejo sexual e alterando a percepção da realidade (efeitos alucinógenos)¹²⁸.

Outros efeitos mais negativos da droga são a hipertermia maligna (aumento excessivo da temperatura corporal), que pode levar à morte, e quadros específicos de intoxicação que afetam os neurônios produtores de serotonina.

4.2.4 Cocaína

É uma substância extraída da planta *Erythroxylon coca*, que é nativa dos países latino-americanos e comumente conhecida como coca. O consumo da droga pode se dar por várias formas: fumada, aspirada, ingerida, injetada na corrente sanguínea ou administrada diretamente nas regiões mucosas do corpo (reto ou vagina). Existe ainda as variações da droga sob a forma de “crack” ou pasta de coca “merla”, que podem ser fumados ou aspirados. A variação “crack” será abordada especificamente na próxima subseção¹²⁹.

A cocaína tem ação direta e rápida no sistema nervoso central, estimulando a aceleração do raciocínio, o que deixa o usuário em constante estado de alerta. Os efeitos da droga perduram por cerca de trinta minutos, quando aspirada, e quase por

¹²⁷ Ibid., 64-65.

¹²⁸ Ibid., loc. cit.

¹²⁹ Ibid., p. 69.

dez minutos quando fumada ou injetada. A velocidade com que os efeitos vem e vão, geralmente, fazem com que os usuários fiquem fissurados nas sensações obtidas, ou seja, com vontade constante de repetir e aumentar a dose no intuito de que os efeitos se prolonguem, gerando a dependência¹³⁰.

Em conformidade com as lições de Gil e Ferreira¹³¹, dentre os principais efeitos que o uso da droga provoca no organismo, podemos destacar as seguintes: estado de excitação; insônia; sensação de intensa euforia e sentimento de grandeza; hiperatividade; inibição do apetite; perda da sensação de cansaço.

Em se tratando da cocaína e suas derivações, é quase uma constante que os usuários tendam sempre a aumentar as doses, o que faz desencadear efeitos mais agressivos como irritabilidade, posicionamento agressivo, delírios e alucinações, o que caracteriza um estado de psicose cocaínica. Neste estágio, o drogadito pode apresentar ainda aumento da temperatura corporal e convulsões que, se duradouras, podem ocasionar a morte (*over dose*)¹³².

4.2.5 Crack

O crack é uma forma derivada de cocaína, podendo ser considerada uma forma impura da substância originária, produzida a partir de uma mistura da pasta de cocaína com bicarbonato de sódio. O nome atribuído à droga advém do verbo inglês *to crack*, cujo significado é quebrar, pois quando a pedra é queimada produz pequenos estalidos, como se quebrasse cristais¹³³.

Segundo Nicastrí¹³⁴, a forma mais usual de administração do crack pelos usuários é a forma fumada, e nesse modo uma grande quantidade de moléculas de cocaína chega ao cérebro em questão de segundos, menos de dez, o que ocasiona um efeito explosivo de uma sensação intensa de prazer e relaxamento.

Ocorre que na mesma rapidez com que a sensação de prazer surge, ela também termina rapidamente, interrompendo o bem-estar, e logo em seguida surge uma imensa sensação de desprazer, o que ocasiona uma vontade incontável de se reutilizar o crack.

¹³⁰ Ibid., loc. cit.

¹³¹ GIL; FERREIRA, op. cit, p. 81.

¹³² NICASTRI, op. cit., p. 72.

¹³³ Ibid., p. 145.

¹³⁴ Ibid., loc. cit.

Tendo em vista ser muito mais barato que a cocaína em pó, o consumo de crack se verifica em maior número nas camadas mais pobres da sociedade, que em regra não conseguem custear o pó de cocaína. Entretanto, também é bastante consumido nas classes média e alta, em virtude da intensidade das sensações de prazer que proporciona¹³⁵. Nas palavras de Nicastri¹³⁶ “o crack é uma droga tão potente que com uma única utilização o usuário pode se tornar dependente”.

Os efeitos físicos da substância no organismo compreendem o aumento da pressão arterial, aceleração dos batimentos cardíacos, sudorese, agitação psicomotora, dilatação das pupilas, tremor muscular. Já no cérebro a droga provoca a sensação de euforia, indiferença à dor e cansaço, elevação da autoestima, sensação de alerta a estímulos auditivos, visuais e ao toque. Os usuários podem ainda sofrer de síndrome paranoide – ideias de perseguição. O crack pode ainda provocar complicações neurológicas nos usuários, dentre as quais destacam-se o acidente vascular cerebral, fortes dores de cabeça, tonteiras, inflamação ou atrofia dos vasos cerebrais e convulsões¹³⁷.

A dependência dessa droga é marcada pela diminuição da necessidade de comer e dormir, o que provoca o emagrecimento e debilidade física, inclusive com atrofia muscular e quadros de depressão. No início, o crack pode aumentar o desejo sexual, todavia, com a continuidade no uso, o interesse e desempenho sexual diminuem bastante, chegando, às vezes, a desaparecer por completo¹³⁸.

4.2.6 Heroína

Heroína ou diacetilmorfina é uma droga semi-sintética, produzida a partir do ópio, substância que é extraída do fruto de algumas espécies de plantas *papoilas* (papoula). O consumo da droga pode provocar dependência física e psíquica¹³⁹.

Rodrigues¹⁴⁰ ressalta que a heroína, no período de 1898 a 1910, foi utilizada como fármaco em países da Europa. Porém, devido à sua alta capacidade de tornar o usuário dependente, no início do século XX, foi proibida sua comercialização nos países do ocidente.

¹³⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 95.

¹³⁶ NICASTRI, op. cit., loc. cit.

¹³⁷ Ibid., loc. cit.

¹³⁸ Ibid., loc. cit.

¹³⁹ Ibid., p. 82.

¹⁴⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 98.

Quanto às formas de administração, a droga pode ser inalada, fumada ou injetada. Assim como ocorre com o crack, a forma mais rápida de ação da heroína é na forma fumada, pois a fumaça rapidamente chega ao cérebro, alterando o sistema nervoso central¹⁴¹.

Dentre os efeitos que a droga provoca no organismo, destacam-se a euforia – sensação de estar no paraíso -, nos primeiros minutos, aproximadamente de dez a quinze, que logo após é substituído pela disforia, que é marcado por uma desagradável sensação de ansiedade e mal-estar. Segue-se com sensações de perda de dores físicas e emocionais (analgesia), estado de sonolência, perda quase total do apetite sexual, contração da pupila, vômitos e náuseas. A droga, em estágio mais agravado, pode ainda provocar uma depressão no centro neuronal respiratório, o que pode levar a óbito o usuário – por overdose¹⁴².

4.3 Tolerância e abstinência: entendendo os efeitos

Todos os tipos de drogas até aqui apresentados produzem no usuário os efeitos da tolerância e abstinência.

A tolerância consiste na necessidade progressiva de quantidades maiores da droga para que seus efeitos sejam produzidos no usuário, ou seja, o organismo cria uma certa resistência aos efeitos da droga, de modo que, caso não seja administrada doses maiores, o usuário não se sentirá as sensações desejadas. Já a síndrome de abstinência consiste no aparecimento de sintomas desagradáveis no organismo quando este recebe doses menores da substância, ou a administração desta se abruptamente interrompida¹⁴³.

Nicastro¹⁴⁴ esclarece ainda que:

A tolerância é uma trilha à dependência, vez que a cada aumento das doses, ocorre uma acentuação dos níveis de intoxicação do organismo, que físico e psicologicamente passa a depender da substância para sentir-se confortável, estabilizado e capaz de reagir a estímulos normais. É como se a droga escravizasse o organismo, vinculando a sensação de funcionamento normal aos efeitos psicoativos que produz.

¹⁴¹ Ibid., p. 101-102.

¹⁴² NICASTRI, op. cit., p. 81-82.

¹⁴³ Ibid., p. 84-85.

¹⁴⁴ Ibid., loc. cit.

No caso do crack, por exemplo, os sintomas da abstinência surgem com muita rapidez, em cerca de cinco a dez minutos após a utilização, já começa a aparecer princípios de fadiga, prostração, depressão intensa, desgaste físico, ansiedade, irritabilidade e principalmente fissura pela droga¹⁴⁵.

Quando em crise de abstinência, o dependente torna-se capaz de praticar as mais variadas condutas para perseguir o vício. Geralmente inicia-se com furtos domésticos, seguidos de pequenos furtos externos, roubo, prostituição do próprio corpo, e tantas outras mais condutas que lhe possibilite alimentar a dependência¹⁴⁶.

Em outras palavras, o indivíduo dependente químico meio que perde os referenciais próprios, seus princípios, suas concepções de higiene, dignidade, cidadania e até mesmo orientação sexual. É como se houvesse uma consunção de todos esses valores pela necessidade desorientada da droga. Enfim, é como se o sujeito deixasse de ser capaz de autodeterminar suas vontades.

Nesta perspectiva, podemos perceber que os efeitos psíquicos provocados pelas drogas nos usuários/dependentes, os colocam em uma situação de vulnerabilidade social e jurídica, merecendo, portanto, usufruir de tratamento mais humanizado, tanto na esfera da saúde pública quanto por parte do Poder Judiciário.

Em seção específica será retomada essa discussão acerca da vulnerabilidade do usuário de drogas frente ao sistema de justiça criminal.

4.4 Usuário e dependente: existem diferenças?

Mesmo que aprioristicamente a intelecção dos termos pareça simplória, isso não afasta a importância de se estabelecer a diferença entre usuário e de pendente de drogas, especialmente sob o ponto de vista da sujeição psicoativa e da vulnerabilidade que acarreta ao usuário de drogas.

Avaliando de forma geral, a primeira diferenciação está no nível de subordinação à substância psicoativa, ou seja, se este pode determinar sua vontade em usar ou não a droga em determinado momento e quantidade. Enquanto o

¹⁴⁵ Ibid., loc. cit.

¹⁴⁶ Ibid., loc. cit.

usuário convencional possui autocontrole para fazer uso quando e quanto quiser, o dependente usa a droga como condição de estabilidade psíquico-orgânica¹⁴⁷.

Sobre o assunto, Flavio Augusto Fontes de Lima¹⁴⁸ leciona:

Pode-se considerar o uso como qualquer consumo de substâncias psicoativas. O usuário pode fazê-lo para experimentar, de modo esporádico ou episódico. O abuso ou uso nocivo é quando o consumo já acarreta algum tipo de prejuízo biológico, psicológico ou social. A dependência provoca problemas bem mais acentuados para o usuário que não consegue controlar o seu consumo. A dependência e o abuso das drogas podem ser psicológica e/ou física, essa última relacionada a transtornos metabólicos que necessitam de manejo adequado para evitar reações orgânicas de risco para a saúde, desencadeadas pela ausência do uso delas. É a chamada crise de abstinência.

Importante constatação é a feita por Rodrigues¹⁴⁹, na qual destaca “que todo dependente é também usuário de drogas; no entanto, a recíproca é falsa, uma vez que nem todo usuário vai obrigatoriamente evoluir à dependência química”.

A par disso, importante balizar que os usuários de drogas podem ser classificados como: experimentador; ocasional ou moderado; o abusivo e o dependente. O usuário experimentador é aquele que usa a droga uma ou mais vezes, por período curto de tempo, mas não continua consumindo. Ocasional ou moderado é aquele usuário que já possui certa inclinação para o consumo, forma de uso intermitente, no qual o indivíduo apresenta certo desejo de buscar a droga. O uso abusivo pode ser compreendido como uma forma de ministração da droga que potencializa o risco de consequências prejudiciais para o usuário. O dependente é aquele que não consegue controlar o consumo, e o uso passa a ser nocivo, com consequências sociais¹⁵⁰.

Nas lições de Rodrigues¹⁵¹, o dependente é aquele que vive pela droga, quase que exclusivamente em função dela, e em consequência disso, o drogadito rompe com seus vínculos sociais, acarretando seu isolamento num processo de marginalização do sujeito, seguida de decadência física e depressão moral.

¹⁴⁷ DUARTE, C. E.; MORIHISA, R. S. Experimentação, uso, abuso e dependência de drogas. In: ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. 2. ed. Brasília: SENAD, 2015, p. 145-179.

¹⁴⁸ LIMA, F. A. F. **Justiça terapêutica**: em busca de um novo paradigma. 2. ed. São Paulo: Scortecci, 2011, p. 48-49.

¹⁴⁹ RODRIGUES, op. cit., p. 45.

¹⁵⁰ Ibid., p. 46-47.

¹⁵¹ Ibid., loc. cit.

Por último, apontamos que segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID-10), o termo “uso nocivo” é aquele que resulta em dano físico ou mental, enquanto, no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), “abuso” engloba também consequências sociais ao usuário dependente¹⁵².

¹⁵² CID-10 – critérios para definição clínica de dependência química: três ou mais das seguintes manifestações ocorrendo conjuntamente por pelo menos um mês ou, se persistirem por períodos menores que um mês, devem ter ocorrido juntas de forma repetida em um período de doze meses: I - forte desejo ou compulsão para consumir a substância; II - comprometimento da capacidade de controlar o início, término ou níveis de uso, evidenciado pelo consumo frequente em quantidades ou períodos maiores que o planejado ou por desejo persistente ou esforços infrutíferos para reduzir ou controlar o uso; III - estado fisiológico de abstinência quando o uso é interrompido ou reduzido, como evidenciado pela síndrome de abstinência característica da substância ou pelo uso desta ou similar para aliviar ou evitar tais sintomas; IV - evidência de tolerância aos efeitos, necessitando de quantidades maiores para obter o efeito desejado ou estado de intoxicação ou a redução acentuada desses efeitos com o uso continuado da mesma quantidade; V - preocupação com o uso, manifestada pela redução ou abandono de atividades prazerosas ou de interesse significativo por causa do uso ou do tempo gasto em obtenção, consumo e recuperação dos efeitos; VI - uso persistente, a despeito de evidências claras de consequências nocivas, evidenciadas pelo uso continuado quando o sujeito está efetivamente consciente (ou espera-se que esteja) da natureza e extensão dos efeitos nocivos. (DUARTE, C. E.; MORIHISA, R. S. Experimentação, uso, abuso e dependência de drogas. In: ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. 2. ed. Brasília: SENAD, 2015, p. 154).

5 DROGAS E POLÍTICA CRIMINAL

5.1 Conceito de Política Criminal

O termo *política* admite uma grande variedade de sentidos. Em linhas gerais, pode ser conceituada como: arte ou ciência de governar, arte ou ciência da organização, direção e administração de nações ou Estados, aplicação desta arte aos negócios internos da nação (política interna) ou aos negócios externos (política externa), ciência política, orientação ou método político, série de medidas para obtenção de um fim¹⁵³.

Já a expressão *Política pública* é utilizada para indicar os "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"¹⁵⁴.

Decorrente das definições acima, temos que o Estado ordenará suas ações visando a consecução de seus objetivos político-sociais para, em conjunto com a sociedade, implementá-las de forma articulada.

Malgrado a definição das diretrizes e finalidades de uma política pública seja função do Estado - logicamente com a participação dos diversos atores sociais envolvidos no objetivo comum -, sua implementação requer o envolvimento de todos os setores interessados nos resultados, articulados numa rede que acompanhará todo o desenrolar da execução das tarefas, sendo possível aos envolvidos pretender e realizar adequações e ajustes, com vistas ao cumprimento das metas e êxito da proposta preestabelecida¹⁵⁵.

O reconhecimento dos direitos sociais no atual modelo constitucional impõe uma prestação positiva do Estado, e desse modo pode-se afirmar que as políticas públicas têm como objetivo - *lato senso* - dar concretude aos direitos e garantias fundamentais, podendo para tanto fazer uso de medidas com caráter intervencionista, sem se descuidar, contudo, de que essa ação intervencionista

¹⁵³ HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

¹⁵⁴ DIAS, R.; MATOS, F. C. **Políticas Públicas**. São Paulo, Atlas, 2012, p. 31-42.

¹⁵⁵ *Ibid.*, loc. cit.

também deve se subordinar à limitação imposta por esses mesmos direitos e garantias consagrados na Constituição¹⁵⁶.

Sabemos ser inúmeras as necessidades sociais que demandam intervenção estatal por meio da realização de políticas públicas efetivas, sendo a segurança pública e o controle da criminalidade os temas que talvez mais apareçam nos programas de governo. Inobstante isso, o diálogo crítico em torno de políticas públicas relativas a tais temas é algo quase sempre superficial, quando não inexistentes, esgotando-se, na maioria das vezes, na promoção de medidas repressivas¹⁵⁷.

Nessa linha de raciocínio, vemos que a bem da verdade ainda não avançamos o suficiente para conceber um programa amplo e consistente que articule a adoção de políticas sociais em conjunto com políticas criminais - *estricto senso*. Tanto as políticas sociais quanto as criminais, são espécies do gênero políticas públicas e necessitam ser inseridas num programa de governo, cada uma delas desempenhando um papel autônomo, contudo interligado. As primeiras têm por escopo promover uma melhor qualidade de vida à população em geral, efetivando os seus direitos constitucionais por meio de políticas de emprego, de capacitação profissional, de saúde e outras ações de promoção e tutela da dignidade humana. Já as medidas de natureza preventiva ou repressiva, implantadas com vistas à tutela da segurança pública e contenção da criminalidade, são opções de política criminal. Desenvolvem-se objetivamente nos fenômenos criminais, prevenindo os fatores etiológicos da criminalidade e tutelando os bens jurídicos sujeitos a lesão ou perigo concreto¹⁵⁸.

Assim, no atual contexto social em que vivemos, podemos perceber que há ainda um amplo conjunto de políticas públicas que devem ser efetivadas de forma sistemática, para que possamos atingir resultados exitosos atinentes aos fenômenos criminais contemporâneos.

No que tange à Política Criminal propriamente dita, em termos históricos, podemos situar sua origem com marco no Iluminismo, com referência à clássica obra *Dos delitos e das Penas*, de Beccaria. Não obstante, é inegável que foram os alemães os que melhor sistematizaram e conferiram cientificidade ao tema enquanto

¹⁵⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁷ CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143-150.

¹⁵⁸ DIAS, op. cit., loc. cit.

matéria de estudo, notadamente a partir dos estudos de Franz Von Liszt e seu Programa de Marburgo, ocasião em que se concebeu o seu modelo tripartido da *ciência conjunta do direito penal*¹⁵⁹.

Calha ponderar que o destaque conferido à Política Criminal na atualidade se deve, prioritariamente, às novas doutrinas alemãs, de concepção teleológico-funcionalista, com destaque para a concepção desenvolvida por Claus Roxin, a quem se atribui o mérito de ter conseguido entrelaçar sistematicamente a Dogmática Penal e a Política Criminal¹⁶⁰.

Pela obra de Roxin a função do sistema penal seria o exame dos elementos concretos para a resolução dos problemas jurídicos, pautando-se pelas diretrizes político-criminais da teoria dos fins da pena. O modelo tem sua base, portanto, nos parâmetros e finalidades de ordem político-criminais¹⁶¹.

Para o referido autor, a Política Criminal está em um peculiar ponto médio entre a ciência e a estrutura social, entre a teoria e prática. Por uma parte baseia-se como ciência nos conhecimentos objetivos do delito, em suas formas de manipulação empírica e jurídica; noutra banda, como política, pretende estabelecer ações que sejam aptas a desenvolver uma estratégia definitiva na luta contra o delito¹⁶².

Por todas essas análises, é seguro afirmar que a Política Criminal mantém a Dogmática Penal em permanente contato com a realidade, valendo-se, para tanto, dos aportes proporcionados pela Criminologia. Isso porque a Política Criminal "transforma a experiência criminológica em opções e estratégias a serem assumidas pelo legislador e pelos poderes públicos"¹⁶³.

Pode-se afirmar ainda que

é a política criminal que pertence competência para definir, tanto no plano do direito constituído, como do direito a constituir, os limites da punibilidade; como, por outro lado, que a dogmática jurídico-penal não pode evoluir sem atenção ao trabalho "prévio" de índole criminológica. Mas também este não pode evoluir sem uma mediação político-criminal que lance luz sobre as finalidades e os efeitos que se apontam à (e se esperam da) aplicação do direito penal¹⁶⁴.

¹⁵⁹ DIAS, J. F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24.

¹⁶⁰ CARVALHO, op. cit., loc. cit.

¹⁶¹ ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 203-206.

¹⁶² Ibid., loc. cit.

¹⁶³ MOLINA, A. G. P; GOMES, L. F. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 52.

¹⁶⁴ DIAS, op. cit., p. 49.

Destarte, a par de uma perspectiva conjunta das Ciências Criminais, a política criminal atua como o elo entre a dogmática penal e a realidade, pautada nos múltiplos subsídios apresentados pela criminologia, de modo que “política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia são assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autônomos, ligados, porém, em vista do integral processo da realização do Direito Penal, em uma unidade teleológico-funcional”¹⁶⁵.

5.2 Escorço da política antidrogas no mundo

Meio que intuitivamente, quando falamos em Política Criminal sobre drogas em nível mundial, sentimo-nos impelidos a refletir sobre o modelo proibicionismo que, fomentado no plano internacional pelos Estados Unidos da América, não encontrava, até bem pouco tempo, nenhum contraponto à sua ideologia materializada na chamada *guerra às drogas*.

A bem da verdade, desde que os Estados modernos passaram a se preocupar com a problemática das drogas, com o propósito de formular políticas públicas para o seu enfraquecimento, o modelo proibicionista-punitivo vem sendo aplicado de forma quase que universal e praticamente sem críticas contundentes¹⁶⁶.

Cimentando definitivamente o debate, as denominadas Convenções-irmãs da ONU estabeleceram um sistema internacional de controle de algumas drogas classificadas como ilícitas, reafirmando o proibicionismo como a política a ser seguida por todas as nações¹⁶⁷.

A respeito dessas convenções, importante destacar que: a primeira, realizada no ano de 1961, em Nova York, recuperou e detalhou as determinações oriundas da Liga das Nações nos anos 1920, cuidando, basicamente, de proibir o ópio, a *cannabis* e a cocaína. A segunda, que se deu em Viena no ano de 1971, reafirmou o propósito proibicionista perante os movimentos anti-culturais dos anos sessenta, banindo o LSD e as novas drogas sintéticas. A terceira, realizada novamente em Viena, no ano de 1988, ratificou e fortaleceu o modelo proibicionista-punitivo como instrumento de combate ao crescimento do crime organizado e suas novas estratégias delitivas, como a lavagem de capitais. Além disso, recrudescu no

¹⁶⁵ Ibid, p. 52-57.

¹⁶⁶ RIBEIRO, M. M. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19-31.

¹⁶⁷ Ibid., loc. cit.

tratamento punitivo para com o usuário dessas substâncias, recomendando expressamente a criminalização dessa conduta¹⁶⁸.

Posteriormente, em 1998, portanto dez anos após a assinatura da última das *convenções-irmãs*, a Assembleia Geral das Nações Unidas realizou uma Sessão Especial, dedicada à discussão da política mundial de drogas, na qual ratificou os tratados anteriores e colocou ao mundo um desafio: erradicar ou diminuir significativamente, até 2008, a produção e o consumo de drogas ilícitas no planeta¹⁶⁹.

Em decorrência desse desafio arquitetado – travestido em uma única opção - temos verificado um duplo fracasso. De um lado as sociedades civilizadas ainda não conseguiram uma redução significativa da oferta de drogas ilícitas e, de outro, aumentou-se exponencialmente os riscos para aqueles cidadãos que, apesar de toda a repressão, se dispõem a continuar utilizando substâncias psicotrópicas, seja para fins recreativos, seja com finalidades medicinais ou, até mesmo, em razão de terem desenvolvido dependência as drogas¹⁷⁰.

Com o fim da guerra fria, novos fatores foram adicionados à questão. Após o declínio do bloco socialista, simbolicamente representado pela queda do muro de Berlim, o embate ideológico foi rapidamente substituído pela hegemonia das leis do mercado. Com a queda das barreiras nacionais e o acesso a novos comércios, as perspectivas de expansão comercial atingiram proporções até então inimagináveis, inclusive o comércio internacional de drogas ilícitas¹⁷¹.

Assim, de modo paradoxal, esses mesmos fenômenos contribuíram para o fomento do comércio das substâncias psicoativas, agora num ambiente globalizado. A criminalidade transnacional fortaleceu-se nesse contexto dando margem à implementação oportunista de uma política combatente declaradamente militar, notadamente os Estados Unidos da América. É o que analisa Salo de Carvalho ao inferir que "o inimigo global é redescoberto nos agentes do narcotráfico, devido ao seu potencial de milícia, sua capacidade econômica e sua estrutura organizacional"¹⁷².

¹⁶⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁶⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁰ Ibid., loc. cit.

¹⁷¹ Ibid., loc. cit.

¹⁷² CARVALHO, op. cit., loc. cit.

Constata-se assim que as pressões internacionais de combate às drogas tornaram-se cada vez maiores e, a partir da década de 90, a política mundial sobre drogas vivenciou uma escalada repressiva, incitada por uma superexposição midiática da violência generalizada, a ser explorada pelos governantes como um espetáculo de entretenimento para, depois, dar uma resposta meramente simbólica ao problema¹⁷³.

Interessante as considerações formuladas por Bacellar e Almeida Neto¹⁷⁴, em análise ao tratamento dispensado aos usuários de drogas pelo modelo tradicional de justiça, quando afirmam que

[...] essa política penal, de inspiração norte-americana, até então existente, desprezava totalmente o usuário de drogas e aplicava o modelo retributivo consistente na punição e na palavra de ordem “pagar o mal com o mal. Esquecia-se, entretanto, de promover políticas de atendimento, atenção e reinserção social dos usuários de drogas que eram punidos com penas privativas de liberdade – ou seja, eram punidos com a mesma pena dos traficantes, mas em quantidade menor.

Nesse recrudescimento do sistema penal, temos presenciado uma ávida afetação dos mecanismos de controle do Estado sobre a totalidade de seus cidadãos, num movimento que se mostra inversamente proporcional à (des)regulamentação das relações econômicas. Essa verificação do sistema político, regido por um totalitarismo penal, acaba por desencadear um estado marcadamente repressor, que se utiliza de todos os instrumentos que entender necessários ao combate da nova criminalidade transacional, mesmo que isso importe em flexibilização dos direitos fundamentais, ou até mesmo a supressão das liberdades públicas e garantias individuais já consagradas¹⁷⁵.

Recebendo reflexos negativos da epidemia do vírus HIV¹⁷⁶ instalada no início dos anos 80, a situação dos usuários de drogas se viu mais agravada ainda, ante a constatação de que no submundo dos dependentes químicos residia

¹⁷³ RIBEIRO, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁴ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., p. 310.

¹⁷⁵ CARVALHO, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁶ O vírus da imunodeficiência humana (HIV - Human Immunodeficiency Virus) é um lentivirus que está na origem da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, uma condição em que seres humanos suportam a deterioração progressiva do imunológico, acarretando o desenvolvimento de infecções oportunistas e cânceros potencialmente mortais. As principais vias de transmissão são as relações sexuais desprotegidas, a partilha de seringas contaminadas e a transmissão entre mãe e filho durante a gravidez ou amamentação. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/V%C3%ADrus_da_imunodefici%C3%A2ncia_humana. Acesso em: 02 dez. 2015.

inúmeros fatores para a difusão cada vez mais acentuada do vírus, especialmente devido a possibilidade de transmissão da doença pelo compartilhamento de seringas utilizadas para administrar drogas injetáveis¹⁷⁷. Constatou-se que o submundo no qual se desenvolvia a cena do uso de drogas, notadamente as injetáveis, enfeixava inúmeros fatores propícios à difusão da epidemia. Nos anos 1980, houve a demonstração de que um dos principais vetores de transmissão do HIV era a prática de compartilhamento de seringas e agulhas entre os consumidores de drogas injetáveis.

A par da possibilidade de expansão do surto epidemiológico, os órgãos de saúde pública passaram a se preocupar em desenvolver uma proposta de política pública para solucionar a problema das drogas, e reduzir os danos até então provocadas. A nova proposta de enfrentar o problema causou grandes polêmicas, notadamente em razão das ações objetivas a serem realizadas, como por exemplo, a troca e desinfecção de seringas e a aplicação de terapias de substituição de drogas mais potentes por outras consideradas menos ofensivas¹⁷⁸.

Assim que surgiram, essas práticas foram logo classificadas pelas instituições penais do Estado como formas de auxílio, incentivo ou induzimento ao uso e comércio de psicotrópicos e seus executores passaram a ser vítimas de uma perseguição impregnada por um falso moralismo sociopolítico¹⁷⁹.

Nada obstante os embates recebidos, a política de redução de danos ganhou prestígio mundial em razão de seus resultados práticos, atingindo, em inúmeros países, inclusive no Brasil, padrão oficial para se integrar na Política Nacional sobre Drogas (PNAD), dando abertura ao surgimento de ações na área de saúde pública, a despeito de nunca ter alcançado a finalidade social, e revelar cunho majoritariamente proibicionista-punitivo¹⁸⁰.

Não obstante esse relativo avanço das políticas alternativas e o evidente fracasso do modelo proibicionista, o fato é que, findo o prazo demarcado pelas convenções internacionais anteriormente referidas, durante a última reunião realizada em Viena, em março de 2009, com a finalidade de avaliar o cumprimento

¹⁷⁷ RIBEIRO, op. cit., loc. cit.

¹⁷⁸ Ibid., loc. cit.

¹⁷⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁸⁰ BACELLAR, R. P. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011, p. 37-46.

das metas estabelecidas em 1998, repise-se: a erradicação ou o significativo decréscimo da produção, distribuição e consumo de drogas ilícitas até o ano de 2008; a Comissão sobre Entorpecentes da Organização das Nações Unidas manteve a política proibicionista-punitiva para atingir o árduo propósito de, uma vez mais, eliminar ou minimizar significativamente a produção e o uso de drogas ilícitas até o ano de 2019¹⁸¹.

De um turno a outro, atualmente tem se evidenciado inexistir unanimidade em torno da proposta proibicionista, nem no âmbito da própria ONU, uma vez que entes internacionais como a Organização Mundial de Saúde e UNAIDS¹⁸², passaram encamparam e defender abertamente em seus programas as estratégias de redução de danos e, entre os países membros, formaram-se dois blocos, os países europeus e alguns países latino-americanos, dentre eles o Brasil (simpatizantes de uma política mais tolerante, sintetizada hoje nas chamadas estratégias de redução de danos), e, de outro lado, especialmente, os EUA, China e França, que optaram em manter o modelo proibicionista-punitivo¹⁸³.

5.3 A política criminal sobre drogas no Brasil

As menções mais remotas em nossa legislação pertinentes à questão das drogas não chegam a representar um verdadeiro sistema legal. Influenciadas pelo Direito Português, cujos pilares se fundam nos Direitos Romano, Canônico e Germânico, o conteúdo normativo das Ordenações Filipinas, por volta de 1603, vedava a todos os conscritos terem em casa substância drogadícea ou qualquer outro material venenoso, seja para uso ou venda¹⁸⁴.

Após, o Código Criminal do Império do Brasil, promulgado em 1830, que malgrado não tenha adentrado propriamente nas questões relacionadas às drogas, o assunto foi posteriormente abordado pelo Regulamento de 29 de setembro de 1851, editado para regulamentar a comercialização de substâncias tidas como

¹⁸¹ RIBEIRO, op. cit., loc. cit

¹⁸² UNAIDS (Joint United Nations Program on HIV/AIDS) é o programa das Nações Unidas criado em 1996 e que tem a função de criar soluções e ajudar nações no combate à AIDS. Tem como objetivo prevenir o avanço do HIV, prestar tratamento e assistência aos afetados pela doença e reduzir o impacto socioeconômico da epidemia. (UNITED NATIONS PROGRAM HIV/AIDS. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/UNAIDS>. Acesso em: 02 dez. 2015).

¹⁸³ BACELLAR, op.cit., loc. cit.

¹⁸⁴ CARVALHO, op. cit., p. 59-60.

medicinais. É o que podemos inferir das palavras de Greco Filho e Rassi¹⁸⁵ quando afirmam que o Código Criminal do Império “não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da política sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos”.

Posteriormente, o Código Penal de 1890, editado pouco tempo depois da proclamação da República em 1889, trouxe em seu artigo 159 ser vedada a exposição à venda, a utilização de substâncias venenosas, sem a legítima autorização e sem a observância das formalidades prescritas nos regulamentos sanitários¹⁸⁶.

Em julho de 1921, com o escopo de implementar no Brasil uma maior efetividade na fiscalização e controle do uso de drogas, notadamente de cocaína, com supedâneo nas disposições contidas na Convenção de Haia de 1912, da qual o país foi signatário, foi editado o Decreto nº 2494, que posteriormente foi regulamentado pelo Decreto nº 14.969, de 03 de setembro de 1921¹⁸⁷.

O Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, inovou ao trazer expressamente em seu texto a expressão “substâncias tóxicas”, como forma de abranger todas as substâncias entorpecentes, e ainda por ter atribuído ao Departamento Nacional de Saúde a competência para classificar as substâncias com potencial psicoativo¹⁸⁸.

O Decreto-Lei nº 891, editado em 25 de novembro de 1938, passou a prever, em seus artigos 33 e 35¹⁸⁹, pena de prisão pela comercialização ilegal de substâncias tóxicas, bem como para o usuário flagrado na posse dessas substâncias.

¹⁸⁵ GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. **Lei de drogas anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 8.

¹⁸⁶ CARVALHO, op. cit., p. 60.

¹⁸⁷ ALMEIDA, P. R. **A política criminal antidrogas no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4486/a-politica-criminal-antidrogas-no-brasil#ixzz2DtpNoQii>. Acesso em: 05 jun. 2014.

¹⁸⁸ CARVALHO, op. cit., p. 61.

¹⁸⁹ Artigo 33 Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa (grifo nosso) de 1:000\$000 a 5:000\$000.

Artigo 35 - Ter consigo qualquer substância compreendida no artigo 33 e seus parágrafos, sem expressa prescrição de médico ou cirurgião dentista, ou possuir em seus estabelecimentos, sem observância das prescrições legais ou regulamentares qualquer das referidas substâncias entorpecentes - pena: um a quatro anos de prisão (grifo nosso) celular e multa de 1:00\$0000 a 5:000\$000. (BRASIL. Decreto-Lei nº 891/38 de 25 de novembro de 1938, aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Brasília, 1938. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/del%208911938?OpenDocument. Acesso em: 05 jun. 2014.

O cenário legislativo brasileiro da década de quarenta foi marcado pela elaboração do novo Código Penal de 1940, baseado no projeto de lei originalmente formulado por renomados juristas como Alcântara Machado e Nelson Hungria, este passou a ter vigência em 1º de janeiro de 1942. Ocorre que, em termos técnicos, o novo código não trouxe modificações substanciais ao tratamento da questão drogas, inclusive tendo mantido as mesmas penas privativas de liberdade previstas na legislação anterior, de até cinco anos de reclusão e multa.

Ocorre que as leis vigentes à época pareciam não estar sendo suficientes para dar cabo ao problema das drogas no Brasil, e assim como ocorria em todo o mundo, as estatísticas de usuários e dependentes aumentavam alarmantemente. Desse modo, no intuito de imprimir um combate mais eficiente ao problema, em 1976, foi editada a Lei nº 6.368, primeira ocasião em que o legislador preocupou-se em diferenciar, pelo menos no ponto de vista técnico, as figuras do dependente químico e traficante de drogas.

A Lei nº 6.368/76, malgrado ter evidenciado a condição do dependente químico, tratava os sujeitos usuários de drogas como “perigo social”, independente das circunstâncias da conduta, pouco importando se cuidar de traficante ou usuário, para esta lei o fato social “drogas” era suficiente para justificar uma punição.

Desse modo, o mal que as drogas representavam era tão fortemente evidenciado pela sociedade, que o legislador se fechava para constatações, tanto quanto ou mais importantes, que era a preocupação com o usuário, enquanto um sujeito de direitos e garantias fundamentais que, inobstante os motivos pelos quais passou a essa condição, era visto como um “mal sujeito”¹⁹⁰.

O que podemos perceber é que em todos os marcos da legislação brasileira sobre drogas, a política criminal adotada pelos legisladores dispensava aos traficantes e usuários de drogas ilícitas sempre tratamento marcadamente repressivo, mas que na prática não lograram o êxito pretendido para minimizar e controlar o uso ilegal de substâncias psicoativas, e sim, na contra-mão, difundia-se cada vez mais, alcançando novas esferas da sociedade, com atributos epistêmicos de um parasita-sociocriminal¹⁹¹.

¹⁹⁰ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., p. 188.

¹⁹¹ Ibid., loc. cit.

Almeida¹⁹² sustenta ser possível perceber que ao longo dos anos, sob a vigência da Lei 6.368/76, a visão dos legisladores e estudiosos do direito no que tange às medidas estatais voltadas ao controle do uso e comercialização de substâncias entorpecentes foi se modificando, a partir da constatação de que somente a aplicação da pena privativa de liberdade – pura e simples – não mais era suficiente para suplantar o mal das drogas. O tráfico, o consumo e o aumento de usuários e dependentes não diminuiu durante a vigência da referida lei, muito pelo contrário, nas últimas décadas as estatísticas sobre drogas e crimes relacionados ao problema só aumentaram. O Estado, em contrapartida, viu-se obrigado a buscar medidas outras com o objetivo de alterar esse quadro caótico, ou então, ter que assumir sua impotência gerencial.

Assim, buscando uma nova orientação legislativa, em 11 de janeiro de 2002, adveio a Lei 10.409, que em alguns de seus dispositivos legais trazia um tratamento diferenciado e inovador aos usuários de drogas, os quais, todavia, não entraram em vigor, em virtude da política criminal da época. É o que vemos nas lições de Habbid¹⁹³:

A nova lei buscou despenalizar e desprisonalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República.

O intuito genuíno da então nova lei era a não aplicação da pena de prisão aos usuários e dependentes - desde que restasse demonstrado que portava pequenas quantidades de droga e que agia sob o efeito psicoativo da substância -, e sim de medidas alternativas voltadas ao tratamento e reabilitação do sujeito; todavia, essas inovações legislativas que davam um olhar mais humano ao usuário/dependente não entraram em vigor, em virtude de veto presidencial, continuando a vigor, em relação ao usuário, as disposições da lei anterior - Lei nº 6368/76. Importa repisar que a referida lei basicamente dispensava o mesmo tratamento penal aos usuários e traficantes de drogas, com exceção de poucas condições técnicas, que na prática não fazia a menor diferença¹⁹⁴.

¹⁹² ALMEIDA, op. cit.

¹⁹³ HABBID, S. A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Rev. Consulex**, ano 6, nº 139, 2002, p. 8-24.

¹⁹⁴ Ibid., loc. cit.

No posicionamento de Freitas¹⁹⁵ havia uma inconstância jurídica no modo como a legislação atribuía valores às condutas do traficante e usuário de drogas, pois, da mesma maneira que o tráfico de drogas e armas são considerados os principais problemas de segurança pública no mundo, merecendo, portanto, penas rigorosas; de outra banda, há uma consciência mundial que o usuário deve receber tratamento penal diverso, visto que uma conduta passa ao largo da outra.

Para uma considerável parte dos juristas, a Lei 6368/76 tornava-se cada vez mais ineficaz diante das mudanças e evoluções ocorridas nos mais diversos meios sociais, de modo que no cenário vivenciado necessitava-se da elaboração de uma lei que se adequasse às novas sistemáticas, e principalmente que fosse capaz de efetivamente alcançar a prevenção, tratamento e repressão aos usuários e traficantes de drogas, e principalmente, que imprimisse justiça ao tratá-los de forma diferenciada.

Dessa forma, no ano de 2006, surgiu no cenário legislativo nacional a Lei nº 11.343, conhecida pela maioria como *Nova Lei de Drogas*. A nova lei, dentre tantas outras, veio incumbida da responsabilidade de corrigir as falhas recorrentemente apresentadas pelas legislações passadas, especialmente no que tange à diferenciação do ponto de vista técnico e formal das condutas do traficante e usuários, bem como acerca das penas que deveriam ser atribuídas a essas condutas, com vistas a prevenção, repressão e diminuição dos danos causados pelas drogas¹⁹⁶.

¹⁹⁵ FREITAS, A. G. T. **Estudos sobre as novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013, p. 15-16.

¹⁹⁶ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., loc. cit.

6 A LEI Nº 11.343/2006 E A NOVA POLÍTICA PARA TRATAMENTO DO USUÁRIO

Estão surgindo alternativas após uma longa trajetória de leis penais sobre drogas que fomentavam uma política criminal repressiva ao traficante e usuário. Havia uma nítida confusão entre as duas figuras, de modo que as punições aplicadas eram praticamente as mesmas, desconsiderando-se a vulnerabilidade social do usuário enquanto dependente químico.

A nova lei de drogas, evidentemente mais moderna e equilibrada, veio para romper as ideologias traçadas pelas políticas criminais anteriores, o que restou evidenciado pelo legislador logo no preâmbulo da lei, ao instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, que adota uma política de prevenção do uso indevido e reinserção social do usuário, e ainda como forma de regular, fiscalizar, combater e controlar o problema das drogas no Brasil.

Para Duarte e Dalbosco¹⁹⁷

O Brasil, seguindo tendência mundial, entendeu que usuários e dependentes não devem ser penalizados pela Justiça com a privação de liberdade. Essa abordagem em relação ao porte de drogas para uso pessoal tem sido apoiada por especialistas que apontam resultados consistentes de estudos, nos quais a atenção ao usuário/dependente deve ser voltada ao oferecimento de oportunidade de reflexão sobre o próprio consumo, em vez de encarceramento.

De fato, a Lei 11.343/2006, que instituiu uma nova política criminal sobre drogas no Brasil através da criação do sistema SISNAD, foi incisiva ao prescrever medidas de prevenção, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, representando assim, uma ponte para transposição e desenvolvimento de uma nova ótica de justiça.

Assim, a partir dessa nova política criminal, ganhou foco a prevenção acerca do uso indevido de substâncias psicoativas, não deixando é claro de adotar uma conduta repressiva ao tráfico, o que, aliás, é um ponto forte da nova lei, pois a visão repressivo-punitiva da lei agora está voltada para o traficante de drogas, sendo desvencilhada a figura do usuário, que ficou posicionado sob uma ótica de prevenção e reparação de danos.

Gomes e Cunha¹⁹⁸ entendem que a nova lei trouxe um importante rompimento das ideologias anteriores

¹⁹⁷ DUARTE; DALBOSCO, op. cit., p. 16.

principalmente porque a nova lei determina “a observância ao equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito, visando a garantir estabilidade e bem-estar social.

Várias foram as positivas inovações trazidas pela nova lei, dentre as quais destacam-se a utilização técnica da palavra “drogas”, ao invés das expressões “substância entorpecente” ou “que determine dependência”. Outra novidade que merece destaque é a vinculação legal de que, para efeitos da nova lei, apenas consideram-se drogas aquelas constantes em listas oficiais dos órgãos do governo ligados ao Ministério da Saúde. Desse modo, para que a conduta seja considerada típica passou a ser imprescindível que a substância comercializada ou portada esteja previamente prevista em listas oficiais (parágrafo único, artigo 1º, da Lei 11.343/2006¹⁹⁹).

Sobre esse assunto, vale consignar a sustentação de Greco Filho e Rassi²⁰⁰, que alçados no preceito normativo acima, entendem droga como toda substância natural ou sintética com potencial para alterar o sistema nervoso, causando dependência psíquica ou física no indivíduo usuário, com danos que repercutem na saúde pública e social.

Importante anotar as seguintes inovações da *Nova Lei de Drogas*: menção expressa a princípios constitucionais como, por exemplo, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, notadamente os relacionados à autonomia e liberdade individuais (artigo 4º, inciso I); o reconhecimento da diversidade (artigo 4º, inciso II); a necessidade de abordagem multidisciplinar ao problema das drogas (art. 4º, inciso IX); a fixação de diretrizes voltadas à prevenção e controle do uso de drogas (artigo 19, inciso III); a constatação da necessidade de uma atuação preventiva voltada à redução de danos e riscos (artigo 19, inciso VI).

¹⁹⁸ GOMES, L. F.; CUNHA, R. S. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹⁹⁹ Art. 1º. Parágrafo único - Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 11 jul. 2014.)

²⁰⁰ GRECO; RASSI, op. cit., p. 19.

Rodrigues²⁰¹ destaca:

Há de ser destacado ainda outro fundamental aspecto, que em geral tem passado despercebido dos comentaristas da nova lei, que é a adoção de balizamentos éticos que representam importante avanço principiológico e permeiam toda a formulação da nova legislação, afastando-a da famigerada doutrina de segurança nacional, que era o substrato ético-político adotado pelas legislações anteriores, opção que aproxima a nova lei de drogas do sistema de proteção dos direitos humanos, fundamentos que lastreiam as estratégias de redução de danos.

O artigo 28 da Lei 11.343/2006, que foi inserido pelo legislador no Título III - parte que disciplina as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas - não prevê nenhuma forma de pena privativa de liberdade ao usuário, prescrevendo penas alternativas diversas da prisão. Vejamos o que preceitua a referida norma:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo²⁰².

Como bem salienta Rangel²⁰³ “o crime é, nos exatos termos da lei, trazer consigo drogas prejudiciais à saúde, substâncias que possuam as características previstas em lei”.

Em relação às penas alternativas previstas no artigo 28, cabe ressaltar o seguinte: que a advertência não é uma mera repressão moral, mas sim uma advertência jurídica, emanada de um órgão jurisdicional, com competência legal para fazê-lo, com abordagens sobre os efeitos prejudiciais causados pela droga, tanto para o advertido, quanto para sua família e sociedade; a prestação de serviços à comunidade, que será na proporção de uma hora de serviço por dia de condenação, seguindo a mesma regra do § 3º, artigo 46, do Código Penal, em instituições públicas ou privadas escolhidas pelo julgador; as medidas educativas,

²⁰¹ RODRIGUES, op. cit., p. 64.

²⁰² BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 jul. 2014).

²⁰³ RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

consistem no comparecimento a programas ou cursos de caráter sócio-educativo, que da mesma forma cabe ao juiz fixar a duração do comparecimento obrigatório; todas as penas podem ser fixadas isolada ou cumulativamente²⁰⁴.

A sistemática da aplicação das penas ao usuário trazidas pela nova lei, especialmente pela sua visão mais humanitária, requer do magistrado uma maior responsabilidade na análise dos termos circunstanciados de ocorrência sobre drogas que vai enfrentar, uma vez que o êxito da proposta preventivo-educativa que deve ser dispensada ao usuário (inciso I do artigo 28), depende muito de sua sensibilidade na abordagem do indivíduo.

Na concepção de Freitas²⁰⁵:

Rompeu-se, pois, com a tradicional justiça penal, e um modelo de justiça penal terapêutica ganhou espaço em nosso ordenamento, embora não tenha havido descriminalização das condutas ligadas ao uso. Os princípios e as regras da *novatio legis* determinam uma interpretação sistemática em busca do tratamento e ressocialização dos usuários e dependentes.

Com efeito, o advento da *Nova Lei de Drogas* (Lei 11.343/2006), fez o país avançar substancialmente rumo ao modelo restaurador (integrativo e educativo) de justiça. O novo diploma legal promoveu importantes alterações no sistema penal a ser dispensado aos usuários e dependentes de drogas, modificando assim diversos conceitos que estavam arraigados em nosso sistema jurídico anterior.

Analisando as penas do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que em hipótese alguma admite a restritiva de liberdade, é inegável que o legislador inseriu a visão restaurativa no Direito Penal Brasileiro, vez que estas visam a prevenção do uso indevido de drogas, a reinserção do usuário na sociedade e a redução de danos, ressaltando ainda o caráter integrativo e educador do sistema de fixação das penas.

Nessa esteira, Bacellar e Almeida Neto²⁰⁶ salientam:

Nasce, no contexto humanista, novos paradigmas sociojurídicos para o enfrentamento das drogas, distinguindo-se o traficante (a quem ainda se reserva atuação punitiva) do usuário (para quem se desenharam políticas de atenção, reinserção e redução das vulnerabilidades).

Em linha tangente, Duarte e Dalbosco²⁰⁷ acentuam que a visão restaurativa trazida pela Nova Lei de Drogas, é um incentivo para que os juristas abandonem,

²⁰⁴ DUARTE; DALBOSCO, op. cit., loc. cit.

²⁰⁵ FREITAS, op. cit, p. 59.

²⁰⁶ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., p. 310.

em relação ao usuário, a concepção retributiva do mal pelo mal, dando lugar a uma justiça pós-moderna, que enfrenta o conflito com o propósito de efetivamente promover a pacificação e não mais para apenas punir uma conduta prevista num tipo penal.

Ocorre, porém, que esse novo atuar que passou a ser cobrado dos operadores de direito, requer algo que vai além da simples aplicação da lei, tornando-se a partir de então, imprescindível a associação da interdisciplinaridade com as demais áreas de conhecimento, como a saúde, pedagogia, psicologia, e outras, para que seja implementado e desenvolvido no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, que detém a competências para os casos de usuários, as práticas restaurativas de mediação, intervenção breve, restauração dos relacionamentos familiares e formação de redes de ajuda mútua, com uma visão sistêmica de maior abrangência.

Bacellar e Almeida Neto²⁰⁸, consideram que para a efetiva implementação desse novo modelo de justiça:

será preciso vencer preconceitos e as barreiras culturais para implementar em todos os Juízos brasileiros, inclusive nas Varas de Infância e Adolescência (Juventude), as ideias de solução das questões de fundo com a aplicação de ferramentas de mediação, de intervenção breve, procurando a reconstrução de relacionamentos, a restauração de redes familiares, a formação de redes sociais, de acordo com uma visão holística, global e esléica.

Com efeito, apesar da *Nova Lei de Drogas* ter entrado em vigor em 08/10/2006, ou seja, já faz quase dez anos que está formalmente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo assim ainda existem muitas barreiras (uma delas de ordem cultural) a serem transpassadas para que se possa viabilizar a aplicação dos preceitos restaurativos anunciados na nova lei para tratamento dos usuários de drogas.

6.1 A política de redução de danos

Do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana emana a necessidade de buscarmos estratégias de redução de danos no tratamento judiciário

²⁰⁷ DUARTE; DALBOSCO, op. cit., p. 288.

²⁰⁸ BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., p. 318.

do usuário de drogas. Tal proposta vê no usuário não um objeto da repressão estatal, mas sim um interlocutor ativo, um sujeito de direitos e obrigações que deve influenciar nas decisões tomadas nos processos em que seja parte, especialmente porque no contexto marginalizado do problema drogas, ao mesmo tempo que é tido como infrator da norma, não se pode negar sua posição de vítima substancial (pela prisão que as drogas representam).

Pelo caminho até aqui percorrido na pesquisa, observamos que a política de redução de danos instituída pela nova lei de drogas baseia-se no respeito à dignidade do usuário, na sua autonomia e liberdade individual de participar ativamente do processo de sua reabilitação. Essa consideração tem supedâneo ético-principiológico na Constituição Federal de 1988, que alargou o campo dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

Piovesan²⁰⁹ leciona que essa maior observância aos direitos e garantias fundamentais, revela o encontro entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, o que torna evidente a constatação de que o respeito a esses direitos são imprescindíveis para a realização do princípio democrático, tendo em vista sua função democratizadora. A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, enaltece a concepção que faz da pessoa o fundamento e fim da sociedade e do Estado.

A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.323/2006), de igual modo apresenta prescrições normativas que versam acerca da adoção da proteção da dignidade da pessoa humana, e, portanto, dos direitos fundamentais dos usuários, como fundamento ético das estratégias de redução de danos, conforme passamos a analisar.

O referido diploma legal, malgrado tenha em alinhamento à política proibicionista mundial, se inclinou a estar em conformidade com à ordem constitucional de 1988, adotando seus princípios fundamentais. Esse novo aporte principiológico não deve ser avaliado apenas como uma referência aos princípios constitucionais, mas sim, deve servir de balizamento aos profissionais do direito como regra a ser adotada para a solução dos conflitos envolvendo as drogas e o ser humano.

²⁰⁹ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35-49.

Consoante já restou consignado, uma das finalidades da nova lei foi instituir o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD, cujos objetivos²¹⁰ a serem atingidos devem ser guiados pelos princípios que estão expressos no artigo 4º²¹¹ da lei. Inaugurando o rol, no inciso I consta "o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade". E segue: "II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados". Pelos princípios acima destacados, resta indubitável que o Sistema Nacional deve ter os direitos fundamentais da pessoa humana como vetor de suas ações, interpretação conforme o espírito da norma constitucional.

Mais adiante, em seu artigo 19º²¹², a nova lei trata expressamente das atividades de prevenção a serem desenvolvidas, elencando princípios e diretrizes,

²¹⁰ Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos: I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei. (BRASIL, 2006, op. cit).

²¹¹ Art. 4º São princípios do Sisnad: I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados; IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad; V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; VI - o reconhecimento da intersectorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito; VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito; VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad; IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad. (BRASIL, 2006, op. cit).

²¹² Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração

dentre os quais destacamos: III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias. Como se vê, tais orientações revelam uma ideologia de redução de danos marcada pela visão do paradigma restaurativo, uma vez que os usuários de drogas, suas famílias e a sociedade são tidos como corresponsáveis pelo desenvolvimento e acompanhamento de medidas voltadas à prevenção do uso indevido de drogas.

Seguindo nessa análise, no Capítulo II, ao tratar das atividades de atenção e de reinserção social, a nova lei, em seu art. 22²¹³, reafirma os princípios e diretrizes da política nacional: I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; de modo a deixar bastante claro que o respeito aos direitos fundamentais, notadamente à dignidade da pessoa

mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias; V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; VII - o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares; IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad; XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. (BRASIL, 2006, op. cit).

²¹³ Art. 22. As atividades de atenção e as de reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde; IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais; V - observância das orientações e normas emanadas do Conad; VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas. (BRASIL, 2006, op. cit).

humana, é parâmetro obrigatório para todas as atividades realizadas por todo o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas.

Contudo, não basta apenas o cumprimento formal dos requisitos contidos na lei para imprimir uma política pública de redução de danos. Fosse assim, poderíamos tranquilamente incluir sobre o mesmo plano ações de tratamento e internação compulsória do usuário (não consentida), sem se levar em consideração as peculiaridades e necessidades do sujeito usuário de drogas, uma vez que, num alargamento da ideia, poder-se-ia muito bem conceber, numa situação dessas, uma pseudo ideia de redução de danos. Constatado isso, verificamos que para se alcançar uma intervenção legítima de redução de danos, faz-se imprescindível agregar o conteúdo ético e a condição material que se traduz no respeito à dignidade humana.

6.2 O critério da vulnerabilidade

Não há outra forma de se construir a definição de vulnerabilidade se não a partir de conteúdos marcadamente humanitários, uma vez que, de início, consiste numa característica de indivíduos fragilizados, na esfera social ou política ou jurídica, que de alguma forma são obstados na efetivação ou tutela de seus direitos e garantias fundamentais²¹⁴.

Zaffaroni²¹⁵, na seara do direito penal e refletindo as contribuições da internacionalização dos direitos humanos, concebeu uma relação entre culpabilidade e vulnerabilidade. Para tanto, o autor parte da verificação de que o sistema penal apresenta uma seletividade na qual a vulnerabilidade requalifica os sujeitos e, nessa diagramação, esta seleção passa a ser o grau de risco que determinada pessoa tem diante do poder punitivo do Estado.

O referido autor²¹⁶ sustenta, ainda, ser possível reconhecer na sociedade graus de vulnerabilidade segundo uma probabilidade de seleção, de acordo com a situação que o sujeito esteja inserido, levando-se em conta que isso nada mais é que uma situação de risco imposta pelo sistema. Reconhece o seguinte:

Esta situação de culpabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A posição ou estado de vulnerabilidade é

²¹⁴ CAVALLARI, C. D.; SODELLI, M. Redução de danos e vulnerabilidades enquanto estratégia preventiva nas escolas. In: SEIBEL, S. D. (Org.). **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2010, p. 797-798.

²¹⁵ ZAFFARONI, E. R. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Tânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 245-246.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 270-272.

predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc, sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do injusto é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia.

A par das contribuições de Zaffaroni, a ideia de vulnerabilidade sob o prisma do direito penal acaba se reformulado em três dimensões distintas, que Bitencourt²¹⁷ classifica como: vulnerabilidade diante do sistema penal, vulnerabilidade perante a comunidade e vulnerabilidade psicossocial. A primeira é aquela em que as falhas do sistema penal podem acarretar numa punição desproporcional ou às vezes desajustada da justiça. A psicossocial é concebida por um traço subjetivo, pessoal e psíquico do sujeito, embora tenha se instalado no âmbito social em decorrência de um processo histórico de descumprimento dos direitos fundamentais. Por último, a vulnerabilidade perante a comunidade está ligada às deficiências estruturais do grupo social em relação aos recursos institucionais de garantia à educação, saúde, segurança, etc; ou seja, das condições mínimas para uma vida digna.

Insta destacar que, além dos enquadramentos acima, atualmente a vulnerabilidade deve ser entendida como uma situação dinâmica, isto é, passível de alterações e interações constantes; daí decorre a necessidade do exercício de uma cidadania ativa na construção e execução de políticas públicas preventivas de riscos e danos. De toda sorte, a avaliação da vulnerabilidade se mostra um valioso instrumento para a definição de estratégias que visem o planejamento e elaboração das ações políticas, uma vez que torna possível uma melhor compreensão das carências e necessidades dos sujeitos afetados, o que representa uma maior probabilidade de êxito nas intervenções.

Retomando os contornos da pesquisa, no que se refere à política de drogas, a compreensão do conceito de vulnerabilidade permite, no plano individual, a identificação dos usuários mais tendentes aos danos decorrentes do uso e abuso dessas substâncias, além de possibilitar o alcance de grupos sociais em situação de vulnerabilidade. Exemplificando, Ribeiro²¹⁸ aponta as seguintes variações de vulnerabilidade que podem ocorrer em relação ao uso de drogas:

i) Gênero - o sexo feminino é mais vulnerável a abusos sexuais e violências físicas. Além disso, é comum a prostituição como forma de sobrevivência, tudo implicando num aumento de riscos. As pesquisas apontam que mais da metade da população carcerária feminina no Brasil, estão presas pela

²¹⁷ BITENCOURT, op. cit., p. 60-74.

²¹⁸ RIBEIRO, op. cit., 45-62.

prática de delitos tipificados na Lei de Drogas.

ii) Idade - usuários mais jovens estão expostos a maiores agravos sociais e à saúde.

iii) Vínculos institucionais e familiares - a inserção no trabalho formal ou informal e manutenção de vínculos familiares possibilitam um maior acesso às redes de atenção e cuidado.

iv) Escolaridade - baixa escolaridade implica menor possibilidade de inserção no mercado de trabalho, menor disponibilidade financeira e, conseqüentemente, menores possibilidades de reinserção social.

v) Droga de eleição e diferentes formas de apresentação e administração - drogas diversas apresentam efeitos e agravos distintos que podem ser potencializados pela sua diversificada forma de apresentação (exemplo da cocaína, pasta base, *crack*) e de administração (exemplo das drogas inaladas, fumadas, injetadas, etc).

vi) Comorbidades - agravos físicos e psíquicos decorrentes do uso de drogas implicam, frequentemente, um pior prognóstico com relação à retomada de uma qualidade de vida.

vii) Delitos, Conflito com a lei - prática de delitos, especialmente associação com o tráfico e, ainda, falta de mecanismos formais para a solução de conflitos (dívidas, compartilhamento de drogas ou insumos etc.) implicam uma maior exposição à violência.

Nesta gradação de ideias, podemos perceber que a vulnerabilidade, como critério formal-objetivo, é relevante para a análise e escolha das melhores estratégias de redução de riscos e danos, tendo sempre por base as especificidades individuais e coletivas dos indivíduos afetados, seja numa análise individual ou do grupo em que esteja inserido, além é claro do tipo de droga, sua apresentação e forma de administração.

A Política Nacional sobre Drogas²¹⁹ também adota critérios de vulnerabilidade como fatores indicativos das intervenções necessárias, tanto é assim que prescreve "reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de formas diferenciadas", bem como "garantir, incentivar e articular, o desenvolvimento de estratégias de planejamento e avaliação nas políticas de educação, assistência social, saúde e segurança pública, em todos os campos relacionados às drogas". Aponta ainda como um de seus objetivos "reduzir as conseqüências sociais e de saúde decorrentes do uso indevido de drogas para a pessoa, a comunidade e a sociedade".

Em tópico específico que regulamenta as estratégias de redução de danos, a Política Nacional sobre Drogas²²⁰ tem como diretrizes guiadoras: "orientar e estabelecer, com embasamento científico, intervenções e ações de redução de

²¹⁹ BRASÍLIA. DISTRITO FEDERAL. Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas / Brasília, Presidência da República, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010, p. 13-14. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

²²⁰ RIBEIRO, op. cit., loc. cit.

danos, considerando a qualidade de vida, o bem estar individual e comunitário, as características locais, o contexto de vulnerabilidade e o risco social"; e ainda "implementar políticas públicas de geração de trabalho e renda como elementos redutores de danos sociais".

Desse modo, podemos compreender que a importância de analisar a vulnerabilidade do sujeito transpassa o campo da teoria, uma vez que constitui um valioso instrumento para a identificação dos fatores de riscos e danos decorrentes do problema posto; mais ainda, vimos que a vulnerabilidade encontra legitimação na Política Nacional de Drogas, com fundamento legal na Lei nº 11.343/ 2006 (Nova Lei de Drogas).

A par dessas constatações, defendemos ser a Justiça Restaurativa, com sua visão de integrar valores, reconstituir relações e democratizar o processo de escolha da melhor solução do problema, como um paradigma de tratamento mais humanitário para tratar as questões envolvendo usuários de drogas, com foco em obter melhores resultados na redução de danos.

6.3 A possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa na Lei nº 9.099/95

Num primeiro momento, impende destacar que no ordenamento jurídico brasileiro não há previsão expressa preconizando a aplicação da Justiça Restaurativa como mecanismo do sistema de justiça. Todavia, malgrado essa verificação, o certo é que a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9099/95 (Leis dos Juizados Especiais) foram além²²¹, ampliando o espectro dos direitos humanos no sistema penal, o que possibilitou a aplicação dos mecanismos de justiça restaurativa, mesmo que implicitamente, às situações previstas em lei em que vigora o princípio da oportunidade. Insere-se aqui os casos de crimes sujeitos a ação penal de iniciativa privada, nos quais a ação é disponível e fica inteiramente a critério do ofendido a iniciativa de requerer a prestação jurisdicional (ao contrário do vigente princípio da indisponibilidade da ação penal).

²²¹ A Constituição cidadã, em seu artigo 98, revoluciona o Direito Penal brasileiro ao criar a possibilidade de adoção de resposta penal negociada, dentro da própria estrutura do Estado: os Juizados Especiais Criminais. Esse novo sistema de Justiça efetivamente revolucionou o Judiciário com a extinção do inquérito policial, a implantação da transação penal e da suspensão condicional do processo, a ampliação das hipóteses de disponibilidade da ação penal e a aplicação de medidas alternativas que, gradativamente, modificaram o modelo penal do país. (BACELLAR; ALMEIDA NETO, op. cit., p. 311).

Nos termos do art. 48 e parágrafos da Lei nº 11.343/2006, os usuários serão processados e julgados pelos Juizados Especiais Criminais, com os benefícios da Lei nº 9.099/95, e, durante o procedimento, a depender do caso, poderão ser aplicadas as medidas despenalizadoras da lei de drogas. A Lei 9099/95, por sua vez, preconiza a possibilidade de composição civil²²², da transação penal²²³ e da suspensão condicional do processo²²⁴. Nessa esteira, no caso dos usuários de drogas, mostra-se possível oportunizar aos envolvidos, no âmbito dos juizados especiais criminais, a solução do conflito por procedimentos guiados pela visão do modelo restaurativo, como forma de construir um caminho, que possa ser mais benéfico para todos.

Com efeito, nos termos da Lei 9.099/95²²⁵, tanto na fase preliminar quanto no procedimento contencioso mostra-se possível a utilização de um processo guiado pela visão restaurativa, uma vez que, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada a representação, há a possibilidade de não aplicação de penas em decorrência da extinção da punibilidade que se opera pela composição civil entre as partes e, em se tratando de casos de ação penal pública incondicionada, o processo restaurativo pode ocorrer como forma de propiciar um encontro entre agressor, vítima e familiares para, além dos aspectos formais da solução do conflito, se discutir propostas de penas alternativas mais adequadas ao caso concreto, tendo como ferramenta o diálogo.

²²² Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. (BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.)

²²³ A transação penal (art. 76 da LJE) consiste na possibilidade de o promotor de justiça, tendo elementos para promover uma acusação formal contra o usuário (denúncia), propor, antes disso, a aplicação de medidas alternativas, penas restritivas de direito ou multa. Dentre essas medidas propostas, além da tradicional prestação de serviços comunitários, pode estar a de frequentar programas ou cursos educativos. Aceita a proposta, ela é homologada pelo juiz e, quando cumprida, extingue-se a punibilidade. (BACELLAR, R. P.; MASSA, A. A. G. Prevenção ao uso de drogas nos juizados especiais criminais. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011, p. 331).

²²⁴ A suspensão condicional do processo (art. 89 da LJE) também é requerida pelo promotor de justiça por ocasião do oferecimento da denúncia. São estabelecidas algumas condições que, uma vez aceitas pelo autor do fato, permitem que o juiz, ao receber a denúncia, suspenda o processo de dois a quatro anos. Dentre essas condições, além da reparação do dano (salvo impossibilidade de fazê-lo), proibição de frequentar determinados lugares, comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo todos os meses e proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz, igualmente pode estar a de frequentar programas ou cursos educativos. (BACELLAR; MASSA, loc. cit.)

²²⁵ BACELLAR; MASSA, op. cit.

Dessas conjecturas, entendemos ser plenamente possível que as práticas restaurativas sejam aplicadas tanto na conciliação quanto na transação penal sob a ordem normativa da Lei 9.099/95, a partir de um espaço consensual que esse paradigma de justiça introduz no conflito, permitindo exercitar o diálogo restaurativo, podendo inclusive contemplar outras facetas dos seres humanos envolvidos – como por exemplo o lado emocional e o sentimento altruísta das partes envolvidas.

Do ponto de vista da praxe forense, verificamos que os usuários de drogas ilícitas, após a lavratura de termo circunstanciado pela autoridade policial, serão encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/1995, e lá poderão ser beneficiados com as medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Conforme já consignado, o artigo 28 da Nova Lei de Drogas preconiza como penas a serem aplicadas aos usuários de drogas a “advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Da análise do conteúdo normativo das penas, vemos que a aplicação dessas requer bastante atenção por parte do interprete, uma vez que, caso não haja uma abordagem adequada e individualizada do usuário, a pena pode se tornar inócua, tal qual ocorre com a aplicação generalizada de entregar cestas básicas nos casos de crime de menor potencial ofensivo.

Dentre as penas citadas, merece destaque a de advertência sobre os efeitos das drogas prevista, prevista no inciso I do artigo 28, tendo em vista o caráter educativo de seu conteúdo normativo. Contudo, para que se dê a real amplitude da norma, é importante que a mesma seja aplicada com base em um conhecimento multidisciplinar, que possibilite o desenvolvimento de técnicas específicas para tratamento dos usuários, sob uma abordagem restaurativa.

7 EXPERIÊNCIAS JÁ EFETIVADAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Os primeiros estudos teóricos e observação de práticas na atividade judiciária sob a ótica restaurativa no Brasil datam do ano de 1999, sob a coordenação do Prof. Pedro Scuro Neto, no Estado do Rio Grande do Sul. Todavia, o tema só passou a se difundir nacionalmente no ano de 2003, com a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão vinculado ao Ministério da Justiça²²⁶.

Tem-se registro que em 04 de julho de 2002 foi trabalhado o primeiro caso concreto sob a ótica da Justiça Restaurativa, para tentar solucionar da melhor forma possível um conflito existente entre dois adolescentes. O processo tramitou na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS, e é considerado o “caso zero” no âmbito dos Tribunais de Justiça do Brasil.

Daí em diante, práticas como esta ganharam espaço em outros estados do país, destacando-se as práticas já efetivadas de Justiça Restaurativa nos estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Santa Catarina, Paraná e no Distrito Federal.

Sobre a aplicação e adaptação da Justiça Restaurativa no Brasil, Pinho²²⁷ elucida que:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiência que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira.

Neste capítulo, pretende-se apresentar sob um plano descritivo as principais práticas já realizadas no Brasil, e como essas praticas se desenvolveram e foram moldadas à realidade brasileira, sobremaneira as facetas dos casos concretos trabalhados e se podem ser consideradas possíveis de serem aplicadas em outros estados. De modo paralelo, objetiva-se demonstrar como é a aplicação prática do processo sob a ótica da Justiça Restaurativa.

²²⁶ ORSINI, A. G. S.; LARA, C. A. S. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. **Rev. Responsabilidades - Belo Horizonte**, v. 2, n. 2, p. 305-324, 2013.

²²⁷ Ibid., loc. cit.

7.1 Rio Grande do Sul – Porto Alegre

Considerando os resultados obtidos, esta pode ser considerada a prática mais concreta de Justiça Restaurativa no Brasil. Articulado pela Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS em parceria com a Escola Superior da Magistratura, o projeto “Justiça Para o Século 21” foi implementado na 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude da capital gaúcha ainda no ano de 2005. O objetivo central do projeto é difundir a prática da Justiça Restaurativa e contribuir para a garantia dos direitos humanos e a prevenção da violência nas relações de violência envolvendo crianças e adolescentes, por meio da aplicação de programas restaurativos²²⁸.

O projeto conta com o apoio da UNESCO – Programa Criança Esperança, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), da Secretaria da Reforma do Judiciário e de instituições de ensino superior de Porto Alegre, além de concretizar práticas restaurativas em larga escala, também é polo de treinamento da metodologia para outros órgãos e instituições interessados²²⁹.

A justificativa do programa reside na necessidade de superar as políticas públicas até então desenvolvidas e que não alimentam uma justiça de paz, tampouco observam a real situação de vulnerabilidade social e anseios do infanto-juvenil que cometeu o ato infracional. Na página inicial do sítio eletrônico²³⁰ criado para disseminar a experiência, consta uma breve descrição da prática e notas dos resultados já obtidos, conforme segue:

O projeto “Justiça Para o Século 21” tem o objetivo de divulgar e aplicar as práticas da Justiça Restaurativa (JR) na resolução de conflitos em escolas, ONGs, comunidades e Sistema de Justiça da Infância e Juventude como estratégia de enfrentamento e prevenção à violência em Porto Alegre. Implementado desde o ano de 2005, na 3ª Vara da Infância e da Juventude da capital gaúcha, o Projeto Justiça para o Século 21 é articulado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. A concepção de trabalho do Projeto Justiça para o Século 21 tem estratégias emancipatórias, irradiando para a rede de atendimento e para a comunidade na relação com as Políticas Públicas definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente

²²⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. In: Responsabilidades, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set.2012/fev.2013.

²²⁹ Idem.

²³⁰ PROJETO JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0>. Acesso em: 31 jan. 2016.

(ECA) por meio de parcerias individuais e institucionais. Em três anos de Projeto (2005-2008), 2.583 pessoas participaram de 380 procedimentos restaurativos realizados no Juizado da Infância e da Juventude. Outras 5.906 participaram de atividades de formação promovidas pelo Projeto. Além do Juizado, outros espaços institucionais como as unidades de privação da liberdade da Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul (antiga FEBEM), unidades de medidas socioeducativas de meio aberto, abrigos, escolas e ONGs também já estão aplicando essas práticas na gestão de conflitos internos, evitando sua judicialização.

Destaque-se que este projeto traz à discussão o princípio da corresponsabilidade social, ou seja, a responsabilidade pela solução dos problemas não é só do Estado, mas também de toda a sociedade civil. Assenta-se na seguinte ideia: se ao Estado cabe instituir as leis, administrar os recursos financeiros, viabilizar o acesso aos direitos; a sociedade é de igual modo responsável em exercitar uma cidadania plena, que fiscaliza e cobra do Estado a disponibilidade de direitos²³¹.

Na prática, restou evidenciada a imprescindibilidade das ações estarem relacionadas a programas educacionais, disseminando a ideia: “educar para não punir”. Nesse ponto, o foco do programa seria transmitir ao menor infrator a noção de responsabilidade; construir neles a percepção das consequências geradas pelo delito, para depois convidá-los a selar o compromisso com a reparação dos danos. Instala-se uma relação que envolve não somente o menor infrator e órgãos de controle do Estado (Judiciário e Ministério Público), mas também todos os demais envolvidos na rede do conflito: vítima, familiares e sociedade participativa.

No processo judicial as práticas são desenvolvidas em dois momentos distintos. Um ocorre antes do magistrado aceitar a representação do menor, momento em que se propõe a realização de círculos restaurativos; e a outra ocorre na fase da execução de sentença, momento em que se é deliberado por uma equipe multidisciplinar que o infrator está apto a participar do programa restaurativo. Desse modo, no primeiro momento a ideia seria evitar todo o formalismo do processo de conhecimento; já no segundo afigura-se como método de promover a redução de danos durante o cumprimento da medida socioeducativa²³².

Conforme consta no relatório oficial dos resultados obtidos com a prática, expedido em 27 de junho de 2013, disponível no sítio eletrônico do programa²³³, os

²³¹ ORSINI; LARA, loc. cit.

²³² Ibid.

²³³ PROJETO JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/imagens/dadosj21jjj.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

tipos infracionais de maior incidência de encaminhamento para a Central de Práticas Restaurativas são: lesões corporais, tráfico de drogas e roubo. Registre-se que o grau de satisfação dos participantes está na média de 73,10%, o que representa um número bem expressivo, ainda mais numa sociedade marcada pelo modelo tradicional de justiça.

Nesse mesmo relatório²³⁴, sobre as demandas havidas entre os anos de 2009 e 2012, consta que: em 2009, foram realizados 120 procedimentos; em 2010, foram realizados 496 procedimentos; em 2011, 475 procedimentos; e em 2012, o número foi de 369.

Um último registro, e talvez o mais animador para o presente estudo, são os dados acerca do número de pessoas que receberam capacitação sobre Justiça Restaurativa, bem como os estados da federação que demonstraram interesse em conhecer a prática para possível aplicação no âmbito de seus Juizados da Infância e Juventude. Consta que de 2005 à 2012, foram capacitadas 9.339 pessoas; e que os estados do Piauí, Maranhão, Pará, Espírito Santo, Minas Gerais, Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Amazonas receberam capacitação institucionalizada²³⁵.

Indubitavelmente, tais dados demonstram que a difusão das bases do projeto está sendo exitosa, ou seja, que as práticas envolvendo Justiça Restaurativa com menores infratores tem dado certo e, por serem factíveis, estão ganhando aceitabilidade pela comunidade e demais estados de federação.

7.2 Brasília – DF

7.2.1 A prática de Gama

O projeto de Justiça Restaurativa desenvolvido na circunscrição jurisdicional da cidade-satélite de Gama²³⁶ teve iniciativa do Ministério Público do Distrito Federal, com aplicação a casos envolvendo crimes de violência doméstica contra a mulher, assim regulados pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ MARÇAL JÚNIOR, O. O Projeto de Justiça Restaurativa da Promotoria de Gama-DF. **Rev. IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano IX, nº 51, p. 198-201, 2008.

Na prática, os casais em conflito são encaminhados para atendimento por equipes multidisciplinar, que os dividem em grupos de pessoas que passam por situações semelhantes de violência. Ressalte-se que a reunião com os homens (que praticaram a agressão) são realizadas em horários diferente das vítimas (mulheres que sofreram a violência). A intenção é que da versão ofertada por cada parte se extraia o material a ser posteriormente trabalhado em conjunto²³⁷.

Em casos assim mostra-se bastante relevante tentar compreender a história de vida do casal, bem como o contexto social em que estão inseridos, o que não pode ser desconsiderado na busca pela solução menos gravosa.

No início da abordagem do autor da agressão, a este é informado que ali ele não está para ser acusado nem julgado, pois aquele não é o momento para avaliar o que já foi feito, mas sim o que virá dali em diante. De igual modo, é esclarecido ao agressor que o procedimento restaurativo é algo paralelo que caminha paralelo ao processo formal, sendo que os resultados dali obtidos poderão ou não ser aproveitados pelo Ministério Público²³⁸.

O objetivo maior dessa prática reside de fato na redução dos danos e traumas causados na relação agressor, vítima e família; a reconciliação do casal é posta em segundo plano. Busca-se em primeiro lugar a orientação, prevenção, superação dos traumas da vítima e na família.

Em casos em que o autor da agressão também é usuário de drogas, além da intervenção participativa, este recebe encaminhamento para grupos de ajuda-mútua, dando início a um acompanhamento restaurativo para curar a dependência e restabelecer os laços com a família²³⁹.

Os registros divulgados dessa prática referente aos meses de abril e junho de 2008, noticiam que cerca de duzentos casais foram convidados a participar do processo restaurativo, mais da metade aceitaram e todos que aceitaram conseguiram resultados exitosos, sob a ótica da redução de danos nos relacionamentos familiares²⁴⁰.

7.2.2 A prática do Núcleo Bandeirante-DF

²³⁷ Ibid., loc. cit.

²³⁸ Ibid., loc. cit.

²³⁹ Ibid., loc. cit.

²⁴⁰ Ibid., loc. cit.

Oficialmente o programa de Justiça Restaurativa no Núcleo Bandeirante²⁴¹ iniciou no ano de 2004, instituído pela Portaria Conjunta nº 15 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, com a criação de uma comissão para análise da adaptabilidade e viabilidade de práticas restaurativas no âmbito do Poder Judiciário do Distrito Federal, ações estas a serem implantadas na comunidade do Núcleo Bandeirante²⁴².

Constatada a aplicabilidade do projeto, no ano de 2005 deu-se início ao projeto piloto nos Juizados Especiais do Foro do Núcleo Bandeirante, sob a coordenação do Juiz Asiel Henrique de Sousa, com aplicação da justiça restaurativa em processos criminais com infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição cível e transação penal.

Como fundamento legal, a prática tem respaldo no artigo 98 da Constituição da República, que foi regulamentado no plano infraconstitucional pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), instituindo nos processos criminais de competência dos juizados um espaço para o consenso, com possibilidade de exclusão do processo criminal para casos em que as partes realizem a composição civil²⁴³.

A prática de Brasília se destaca por ter se especializado em práticas restaurativas aplicadas a adultos, envolvendo processos criminais movidos para apuração de crimes diversos - enquadrados como de menor potencial ofensivo. Tal peculiaridade ressalta ainda mais a plasticidade da metodologia restaurativa. Em outras palavras, isso demonstra que o paradigma restaurativo pode sofrer adaptações sem perder a sua essência, revelando-se um instrumento bastante valioso na busca pela consolidação de uma cultura de paz nas comunidades atingidas pela criminalidade²⁴⁴.

²⁴¹ O Núcleo Bandeirante é uma circunscrição em Brasília - um bairro agregado ao plano-piloto, onde começou o povoamento da nova Capital, no final da década de 50.

²⁴² ORSINI; LARA, op. cit., loc. cit.

²⁴³ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. (BRASIL, 1995, op. cit.)

²⁴⁴ REPUBLICANO, S.; SUASSUNA FILHO, U. A Justiça Restaurativa como opção institucional para Resolução de Disputas. In: ROQUE, E. C. B. R.; MOURA, M. L. R.; GHESTI, I. (Org). **Novos Paradigmas na Justiça Criminal**: relatos das experiências do Núcleo Profissional Forense do TJDF. Brasília: TJDF, 2006, p. 389-390. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/edicoes-especiais/livros/novospdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

Na prática são realizados encontros restaurativos por conciliadores (voluntários capacitados pelo Tribunal de Justiça), que aplicam metodologias e técnicas de mediação sob uma abordagem restaurativa. O êxito das abordagens revela o poder resolutivo que as partes adquirem com o decorrer dos encontros (que pode ser mais de um), para estabelecer direitos e obrigações que vão de encontro aos anseios dos envolvidos com a menor ingerência do estado juiz.

Sobre os resultados do projeto, Republicano e Filho²⁴⁵, profissionais envolvidos em seu desenvolvimento, publicaram:

A abordagem multidisciplinar e a experiência com os casos concretos têm mostrado um ambiente propício à ampliação dessa modalidade de prestação jurisdicional. Trata-se de uma possibilidade de atendimento à qual o jurisdicionado adere por ato voluntário, podendo prosseguir no curso processual tradicional, caso prefira. Mas os resultados obtidos indicam que os sujeitos envolvidos em disputas que participam do Programa de Justiça Restaurativa obtêm melhores resultados de autocomposição e pacificação e maior índice de satisfação com o serviço prestado.

Atualmente na estrutura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, as práticas de Justiça Restaurativa, hoje consolidadas, ficam a cargo do *Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania*, que, por sua vez, é vinculado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPECON, órgão da Segunda Vice-Presidência da Corte de Justiça, conforme estipula o artigo 285, da Resolução n. 13, de 06 de agosto de 2012²⁴⁶.

Institucionalmente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios defende que a aplicação dos princípios e práticas de Justiça Restaurativa no âmbito da corte é algo que tem contribuído substancialmente para uma prestação jurisdicional mais democrática. Como principais efeitos decorrentes das práticas, elenca: a redução dos impactos dos crimes nas pessoas envolvidas; a percepção de justiça por parte desses envolvidos, o que decorre, sobretudo, da participação na solução do conflito, e fomenta o desenvolvimento da autonomia das pessoas; contribuição substancial para a obtenção e a manutenção de relações sociais equilibradas e solidárias; e maior legitimidade social na administração da Justiça²⁴⁷.

²⁴⁵ Ibid., loc. cit.

²⁴⁶ BRASIL. Distrito Federal (TJDFT). Resolução nº 13/2012. Disponível em: http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/2012/publ_resolucoes_2012.asp. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁴⁷ DISTRITO FEDERAL (TJDFT). **Institucional – relatório de atividades NUPEMEC 2012**. Disponível em: file:///C:/Users/L352494/Downloads/Relatorio%20NUPEMEC_2012.pdf. Acesso em: 15 jan. 2016.

7.3 São Paulo - Guarulhos

A prática de Justiça Restaurativa realizada se iniciou no ano de 2006 na cidade de Guarulhos-SP²⁴⁸ e teve o foco direcionado ao atendimento de crianças e adolescentes, com proposta interdisciplinar objetivando contribuir para a transformação de escolas e comunidades que vivem situações de violência, criando-se espaços de diálogo e resolução pacífica dos conflitos.

O projeto foi instalado na Vara da Infância e Juventude de Guarulhos, sendo fruto de parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e as Faculdades Integradas de Guarulhos (FIG). De início foi definido que os trabalhos durariam por um ano de experiência, período em que se realizaria a capacitação de mediadores voluntários para atuarem nos processos, envolvendo especialmente: atos infracionais de natureza leve e conflitos familiares. O enfoque das abordagens consiste em promover a mediação entre autor e vítima e, quando possível, restabelecer as relações, minimizando os danos sofridos.

A metodologia²⁴⁹ aplicada para, de forma gradativa, envolver as equipes interdisciplinares da Vara da Infância e da Juventude no novo modelo de resolução de conflitos, funda-se na crença do poder do diálogo entre os envolvidos, e no argumento de que uma solução amistosa é sempre melhor do que uma contenciosa. Para tanto, as equipes se valem das seguintes estratégias de trabalho: i) reuniões individuais formais inter-pares (juiz x Juiz; promotor x promotor; defensores x defensores, etc) para apresentação e discussão da proposta do projeto; ii) reunião realizada pelo juiz sobre Justiça Restaurativa, com os promotores – atuantes nas Varas Especiais da Infância e da Juventude; iii) reuniões com os diretores de secretaria sobre os procedimentos em relação aos processos em casos de aplicação da Justiça Restaurativa (círculos); iv) distribuição de textos informativos sobre Justiça Restaurativa; v) convite aos membros da equipe técnica (assistentes sociais e psicólogos) para que participem do curso de formação de facilitadores de práticas restaurativas, aprendendo a conduzir os Círculos Restaurativos; vi) encontros com a equipe técnica, cujos membros estão sendo capacitados para atuar como

²⁴⁸ EDNIR, M. (Org.). **Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos**: parceria para a cidadania. São Paulo: CECIP, 2007. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/justica-e-educacao_web.pdf. Acesso em: 15 jan. 2016.

²⁴⁹ SÃO PAULO (TJSP). **Notícias institucionais**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/ArtigoJR-IOB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

facilitadores de práticas restaurativas para discussão de casos; vii) valorização do trabalho desempenhado pelos membros da equipe, motivando-os; viii) apresentação, aos pares, dos procedimentos técnicos e dos resultados dos círculos realizados, demonstrando a seriedade dos mesmos.

O procedimento consiste na realização de círculos restaurativos, momento que possibilita que vítima, agressor e representantes da comunidade se manifestem sobre o fato ocorrido, sendo oportunizado a todos o direito de expressar e ouvir o que o outro tem a dizer, até que se restabeleça um diálogo consensual e respeitoso, ao ponto de viabilizar a reconstrução da relação rompida. Os círculos possuem três fases: o pré-círculo (onde se pontua o foco do conflito a ser trabalhado, se estabelece quem participará do encontro e todo o desenrolar dele); o círculo restaurativo (que se faz de modo sistemático, por meio de técnicas de comunicação, mediação e resolução de conflito de modo não violento); o pós-círculo (para verificação se o acordo elaborado no círculo restaurativo foi cumprido ou não e, caso descumprido, quais as causas)²⁵⁰.

Para a realização do círculo restaurativo, deve-se preencher os seguintes requisitos: (a) a voluntariedade (o círculo não pode ser imposto); e (b) que o autor da agressão não negue a conduta que lhe é imputada (não será discutida a autoria da conduta, pois não se trata de uma câmara de julgamento). Anote-se que além do círculo, é imprescindível a construção e articulação de uma rede de apoio, que atue de modo sistêmico dando suporte ao projeto²⁵¹.

Decorrido o prazo experimental de um ano e constatado os resultados positivos alcançados, o projeto foi aprovado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para funcionar permanentemente na Vara da Infância de Guarulhos, passando a se chamar *Setor de Mediação de Guarulhos*.

Como resultados, desde a implantação o projeto apresenta os seguintes números: atuação em mais de mil processos; o índice médio de acordo nas mediações é de 85% (em casos envolvendo atos infracionais de natureza leve o índice é superior a 90%); o índice de satisfação dos envolvidos nas práticas é de 90%²⁵².

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² Ibid.

Importante destacar que esta prática de Justiça Restaurativa, em que pese a parceria com o Poder Judiciário, teve mais inclinação e difusão no âmbito das instituições de ensino da rede pública, como forma de educar, prevenir, e não apenas reprimir, os menores infratores.

7.4 Santa Catarina - Joinville

Em Joinville-SC²⁵³, no ano de 2003, foi implantado o *Projeto de Mediação* com adolescentes infratores, por iniciativa do Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa. O ato formal de instituição ocorreu com a publicação da Portaria nº 05/2003, regulamentando o projeto no âmbito da Comarca de Joinville e instituindo equipe interdisciplinar²⁵⁴ formada por profissionais das mais diversas áreas. A fundamentação legal do projeto está nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵⁵ (Lei nº 8.069/90), tendo como finalidade a aplicação da mediação como método de resolução de conflitos causados pela prática de atos infracionais.

Em suma, o projeto oferece atendimento fundado em práticas de autocomposição aos menores que cometeram infrações consideradas de menor potencial ofensivo, bem como às pessoas que, direta ou indiretamente, estejam envolvidas no problema (vítimas, familiares, representantes da comunidade, etc.). Na prática, é estimulada a reflexão sobre o que acarretou a transgressão do menor, o restabelecimento das relações familiares e comunitárias, a recuperação da cidadania e a reparação do dano gerado no conflito.

²⁵³ NIEKIFORUK, M.; ÁVILA, G. N. Justiça restaurativa em Santa Catarina: a experiência joinvillense na implantação do projeto piloto de justiça restaurativa junto à Vara da Infância e Juventude. **Rev. Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 1, n. 1, p. 55-67, 2010. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1034/864. Acesso em 29 de fev de 2016.

²⁵⁴ Formada por profissionais qualificados na área de serviço social, orientação educacional, direito, psicologia, dentre outras especialidades, considerando-se ainda integrantes os assistentes sociais forenses, os comissários da infância e juventude, conselheiros tutelares, todos indicados pelo Juiz da Vara. (VEZZULLA, J. C. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006, p. 155).

²⁵⁵ Art. 150. Cabe ao Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, prever recursos para manutenção de equipe interprofissional, destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 18 jan. 2016).

Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico. (BRASIL, 1990, op. cit.)

A proposta de conciliação terá validade apenas nas hipóteses em que o menor infrator reconheça sua culpa e dos danos decorrentes de sua conduta, bem como esteja disposto a pedir desculpas à vítima, e esta venha a aceitar e, sendo possível, busca-se a reparação do dano causado.

Cabe destacar que as funções de mediação e composição dos conflitos envolvendo os infratores, as vítimas e familiares, são desenvolvidas pela equipe interprofissional, que obtendo êxito na prática restaurativa, encaminha o compromisso firmado por escrito à autoridade judiciária, para o desenrolar da causa.

Sobre os resultados obtidos, mesmo não havendo divulgação de dados quantitativos, o Juiz Alexandre Morais da Rosa²⁵⁶, mentor do projeto, ressalta que “os resultados são animadores, estando comprovado o sucesso do projeto pela não reincidência dos atos infracionais”. Segundo o magistrado, o fato de permitir ao adolescente exercer o seu direito de falar sobre o caso, sendo escutado e respeitado no atendimento, gera nele uma melhor reflexão sobre os motivos que o levaram à prática do ilícito, considerando que os agressores muito raramente são estimulados a pensar sobre os reais prejuízos que causou na vítima. Ressalta ainda a importância de oferecer espaço à vítima para enfrentar os traumas causados pela violência do menor infrator, dialogando com ele e estabelecendo, de comum acordo, a melhor forma de reparação dos danos.

7.5 Curitiba - Paraná

Inicialmente, destacamos que esta prática merece realce especial em nosso estudo, uma vez que seu desenvolvimento está direcionado objetivamente ao tratamento de usuários de drogas, apresentando uma proposta de trabalho que nos é particularmente empolgante.

No primeiro semestre de 2005, foi criado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais de Curitiba, um programa de atenção sócio-jurídica a usuários e dependentes de drogas, com o objetivo de prevenir o uso e despenalizar o indivíduo pelo uso pessoal²⁵⁷.

²⁵⁶ ROSA, A. M. Justiça Restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidades. **Rev. IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 205-214, 2008.

²⁵⁷ BACELLAR; MASSA, op. cit, p. 333-337.

O programa, que se desenvolve com práticas do paradigma restaurativo, realiza uma abordagem inicial de acolhimento desses indivíduos, utilizando-se da técnica da entrevista motivacional, que parte do pressuposto que ali há um indivíduo que está sofrendo com o vício, que necessita de ajuda para encontrar novos rumos na vida .

A partir do momento que o usuário é vinculado ao programa, passa-se a desenvolver as seguintes ações: ampliação da rede social do indivíduo usuário; identificação de seu padrão de uso através de avaliações individuais e em grupo; incentivo a conviver em grupos de pessoas que buscam a obtenção de prazer por meio de comportamentos saudáveis, como por exemplo, através do esporte; disponibiliza-se suporte social para o pleno exercício da cidadania, visando à garantia de seus direitos sociais; promoção de medidas político-sociais voltadas ao enfrentamento do uso/dependência²⁵⁸.

Para operacionalização das propostas do programa e na busca de se obter melhores resultados, criou-se a Oficina de Prevenção ao Uso de Drogas (OPUD), que possui caráter socioeducativo, atuando de modo condizente com a realidade e necessidade de cada indivíduo. Anote-se que a participação e frequência nas oficinas são critérios avaliados pelo promotor de justiça e magistrado para aplicação das medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo, analisadas caso a caso.

Os encontros nas oficinas são semanais, com duração média de 13 horas, realizados por uma equipe multidisciplinar, constituída por médicos, psicólogos, terapeutas ocupacionais, sociólogos e assistentes sociais. A ideia central da OPUD é estimular a autocrítica e possibilitar a construção e ampliação da rede social pessoal de cada participante por meio de dinâmicas em grupo, além de direcionamento aos serviços pertinentes e às políticas públicas, notadamente as de cunho assistencial.

Para Bacellar e Massa²⁵⁹,

esse trabalho tem como base o entendimento de que o universo relacional do indivíduo compreende todo o contexto no qual ele está inserido. As redes sociais pessoais se referem à soma de todas as relações que ele percebe como significativas, contribuindo para a construção de sua autoimagem e desempenhando papel fundamental na construção de sua identidade. As

²⁵⁸ Ibid., loc. cit.

²⁵⁹ Ibid, p. 336.

necessidades apresentadas nas oficinas estão diretamente correlacionadas à dificuldade de acesso a recursos sociais, principalmente àqueles ligados a saúde, assistência social e educação. A ênfase desse programa é trabalhar com os usuários de substâncias psicoativas sob o prisma biopsicossocial e espiritual, linha já adotada cientificamente na área de dependência química, e o enfoque de seu trabalho profilático é classificado como de prevenção secundária.

Constantemente é realizada a integração das redes de tratamento de dependência química nos Juizados Especiais Criminais de Curitiba e região metropolitana, no intuito de alcançar melhores resultados na prevenção secundária. Ao mesmo tempo, pretende-se a construção de uma rede social mais ampla, que envolva e motive a comunidade e organizações sociais nas ações de prevenção, vista como um caminho para combater o problema drogas.

Acerca dos resultados alcançados, Bacellar e Massa²⁶⁰ destacam que “houve significativa diminuição da repetição de conduta infracional, com estabilização dos percentuais em índices muito inferiores àqueles verificados anteriormente, na perspectiva da Justiça Retributiva”. Para os autores mencionados, a utilização de práticas restaurativas nos trabalhos desenvolvidos pelos Jecrims de Curitiba foi fundamental para a prevenção ao uso de drogas (prevenção secundária), notadamente porque com a restauração das relações pessoais e sociais dos usuários, conseguiu-se diminuir a escalada da violência.

7.6 O Conselho Nacional de Justiça e o incentivo à Justiça Restaurativa

Por meio da Portaria nº 74 de 12 de agosto de 2015²⁶¹, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ministro Ricardo Lewandowski, instituiu um grupo de trabalho para contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa no Brasil, objetivando desenvolver estudos e propor medidas baseadas no método alternativo para solução de conflitos, que pode ser utilizado em qualquer etapa do processo criminal. Nos termos da Portaria, o grupo é composto por representantes do CNJ e juízes de várias regiões do país que se destacaram pela implementação de práticas restaurativas já concretizadas; o grupo ficará responsável por elaborar a

²⁶⁰ Ibid., loc. cit.

²⁶¹ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf. Acesso em: 10 jan. 2016.

minuta da resolução para implantação e estruturação do paradigma restaurativo de resolução de conflitos em todos os tribunais estaduais e federais²⁶².

Ainda no ano de 2010, por meio da Resolução nº 125²⁶³, o CNJ já vinha estimulando a busca por soluções extrajudiciais de conflitos. Naquele ano foi firmado protocolo de parceria com 20 instituições federais, agências da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organizações Não Governamentais (ONGs), para desenvolver um movimento nacional objetivando a difusão de práticas da Justiça Restaurativa no país²⁶⁴.

Na verdade, o desenvolvimento da Justiça Restaurativa constitui uma das prioridades da gestão do CNJ para o biênio 2015-2016, que inclusive será inserida em uma das metas a serem alcançadas pelos Tribunais de Justiça Estaduais no ano de 2016. Conforme consta na notícia veiculada em 18 de novembro de 2015, no sítio eletrônico do Conselho “a ideia é que os Tribunais da Justiça Estadual especializem, até o final do próximo ano, ao menos uma unidade judiciária capaz de oferecer práticas de Justiça Restaurativa”²⁶⁵.

Em notas do Conselho Nacional de Justiça²⁶⁶:

A Justiça Restaurativa está baseada em uma perspectiva de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores, mediante a aproximação entre vítima, agressor, suas famílias e a sociedade na reparação dos danos causados por um crime ou infração. Dessa forma, envolve diferentes pessoas e instituições na resolução de um conflito, que auxiliam na reparação dos danos causados e na recuperação social do agressor, aplicando o conceito de corresponsabilidade social do crime.

Vê-se assim que a Justiça Restaurativa, apesar de ainda possuir uma tímida expressão no cenário nacional do sistema de justiça criminal, já avançou e

²⁶² BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80362-presidente-do-cnj-cria-grupo-para-estruturar-uso-da-justica-restaurativa>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²⁶⁴ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79333-cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para-ampliar-justica-restaurativa>. Acesso em: 10. jan. 2016.

²⁶⁵ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80940-metas-do-judiciario-justica-restaurativa-pode-ser-alvo-em-2016>. Acesso em: 10. jan. 2016.

²⁶⁶ BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80362-presidente-do-cnj-cria-grupo-para-estruturar-uso-da-justica-restaurativa>. Acesso em: 10. jan. 2016.

atualmente avança em ritmo ascendente, especialmente com a atuação do Conselho Nacional de Justiça, passando a integrar o rol de prioridades do judiciário nacional.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do processo histórico legislativo de tratamento da questão drogas no Brasil, podemos perceber que a conduta adotada pelos operadores do Direito, por um longo período, esteve baseada em penas severas, inclusive com aplicação da privação de liberdade ao usuário de drogas, o que de certa forma, fez surgir um pensar jurídico em relação a estes no sentido de puni-los severamente por - dentre tantos outros fatores - simplesmente estarem inseridos no contexto marginalizado do problema.

O que podemos perceber é que, de fato, o usuário de drogas é um indivíduo vulneravelmente instável, tanto do ponto de vista social quanto jurídico. Ocorre que por décadas, no Brasil, essa vulnerabilidade foi sempre enfumaçada por uma visão provida de lentes repressivo-punitivas. O proibicionismo materializado na política de *guerra contra as drogas*, propiciava aos operadores da norma uma aplicação estritamente dialética da lei ante o fato social, ou seja, mostrava-se suficiente o raciocínio de que para a sociedade sair vitoriosa, era preciso guerrear contra todos os envolvidos no contexto da marginalização, inclusive a figura vulnerável do usuário.

O legislador brasileiro, consciente de estar diante de um problema complexo, que atualmente alcança todos os níveis sociais, alterou a legislação passando de uma lei com visão punitiva fechada (Lei nº 6.364/76), para uma com frestas restaurativas (Lei nº 11.343/2006) no tratamento dos usuários de drogas, possibilitando uma abordagem jurídica mais humanizada. A Nova Lei de Drogas representou e representa um firme passo rumo ao desenvolvimento de uma abordagem técnico-jurídica mais humanitária a ser desenvolvida pelos operadores do direito, com prescrição de medidas de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes.

A *novatio legis* promoveu vários rompimentos com o modelo tradicional de justiça criminal na questão do usuário, de modo a possibilitar o aplicação do paradigma restaurativo, que apresenta princípios e regras mais modernos inclinados à prevenção do uso, reinserção social e redução dos danos sofridos pelos usuários, familiares e sociedade como um todo. As mudanças abrem um leque de possibilidades ao intérprete da norma para trilhar caminhos integrativos do direito

penal na questão em voga, especialmente a valoração da interdisciplinaridade e de uma participação mais ativa da comunidade envolvida.

Por tudo o que foi exposto nesta pesquisa, podemos perceber que a Justiça Restaurativa apresenta-se como uma alternativa possível e viável de ser implementada no tratamento dos usuários e dependentes de drogas, tanto do ponto de vista legal quanto prático. Esse modelo de justiça: permite que todos os envolvidos no conflito possam cooperar com sua solução; reconhece os direitos e garantias inerentes aos sujeitos; potencializa a visualização do usuário também na posição de vítima do problema drogas.

Torna-se crível afirmar que as práticas restaurativas se afastam de qualquer processo de exclusão dos sujeitos na sociedade; pelo contrário, possibilitam a humanização e a pacificação das relações envolvidas num conflito, posto que ao contrário do modelo tradicional de justiça penal, não busca a mera punição dos transgressores das normas estatais – fato que acarreta mais desigualdades sociais – mas propõe uma reconstrução das relações futuras, preocupando-se com o que acontecerá dali em diante. Na verdade, os mecanismos restaurativos possuem como marca a efetivação de uma gestão de conflitos participativa, democrática e não verticalizada, baseada nas relações sociais havidas entre a comunidade e o Estado, tendo como resultado desta interação a mobilização do capital social e construção de uma rede de cooperação.

Em outras palavras, o modo de fazer justiça, sob a perspectiva restaurativa, consiste em dar uma resposta não só às infrações, mas também às consequências geradas por elas, contando com a participação de todos os envolvidos a quem interessa a resolução do conflito. A proposta foca em identificar os males infligidos e influenciar na reparação dos danos, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes – objetiva-se restaurar relacionamentos e não apenas determinar a culpa. Nesse sentido, representa um modelo para alcançar a democracia participativa, com vítima, infrator e a comunidade participando do processo decisório.

Destacamos que de forma alguma o presente estudo se empenhou em negar as qualidades da justiça criminal que é aplicada na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, até mesmo porque é esse modelo retributivo – carências à parte -, que atualmente vem dando respostas à sociedade no enfrentamento da criminalidade cada vez mais crescente e, esse motivo por si só, já se mostra virtuoso por demais.

Tampouco entendemos que o paradigma restaurativo de justiça venha a substituir os procedimentos tradicionais em sua totalidade, na verdade acreditamos que ela possa ser utilizada supletivamente ou alternativamente ao processo criminal (quando possível), e em alguns casos - como pontualmente no do usuário de drogas - essas práticas podem conferir resultados mais exitosos na prevenção e restabelecimento do vício. Essa visão alternativa de tratamento dos conflitos se revela como forma de valorização do ser humano, com um tratamento não violento, fomentador de uma cultura de paz.

Contudo, numa crítica paralela aos meios e fins do modelo retributivo, nos mobilizamos para averiguar o pujante reconhecimento de suas limitações e carências em determinados desdobramentos que se relacionam com o fato criminoso, como no caso da conduta típica de portar drogas para o consumo próprio. Nesse raciocínio, acrescentamos não ser raro presenciarmos vítimas, ofensores e membros da comunidade com o sentimento de que o sistema de justiça não atendeu adequadamente às suas necessidades. De igual modo, na lida forense também presenciarmos profissionais da área da justiça: juízes, advogados, promotores, agentes penitenciários, amiúde expressam sua frustração com o sistema de justiça criminal. De fato, muitos profissionais e estudiosos acreditam que o processo judicial aprofunda as chagas e os conflitos sociais ao invés de contribuir para seu saneamento e pacificação.

E é exatamente de algumas dessas necessidades e limitações que o modelo restaurativo de justiça se ocupa, preocupando-se em tratar questões que o sistema retributivo há muito mostrou-se insubsistente, como por exemplo dar concretude a tão apregoada redução de danos expressada pela Política Nacional sobre Drogas.

Malgrado ainda não possamos afirmar se realmente é possível concretizar todas as promessas do paradigma restaurativo; entendemos ser possível considerá-la um sinal de esperança - um rumo para o futuro -, mostrando-se crível que com as práticas de intervenção, mediação e resolutividade participativa, possamos alcançar melhores resultados no tratamento do usuário e dependente de drogas.

Outrossim, ponderamos que para a implementação da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, dentre outras, faz-se necessário haver uma significativa mudança cultural no meio dos profissionais do direito, inclusive abandonar de uma vez por todas o fadado jargão: “não dá em nada!”, quando nos referimos a práticas restaurativas com usuários de drogas. Essa mudança faz-se necessária para que

possamos entender esse modelo de justiça como capaz de alcançar resultados legítimos e que satisfaça a sociedade como um todo; consigamos perceber o próximo sob um olhar mais humanitário, sem estar agarrado a suposições e hipóteses que fazem parte do nosso cotidiano cruel, como por exemplo, justificar nossa resistência à aplicação desse modelo de justiça aos usuários sob o argumento fulcral de que são eles que sustentam o tráfico de drogas, e por isso deveriam receber uma punição mais severa. É necessário dividir águas, e pensar os problemas isoladamente, pois de forma isolada podemos perceber que assim como nós, enquanto sociedade, somos vítimas do tráfico, os usuários de drogas também o são, com o agravante problemático de estarem presos a uma dependência psicoativa.

Faz-se necessário romper com essa visão que inspira pagar o mal com o mal, retribuir um injusto jurídico por um injusto social, e de uma vez por todas perceber o usuário/dependente de drogas também como vítima, sem necessidade de entrar no mérito das razões que o levaram ao caminho das drogas, isto é, partindo da premissa de que estamos diante de um indivíduo vulnerável, ou melhor, de um ser humano que precisa de tratamento adequado, sob todos os pontos de vista: médico, assistencial, psicológico, familiar, religioso e jurídico.

Em últimas notas, destacamos a importância de disseminar no meio jurídico a visão da Justiça Restaurativa, possibilitando um diálogo mais aberto entre os operadores do direito sobre essa possibilidade alternativa para resolução de conflitos, posto que o problema do uso/abuso de drogas ilícitas no Brasil e no mundo deve ser entendido como algo que vai além dos atributos de legalidade ou ilegalidade formalmente preconizados. É substancial que percebamos se tratar de um problema macrossocial, com implicações jurídicas, antropológicas, psicológicas, políticas, sociais e culturais.

E ainda que para uma real efetivação desse novo paradigma de justiça no tratamento do usuário de drogas, não basta apenas a constatação da possibilidade no campo das leis. Faz-se necessário a integração de todos - União, estados, municípios, segmentos sociais, organizações não governamentais - a fim de propiciar condições de sustentabilidade da proposta, para que os usuários de drogas possam de fato receber um tratamento mais humanizado. Cabe ao Poder Público cumprir seu papel e disponibilizar as ferramentas estruturais adequadas para desenvolvimento das práticas com usuários, desenvolvendo efetivamente políticas

públicas com caráter preventivo e educativo, com foco na redução de danos do problema drogas.

Esperamos ter conseguido demonstrar aos leitores, sobremaneira aos profissionais do Direito, ser plenamente possível a aplicação dos mecanismos de Justiça Restaurativa no tratamento dos usuários de drogas. Todavia repisamos: a concretização dessas práticas alternativas ao modelo tradicional de justiça criminal requer da sociedade e do poder público uma ação conjunta, através de políticas públicas que fomentem a integração dos valores das ciências jurídicas com educação, saúde e assistência social, como forma de se alcançar soluções para minorar os prejuízos acarretados pelo mal das drogas. E nesse particular, continuar acreditando na possibilidade de termos uma sociedade mais igualitária, justa e pacífica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. R. **A política criminal antidrogas no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4486/a-politica-criminal-antidrogas-no-brasil#ixzz2DtpNoQii>. Acesso em: 05 jun. 2014.

BACELLAR, R. P. Mudança de cultura jurídica sobre drogas. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011.

BACELLAR, R. P.; ALMEIDA NETO, J. D. O modelo restaurativo para a solução adequada de conflitos, no contexto dos juizados especiais criminais e das varas da infância e juventude. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011.

BACELLAR, R. P.; MASSA, A. A. G. Prevenção ao uso de drogas nos juizados especiais criminais. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011.

BARALDI, T. C. A.. A violência doméstica sob a ótica da justiça restaurativa. 2006. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, Marília, p. 70. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=28742. Acesso em: 22 nov. 2014.

BARRETTO, V. P. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Para além dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, R. B. (Coord.) **Direitos fundamentais e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, V. A. (Org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BECCARIA, C. B. M. **Dos delitos e das penas** (1764). Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, E. C. B. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social. São Paulo: Manole, 2004.

BONAVIDES, P. **Ciência Política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 11 jul. 2014.)

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 18 jan. 2016).

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 13/2012, de 29 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 891/38 de 25 de novembro de 1938, aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Brasília. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv_Identificacao/del%208911938?OpenDocument. Acesso em: 05 jun. 2014.

_____. Distrito Federal (TJDFT). Resolução nº 13/2012. Disponível em: http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/2012/publ_resolucoes_2012.asp. Acesso em: 15 jan. 2016.

BRASÍLIA. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Notícias institucionais**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Distrito Federal. Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas / Brasília, Presidência da República, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010, p. 13-14. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/2011legislacaopoliticaspublicas.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta processual eletrônica**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 08 fev. 2016.

CARRARA, F. **Programa de direito criminal**: parte geral. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALLARI, C. D.; SODELLI, M. Redução de danos e vulnerabilidades enquanto estratégia preventiva nas escolas. In: SEIBEL, S. D. (Org.). **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2010.

COSTA JÚNIOR, P. J. **Direito penal: curso completo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. 8. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
DIAS, J. F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, R.; MATOS, F. C. **Políticas públicas**. São Paulo, Atlas, 2012.

DISTRITO FEDERAL (TJDFT). **Institucional – relatório de atividades NUPEMEC 2012**. Disponível em:
file:///C:/Users/L352494/Downloads/Relatorio%20NUPEMEC_2012.pdf. Acesso em: 15 jan. 2016.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

DUARTE, C. E.; MORIHISA, R. S. Experimentação, uso, abuso e dependência de drogas. In: ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. 2. ed. Brasília: SENAD, 2015.

DUARTE, P. C. A. V.; DALBOSCO, C. A política e a legislação brasileira sobre drogas. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011.

EDNIR, M. (Org.). **Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania**. São Paulo: CECIP, 2007. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/justica-e-educacao_web.pdf. Acesso em: 15 jan. 2016.

FREITAS, A. G. T. **Estudos sobre as novas leis de violência doméstica contra a mulher e de tóxicos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

GARÓFALO, R. **Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal**. Tradução de Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos, 1983.

GIL, G.; FERREIRA, J. A cultura, o Estado e os diversos usos das “drogas”. In: LABATE, B. C. et al. (Org.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2012.

GOMES, L. F.; CUNHA, R. S. **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOYARD-FABRE, S. **Filosofia e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO FILHO, V.; RASSI, J. D. **Lei de drogas anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABBID, S. A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Rev. Consulex**, ano 6, nº 139, 2002.

HEGEL, F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R., PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JAKOBS, G. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, D. **Direito penal: parte geral**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, J. J. **Direito penal geral**. São Paulo: Atlas, 1998.

LIMA, F. A. F. **Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma**. 2. ed. São Paulo: Scortecci, 2011.

MARÇAL JÚNIOR, O. O Projeto de Justiça Restaurativa da Promotoria de Gama-DF. **Rev. IOB de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, ano IX, nº 51, p. 198-201, 2008.

MARQUES, O. H. D. **Fundamentos da pena**, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MELO, E. R. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005.

MIRABETE, J. F. **Manual de direito penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOLINA, A. G. P.; GOMES, L. F. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, M. **Entre Temis e Leviatã**: uma relação difícil - o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICASTRI, S. Drogas: classificação e efeitos no organismo. In: DUARTE, P. C. A. V.; ANDRADE, A. G. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: SENAD, 2011.

NIEKIFORUK, M.; ÁVILA, G. N. Justiça restaurativa em Santa Catarina: a experiência joinvillense na implantação do projeto piloto de justiça restaurativa junto à Vara da Infância e Juventude. **Rev. jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 1, n. 1, p. 55-67, 2010. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1034/864. Acesso em 29 de fev de 2016.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORSINI, A. G. S.; LARA, C. A. S. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça. **Rev. responsabilidades** - Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, 2013.

PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org). **Justiça restaurativa**. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, 2005.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PROJETO JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. Porto Alegre. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0>. Acesso em: 31 jan. 2016.

RANGEL, P. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REPUBLICANO, S.; SUASSUNA FILHO, U. A Justiça Restaurativa como opção institucional para Resolução de Disputas. In: ROQUE, E. C. B. R.; MOURA, M. L. R.; GHESTI, I. (Org). **Novos paradigmas na justiça criminal**: relatos das experiências do Núcleo Profissional Forense do TJDF. Brasília: TJDF, 2006, p. 389-390. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/edicoes-especiais/livros/novosp.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

RIBEIRO, M. M. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, T. Tráfico, guerra e proibição. In: LABATE, B. C. et al. (Org.). **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: Edufba, 2013.

ROSA, A. M. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

_____. Justiça Restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidades. **Rev. IOB de direito penal e processual penal**. Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 205-214, 2008.

ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas básicos del derecho penal**. Traductor Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Réus, 1976.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÃO PAULO (TJSP). **Notícias institucionais**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/Pdf/JusticaRestaurativa/Artigos/ArtigoJR-IOB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

SCURO NETO, P. Por uma justiça restaurativa “real e possível”. In: Seminário internacional de **Justiça restaurativa**: um caminho para os direitos humanos?. Porto Alegre: ACJB, 2004. Disponível em: <http://www.nest.org.br/colab.pedro.scuro.neto/por.uma.justica.restaurativa.real.e.possivel.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2014.

SCURO NETO, P.; PEREIRA, R. T.. **A Justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação**. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DA INICIATIVA PRIVADA PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE. São Paulo: NEST, 2000. Disponível em: http://www.restorativejustice.org/10fulltext/scuro2/at_download/file. Acesso em: 20 set. 2015.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B.. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VEZZULLA, J. C. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006.

VITTO, R. C. P. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P.; PINTO, R. S. G. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Tânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELO, J. H.. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

APÊNDICE A - A QUESTÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 (RE 635.659)

Inserimos este apêndice com cunho predominantemente informativo e não investigador, pois, malgrado a questão de fundo suscitada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 635.659), em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal não esteja inserida no objeto desta pesquisa, tem-se por indubitável que o julgamento final da matéria pode representar uma enorme mudança e ruptura no atual sistema de justiça criminal dispensado ao usuário de drogas. Releva-se, contudo, que mesmo que o artigo 28 da lei de drogas seja julgado inconstitucional pelo Supremo, isso não representará a solução do problema drogas, e as instituições públicas continuarão a ter que desenvolver propostas e estratégias de redução de danos para garantia dos direitos humanos fundamentais do usuário.

No RE 635.659 discute-se, em sede de repercussão geral, a (in)constitucionalidade de criminalizar a conduta de portar drogas ilícitas para consumo próprio. A questão foi levantada no caso de um mecânico, custodiado em uma cadeia pública, que assumiu ser o dono de três gramas de maconha encontradas por agentes penitenciários, tidas para seu consumo próprio. O fato ocorreu em julho 2009. O réu, Francisco Benedito de Souza, à época casado e com 49 anos, foi condenado com pena alternativa de prestação de serviços à comunidade por dois meses. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo recorreu da sentença, que foi mantida na segunda instância, e após levou o caso para ser apreciado pelo Supremo, em sede de recurso extraordinário. Nas razões do recurso, a Defensoria alega que a criminalização do porte da droga para uso pessoal fere o direito à intimidade e à vida privada do sujeito, contrariando a Constituição Federal. Fundamenta ainda que, criminalizar o uso de drogas fere o princípio da lesividade, segundo o qual só se considera crime a conduta que afeta a bens jurídicos de terceiros ou coletivos; defende que “o porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada 'saúde pública' (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário”²⁶⁷.

²⁶⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal (STF). **Consulta processual eletrônica**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 08 fev. 2016.

No voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, este se posicionou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2016 e, conseqüentemente, pela descriminalização da posse de drogas ilícitas para consumo próprio, e não apenas da maconha, mas de todas as drogas. Aponta o Ministro que “a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz uma ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Na verdade, consiste em desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”²⁶⁸.

Após o voto do Relator, o Ministro Luiz Edson Fachin requereu vista dos autos, e em seu voto, posicionou-se pela descriminalização apenas da posse de maconha para uso próprio. Ponderou o Ministro que

ante a complexidade do problema jurídico que está sob a análise do Supremo no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do *porte* unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade²⁶⁹.

O Ministro Luís Roberto Barroso em análise da questão ressaltou que “o caso concreto aqui em discussão, e que recebeu repercussão geral, envolve o consumo de três gramas de maconha. A droga em questão, portanto, é a maconha. O meu voto trabalha sobre este pressuposto”. Na sequência avaliou que o melhor seria se a questão “fosse discutida em ação de controle abstrato de constitucionalidade”. Concluiu ainda que eventualmente, havendo ação específica de controle abstrato, de bom alvitre seria a realização de uma audiência pública, oportunizando-se a participação de especialistas sobre drogas, como forma elucidar a lógica do crack e perceber até que ponto pode ser comparada à da maconha e, sendo possível, abrir a discussão sobre a lógica das outras drogas ilícitas²⁷⁰.

O caso ainda encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O último andamento²⁷¹ que consta no sítio eletrônico do STF (acompanhamento processual), foi um despacho proferido pelo Relator, em 02 de março de 2016, deferindo a inclusão do Conselho Federal de Psicologia nos autos, para atuar como *amicus curiae*.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.