

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA LEI DE DROGAS: Efetividade ou manipulação?

José Carlos Trinca Zanetti

Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (2010). Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008). Professor de Direito Penal da Puc/Minas. Coordenador e Professor da Pós-graduação de Direito Penal e Processo Penal da Puc/Minas. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Poços de Caldas. Professor de Direito Processual Penal da UNIPINHAL. Professor-Tutor e Orientador da Pós-graduação de Ciências Penais da Anhanguera/LFG.

Alexandre Celioto Contín

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Pós-Graduando em Direito Penal pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Pós-Graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é estagiário de pós-graduação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal.

RESUMO

O presente artigo visa abordar a efetividade ou não da justiça restaurativa estampada no enunciado e diretrizes normativas da Lei de Drogas, Lei 11.343/2006. Cabe salientar que a Lei 11.343/06 sucede um período em que não se mesclava a justiça restaurativa com a justiça retributiva, ou melhor, trabalhava-se única e exclusivamente com a justiça retributiva, seja em relação ao usuário, seja em relação ao traficante (Lei de Drogas). De forma exemplar e observando uma política criminal reveladora da insuficiência da justiça retributiva, surge com a nova Lei de Drogas a possibilidade de se mesclar a justiça restaurativa com a retributiva, dando-se tratamento diferenciado entre o usuário e o traficante. O objetivo é demonstrar que o Estado pode estar manipulando a efetividade da justiça restaurativa em relação aos usuários de drogas no país, dando a falsa sensação que o problema das drogas no país está contido, ou seja, ao que parece o Estado por não possuir estrutura para efetivar os ideais da justiça restaurativa em relação ao usuário, acaba por condenar usuários como sendo traficantes, desprezando e não acreditando na justiça restaurativa aos usuários de drogas.

INTRODUÇÃO

O presente relatório é fruto do desenvolvimento do projeto de pesquisa apresentado ao departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Importa salientar que o objetivo foi abordar a efetividade ou não da justiça restaurativa estampada no enunciado e diretrizes normativas da Lei de Drogas, Lei 11.343/2006 em relação aos usuários de drogas.

A Lei 11.343/06 sucede um período em que não se mesclava a justiça restaurativa com a justiça retributiva, ou melhor, trabalhava-se única e exclusivamente com a justiça retributiva, seja em relação ao usuário, seja em relação ao traficante (Lei de Drogas). De forma exemplar e observando uma política criminal reveladora da insuficiência da justiça retributiva, surge com a nova Lei de Drogas a possibilidade de se mesclar a justiça restaurativa com a retributiva, dando-se tratamento diferenciado entre o usuário e o traficante.

É notório que a justiça retributiva sempre se despontou como sendo a principal resposta penológica, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, com a convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente.

Tal otimismo inicial acabou caindo por terra, predominando hoje um sentimento pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional, ou seja, a justiça retributiva está em crise, principalmente quando se fala no objetivo ressocializador do apenado.

A ideia então é aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social.

Nessa linha, o artigo 1º da Lei 11.343/2006 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário e ao traficante de drogas, tendo em vista que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública.

Analisando o crime de porte de drogas para consumo pessoal, artigo 28 da Lei 11.343/2006, percebe-se a existência de pena (advertência, prestação de serviços à

comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo), mas não de pena privativa de liberdade, atribuindo ao usuário tratamento dentro da justiça restaurativa.

No âmbito teórico a ideia é admirável, mas no plano concreto existe efetividade na aplicação da justiça restaurativa ao usuário de drogas? Quais são os meios que o Estado tem utilizado para efetivar a aplicação das penalidades diversas da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas? O número de condenações por uso de drogas após o início da aplicação da justiça restaurativa (Lei 11.343/2006) diminuiu ou aumentou? Dentro deste aspecto será que o número de condenações por tráfico de drogas diminuiu ou aumentou? Quais são os critérios utilizados no caso concreto para se distinguir o usuário do traficante?

O objetivo é demonstrar que o Estado pode estar manipulando a efetividade da justiça restaurativa em relação aos usuários de drogas no país, dando a falsa sensação que o problema das drogas no país está contido, ou seja, ao que parece o Estado por não possuir estrutura para efetivar os ideais da justiça restaurativa em relação ao usuário, acaba por condenar usuários como sendo traficantes, desprezando e não acreditando na justiça restaurativa aos usuários de drogas.

Caso o objetivo seja alcançado à própria informação com a respectiva divulgação dos resultados (publicação) já será uma forma de combater a manipulação feita pelo próprio Estado na implementação efetiva da justiça restaurativa em relação aos usuários de drogas, que então, deverá arcar com políticas públicas identificadas na própria Lei de Drogas.

CONCEITO DE JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A Justiça Retributiva tem um conceito estritamente jurídico de crime, ou seja, é conceituado como violação da Lei Penal e monopólio estatal da Justiça Criminal. Tal modelo baseia-se no prêmio e no castigo. Passaremos a expor as principais características desse modelo (DUARTE, 2006, p. 50).

O crime é uma ofensa ao Estado; ênfase em estabelecer a culpa do agente, em rever o passado (cada um responde pelo que fez); relação de oposição, processo conflitivo (espaço de conflito); imposição de sofrimento para castigar e prevenir; processo com regras justas; omissão do aspecto interpessoal do crime a uma ofensa social responde-se com outra (ao mal do crime o mal da pena; a pena é a negação do delito que é a negação da norma); a comunidade não intervém, sendo representada (abstratamente) pelo Estado; encoraja os valores individuais, competitivos e conflitivos; ação do Estado contra o agressor, ignorando a

vítima e mantendo o agressor numa posição passiva; responsabilização do agressor por meio da sujeição a uma pena; definição da ofensa em termos estritamente legais, sem atender a valores morais e sociais, nem à dimensão econômica e política do conflito; o crime gera uma dívida para com o Estado e a comunidade em abstrato; resposta centrada no comportamento do agressor no passado; estigma da irreparabilidade do crime; falta de encorajamento do arrependimento e do perdão; ausência de profissionais psicossociais para a decisão do caso; ignorância completa da vítima; criminalização e prisionização;

O atual sistema punitivo adotado predominantemente no Brasil é o sistema retributivo, sistema que se preocupa com a figura do agressor, qual norma jurídica foi violada e qual sanção deve ser aplicada. É totalmente centrado no Estado, que processa e julga, condenando, sendo voltada para o passado, desprezando a história e as relações da vítima. A forma que é executada as penas no Brasil é uma verdadeira forma de retribuição, pois a máxima de ressocialização, que seria o objetivo que a pena deveria alcançar, não é alcançada, pois são inúmeros presos em total descaso, em situações de degradação humana.

A pena neste sentido torna-se um meio de não deixar o indivíduo impune aos olhos da sociedade. Preocupando-se apenas com o agressor, em retribuir o mal causado, o Estado deixa a figura da vítima de lado, concentrando-se em penalizar, esquecendo-se que a função primordial do direito penal seria a ressocialização em sociedade (FREITAS, Priscilla Araujo; BRAGA, Ronaldo Passos, 2015, p.54).

Tal sistema nos parece um sistema “vingativo-punitivo”, uma vez que basicamente retribui o mal causado pelo próprio mal da pena, não sendo efetivado o caráter ressocializador.

Críticas à Justiça Retributiva

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente.

Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão

tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade — absoluta ou relativa — de obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2006, p.27).

Em nossa sociedade, marcada por constantes mutações, cada vez menos o sistema retributivo se demonstra eficaz para atender aos fins de pacificação e controle social. Uma sociedade em constante evolução necessita de um sistema com novos conceitos.

O direito e a justiça, num tal modelo retributivo, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento, mantendo o homem, com isso, sempre preso a uma situação passada, insuscetível de reversão para dar margem ao novo, o que se justifica por este olhar centrado marcadamente no passado, não no presente, muito menos no porvir.

As críticas a esta teoria decorrem da falta de cientificidade, pois ela está fundamentada em um ideal de justiça divina, bem distante do momento em que se vivencia o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto essencial está na função do Estado ser algo mais alcançável do que a justiça absoluta. Visa-se a convivência social de forma pacífica, pois o Estado castiga com o intuito de haver juridicidade na vida da comunidade. Essa forma absoluta do direito de punir supõe uma forma absoluta de Estado que se contrapõe aos Estados modernos democráticos (TORRES, 2014, p. 203).

Expõe-se também que com essa concepção idealista ocorre uma desconsideração do pensamento criminológico que aponta para a realidade do sistema penal, o qual é um sistema justo e desigual que seleciona sua clientela e onde se desenvolvem cifras ocultas da criminalidade, casos em que maior parte dos que cometem crimes ficam impunes. Por fim, nota-se que existe uma busca para resolver o conflito e não solucioná-lo, coisas distintas (GUIMARÃES, 2010, p.103).

Tal sistema parte do pressuposto de que o castigo e punição são atitudes necessárias, com efeito necessário a se fazer valer um respeito à liberdade, como se o castigo fosse uma condição para a existência humana. Percebe-se, todavia, sim de uma condição formal, do mesmo modo que são os conteúdos das leis, que não impõe obrigações positivas como regras de condutas, mas sim o dever de que não se prejudique o outro.

“O direito deixa assim de definir o que são, o que podem ser ou o que serão os direitos de uns ou de outros, mas apenas aquilo que pode ou

não ser de direito, porque é apenas nesta formalidade abstrata, mas também vazia, que pode ser pensado logicamente e operar coercitivamente”. (ROLIM, 2004, p. 58)

Marcos Rolim nos ensina que o sistema retributivo potencializa o próprio problema que se propõe em resolver:

“A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou – em sua “opção preferencial pelos pobres” – seletiva. Mesmo quando rápida e mais “abrangente”, ela não produz “justiça”, porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu, a quem é facultativo mentir em sua defesa. A vítima não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação” (ROLIM, 2004, p. 16)

O regime penal se caracteriza por consagrar o sistema retributivo baseado no delito como ofensa à seguridade social ou existência do Estado, e não como ofensa à pessoa e sua convivência pacífica. Essa premissa dá vazão a uma ideologia vingativo-punitiva do sistema que propõe a retribuição do mal do delito pelo mal da pena (SALIBA, 2009, p. 143).

Assim, desde já, vale refletir a respeito de algumas características da justiça retributiva, já em contraposição à justiça restaurativa, que será tratada no momento adequado. Assim, o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos; analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime; os danos são definidos em abstrato e não em concreto; o Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação; mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor; terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. É-lhe imposta alguma perda ou sofrimento; este processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter pago sua dívida com a sociedade; em razão dos danos causados por esta resposta penal, são concedidas garantias

processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças; os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa. (PALLAMOLLA, 2009, p. 71).

Assim, a ideia é tão somente retribuir ao agressor o mal que ele causou. Ignoram-se, neste sentido, as diferenças existentes entre as pessoas, tratando de maneira igual os desiguais, ignorando as desigualdades sociais, políticas, de gênero, etc. contribuindo para a sua proliferação. É como se o agressor, a partir de um ilícito penal, passa-se a ter uma dívida moral com a sociedade que deve ser paga por meio da punição. Retribui-se o mal pelo mal, não trazendo nenhum benefício real à vítima, à sociedade, e, tampouco, ao agressor.

Dessa forma, o modelo retributivo na atualidade, como sugere o nome, apenas retribui ao indivíduo o mal que este causou. Priva-se o indivíduo de sua liberdade com a falsa sensação de que haverá um efeito pedagógico, e de que, ao final de sua pena, o indivíduo terá refletido sobre suas atitudes e voltará à sociedade arrependido e pronto para seguir as regras por ela impostas. Todavia, a detenção de um indivíduo em regime fechado acaba por não atingir o ideal ressocializador, pois o sistema penitenciário no país é falho em todos seus aspectos.

CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

A vida em sociedade é conturbada e complexada, caracterizada por diversos conflitos entre seus membros. Tais conflitos são um resultado natural da própria relação que caracteriza pela diversidade e diferenças dos seres humanos. Conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso à distribuição de recursos escassos (BOBBIO, 1997, p. 27).

Quando falamos em um conflito penal, é cediço que o ilícito penal gera ao Estado o dever de restaurar a paz social e punir quem viola o ordenamento jurídico. Neste sentido, como principal resposta à infração penal, tem-se a pena privativa de liberdade como medida apta a coibir futuras ilicitudes, com o foco de ressocializar o agente infrator.

Todavia, a ressocialização não se configura como esperado, ante o fracasso do modelo retributivo/punitivo que vigora em nosso ordenamento, uma vez que o agente infrator, ao ser submetido a uma pena que o priva de sua liberdade, acaba por se distanciar da sociedade e iniciando um processo de “dessocialização”, o que, conseqüentemente, vai contra o referido ideal.

Assim, por que não pensar em um modelo alternativo de resolução de conflitos que vise, de fato, ressocializar o indivíduo?

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 nos demonstra, desde logo, a opção do legislador por um Estado baseado na fraternidade, harmonia e solução pacífica dos conflitos.

O estado democrático de direito é fundado na harmonia social e comprometimento com a solução pacífica dos conflitos. Neste sentido, desde o início, a própria Constituição aponta para a necessidade de optar e buscar, sempre que possível, novos meios de solução pacífica para os conflitos.

Os primeiros passos sobre a justiça restaurativa surgem a partir da insatisfação em relação ao sistema de justiça criminal tradicional. Um novo modelo surge com a Justiça Restaurativa, uma alternativa para tratar o fracassado modelo penal, que é fortemente influenciado pelas correntes abolicionistas, questionando o sistema penal, junto à sua legitimidade.

Porém, ao contrário da maioria das correntes abolicionistas, este modelo não propõe a eliminação do sistema penal, mas sim a sua remodelação, de forma que, de fato, o Direito Penal possa ser utilizado para pacificação social, preservando a dignidade da pessoa humana ao propor a sua ressocialização.

A denominação justiça restaurativa é atribuída a Albert Eglash, que, em 1977, escreveu um artigo intitulado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado numa obra por Joe Hudson e Burt Gallaway, denominada “*Restitution in Criminal Justice*”. Eglash sustentou, no artigo, que havia três respostas ao crime – a retributiva, baseada na punição; a distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, cujo fundamento seria a reparação. (BRANDÃO, Delano Cancio, 2010, p. 303).

Há uma grande dificuldade em definir a justiça restaurativa, pois não há um conceito definido. Seu conceito é aberto e fluído, uma vez que vem sempre sendo modificado pelo próprio aprimoramento de suas técnicas no dia a dia em que é utilizado.

“Não há uma ‘forma correta’ de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa (...) A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre a outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos (MORRIS, 2005, p. 442)

Seus objetivos se direcionam no sentido de reconciliar as partes, resolver o conflito, reconstruir laços rompidos no conflito e prevenir a reincidência. A justiça restaurativa não se propõe a abolir a punição, mas sim permite impor uma punição que garante a observância do limite da lei e dos direitos humanos.

A justiça restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos” (JOHNSTONE, NESS, 2007, p. 5).

A Justiça Restaurativa tem como finalidade consertar e reparar o dano, restaurando relacionamentos, principalmente entre a vítima, o agente agressor e a sociedade. Sua premissa maior é o de reparar o dano causado pelo ilícito penal, que não é visto unicamente como uma violação a uma norma jurídica imposta pelo Estado, mas sim também uma violação ofensiva à pessoa da vítima, sendo que, dessa forma, à Justiça Restaurativa cabe identificar o trauma causado que deve ser reparado. Há uma preocupação com a vítima que demonstra a experiência democrática deste modelo, no qual os envolvidos participam ativamente do processo.

“A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. (...) Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça” (ZEHR, 2008, p. 191)

Não há neste modelo a concepção de que um ato ilícito é, tão somente, uma violação à lei, mas sim também um dano causado à pessoa. Neste sentido, torna-se evidente a preocupação com a vítima. Howard Zehr, assim explica:

“O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor” (ZEHR, 2008, p. 192)

Assim explica Raffaella Pallamolla (2009, p. 53):

“Também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, dentre outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo.”

A Organização das Nações Unidas, por meio de sua resolução 2002/12 recomenda que a Justiça Restaurativa seja incorporada à legislação de todos os países, definindo o processo

restaurativo como aquele no qual todos os envolvidos (vítima, agressor e sociedade) participem juntos na resolução do conflito. A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor. (...) Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. Além disso, o processo em si pode, frequentemente, transformar o relacionamento entre a comunidade e o sistema de justiça como um todo.”

Assim, a justiça restaurativa se vale do diálogo entre os envolvidos na busca pela reparação do dano. Vale registrar que, valendo-se do diálogo, a reparação do dano causado por um ilícito pode se dar de diversas formas, seja material, moral ou até mesmo simbólica.

“Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal e caracterizado pelo encontro e inclusão. A voluntariedade é absoluta, uma vez que os componentes da comunidade protagonistas desse modelo alternativo de justiça (autor e vítima) livremente optam por esse modelo democrático de resolução de conflito. A informalidade também é sua característica, malgrado relativa, distanciando-se do formalismo característico do vigente processo penal. O encontro é requisito indispensável para o desenvolvimento da técnica restaurativa, pois o escopo relacional, intrínscico a esse modelo alternativo, é a energia para se alcançar democraticamente uma solução para o caso concreto. Por tudo isso, é fácil entender porque a inclusão também é regra da prática restaurativa, uma vez que os cidadãos contribuem diretamente para o processo de pacificação social. Na justiça tradicional, ao revés, o Estado impõe a vontade da lei e o distanciamento dos envolvidos na relação litigiosa é latente, cabendo-lhes, apenas, um papel de meros coadjuvantes.” (PINTO, 2007, p. 23)

A justiça restaurativa entende que um ato ilícito causa danos às pessoas e à sociedade. Sendo assim, o novo modelo pretende direcionar seu objetivo às necessidades decorrentes do dano, preocupando não só com “quem cometeu o ato ilícito”, mas sim quais são as providências necessárias a partir de então.

Carla Aguiar ensina sobre justiça restaurativa:

“Podemos entender a Justiça Restaurativa como uma reformulação de nossa concepção de Justiça, tendo como objetivo trabalhara compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que, de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para sua resolução.” (AGUIAR, 2009, p. 109)

Assim, diferentemente do que ocorre na justiça retributiva, onde tudo é conduzido por terceiros, a justiça retributiva utiliza procedimentos que incluam aqueles envolvidos no conflito, em especial a vítima. É evidente a preocupação com o futuro, ao passo que se busca reparar o dano, ainda que simbolicamente. O crime é um ato lesivo, a justiça deve reparar o dano e buscar a cura. Neste sentido, o primeiro objetivo é reparar o dano e “curar” a vítima, reconciliando-a, ainda, com o ofensor.

A doutrina apresenta três concepções de justiça restaurativa. A justiça restaurativa é uma forma de justiça voltada para a reparação do dano (material ou simbólica) causada pelo delito (conflito). Os adeptos dessa concepção além de voltar-se para a reparação da vítima buscam (re) integrar o ofensor à sua comunidade e restaurar a própria comunidade, sendo que esse participa do processo restaurativo a fim de contribuir na formulação e cumprimento do acordo restaurativo, bem como desenvolver sua capacidade de resolver seus próprios conflitos, eis que o delito afeta não só a vítima imediata e o ofensor, mas também a comunidade. Esta concepção associa igualmente a reparação do dano feita pelo ofensor ao reconhecimento de sua responsabilidade no ato. O encontro dos envolvidos é buscado, mas não é imprescindível, na medida em que o Estado pode reparar a vítima de outra forma, por exemplo, impondo uma pena ao ofensor diferente de multa ou cárcere (prescinde-se, portanto, da voluntariedade do ofensor para reparar). A reparação pode ser feita, ainda, pela comunidade, não precisando ser necessariamente feita pelo ofensor. (PALLAMOLLA, 2010, p. 14).

Esta concepção volta-se para a transformação, sendo esta entendida de maneira ampla, eis que sua intenção é transformar a concepção das pessoas sobre si mesmas e como se relacionam com os outros, transformar a forma de vida das pessoas, pois parte do pressuposto que todos estão conectados uns aos outros e ao mundo e, por fim, introduzir uma mudança na própria linguagem, abolindo distinções entre crime e outras condutas danosas. Apesar de visar transformações tão profundas, esta concepção não descuida da reparação de dano, uma vez que considera imprescindível identificar as necessidades dos implicados no conflito (vítima,

ofensor e comunidade) para que se possa tentar atendê-las, na medida do possível. (PALLAMOLLA, 2010, p. 14).

A última concepção é a do encontro do diálogo. Nela a justiça restaurativa é vista como uma forma de resolução de conflitos que possibilita que vítima, ofensor e outros interessados se encontrem em um local não tão formal e dominado por especialistas (a exemplo dos advogados, juízes e promotores), para que, principalmente, vítima e ofensor, abandonem a passividade que lhes é imposta pelo processo penal, e assumam posições ativas nas discussões e tomadas de decisões de seus conflitos. Nessa configuração, a justiça restaurativa aparece como uma experiência extremamente democrática na medida em que todos, falam e escutam respeitosamente, e em condições equilibradas de poder, proporcionadas pela formatação do processo, pelos valores da justiça restaurativa e, principalmente pela atuação do facilitador ou mediador. Assim, ao invés da imposição de uma pena pelo juiz, utiliza-se o diálogo para que os implicados cheguem a um acordo sobre o que pode ser feito em benefício da vítima, do ofensor e da própria comunidade. Por meio desse processo, a vítima tem espaço para expressar seu sofrimento e dizer os danos que lhe foram causados, o ofensor pode tomar consciência das consequências de seus atos, e escolher fazer algo para reparar o dano, e juntos, eles chegarão a um acordo, que evidentemente, deve ser razoável e não desrespeitar os direitos humanos. Dessa forma, o que se observa em inúmeras pesquisas realizadas, é que ambos, se sentem tratados de forma mais justa, eis que vivenciam a justiça, ao invés de apenas assisti-la ser realizada por outros, para que, após, apenas recebam o comunicado (sentença) de que foi feita justiça. (PALLAMOLLA, 2010, p. 14).

Tais concepções são se excluem, e pode-se afirmar que elas se completam. É incontestável o fato de que o sistema retributivo não ressocializa o preso e nem se preocupa com as necessidades da vítima.

Assim, o modelo restaurativo aparece fundado em uma cultura de paz, por meio do qual não se resolve o conflito tão somente no campo jurídico, mas sim também em diversas áreas da sociedade, visando diminuir a aplicação de penas privativas de liberdade, que em nada contribuem com a resolução do problema.

O MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA À LUZ DA LEI DE DROGAS

A Nova Lei de Drogas (Lei 11.343/06) enfatiza em seu texto um modelo no tratamento do usuário de drogas, alinhando-se ao modelo de justiça da paz, retirando as sanções impostas do “mal pelo mal” por medidas alternativas.

“Intrínseca nesta análise, o objetivo da Justiça Restaurativa visa solucionar os conflitos que geram uma crise social, exatamente o que acontece hoje na sociedade com o consumo desenfreado de drogas. E, com o intuito de reduzir o impacto causado pela ‘justiça comum’, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma prática solidária, baseada no diálogo, onde é proporcionada a recuperação social do(s) indivíduo(s) como forma pacífica de resolução de conflitos. Esta medida, aliada à Política de Redução de Danos, proporciona à coletividade um bem estar social, reinserindo responsabilidades ao autor do fato e restaurando a paz jurídica”. (GUIMENEZ, DIELE, p. 02)

A Lei 11.343/2006 rompe com as anteriores (Lei 6.368/76 e 10.409/2002), na medida em que tem como característica a intenção de se introduzir uma política sólida de prevenção ao uso de droga, de assistência e de reinserção social ao usuário. A referida lei trouxe diversas inovações ao cenário jurídico.

Há agora maior rigor punitivo ao traficante e financiador do tráfico. Criou-se também o SISNAD (sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), que tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar a política brasileira relacionada com a prevenção do uso indevido de drogas, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes, assim como a repressão à produção e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Sobre as alterações na nova Lei:

“Estabelece para o crime de posse de drogas para uso próprio, penas e medidas diversas da privação da liberdade, além de trazer para o próprio sistema de fixação das penas o consenso e a visão interdisciplinar. Isso torna inegável a adoção do conceito de Justiça restaurativa pelo Direito Penal brasileiro” (BACELLAR e NETO, 2011, p. 311)

Há de se destacar, principalmente, diferentemente do que ocorria em relação à Lei 10.409/2002, a Nova Lei de Drogas distingue o usuário e o traficante, por meio de uma nova política no tratamento do usuário (aquele que tem posse de droga para o seu consumo pessoal) a quem não se comina mais pena privativa de liberdade, recebendo, portanto, um tratamento diferenciado, enraizado nos princípios da justiça restaurativa.

Isso está de acordo com a Resolução 3 do CONAD (Conselho Nacional Antidrogas, que dentre os seus pressupostos está:

“Reconhecer as diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada.”

A Lei de Drogas nos apresenta uma nova ideologia.

“Trata-se, portanto, de uma importante mudança ideológica, principalmente porque a nova lei determina 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”. (GOMES, 2007, p. 27)

Há a despenalização do consumo de drogas, já que não mais se impõe prisão ao usuário ou ao dependente químico, todavia recaindo sobre estes as consequências do Art. 28, dando a ele um tratamento diferenciado.

Importante salientar, porém, que as drogas continuam sendo proibidas, sendo para consumo próprio ou não. Já o dependente deixa de ser um caso unicamente de polícia e passa a ser também um caso de saúde pública.

Isso porque é cediço que a política proibicionista falhou em resolver o problema que sempre se propôs à enfrentar, no que tange às drogas.

“Apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção” (CARVALHO, 2006, p. 156)

Neste sentido, um depende químico, segundo a legislação anterior, e sendo suas penas severas, não teria acesso às clínicas de recuperação, isso porque, mesmo que fosse considerado usuário, teriam de cumprir pena privativa de liberdade, não podendo acessar programas de saúde assistencial.

Sendo, sob a ótica do Direito Penal Mínimo, o Direito Penal um instrumento de controle social, mas cuja utilização só é legítima se utilizado como *ultima ratio*, foi importante que fosse, de fato, dado ao usuário um tratamento diferenciado.

Assim, a atual Lei de Drogas abdica parcialmente à justiça retributiva e alinha-se aos princípios da justiça restaurativa onde a atenção e reinserção do usuário é o seu principal objetivo. Mister citar mais uma vez o objetivo da justiça restaurativa.

“A Justiça Restaurativa ou reparadora pretende substituir o Direito Penal, ou pelo menos a punição, por uma reparação na qual, de um lado, a vítima (e também a comunidade) desempenharia um papel central na resposta ao delito e na pacificação social, ao passo que, de outro, se prescindiria em maior ou menor grau da retribuição como eixo de uma justiça com sintomas de esgotamento. Esta nova Justiça contribui para que cada parte assuma a responsabilidade por sua conduta e para proteger a dignidade das pessoas.” (SAMANIEGO, 2011, p. 314).

Logo, o que se pretende com o Art. 28 da Lei 11.343/06 é, diferentemente do que ocorria segundo a prática retributiva, dar uma resposta consensual e multidisciplinar, onde participam autor do fato e toda a comunidade, na busca por um tratamento adequado ao usuário. Isso porque o sujeito passivo deste tipo penal é a própria coletividade, que deve participar também de sua restauração.

Sob esta perspectiva, importante analisarmos, na íntegra, o Art. 28 da Lei 11.343/06, que dispõe:

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.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

O texto da Lei traz o termo “para consumo pessoal”, que evidencia a figura do usuário. Não se pune o uso de drogas, mas sim o seu porte. Além disso, não há pena privativa de liberdade, mas sim medidas alternativas distintas desta.

O tratamento diferenciado visa reinserir na sociedade o usuário de drogas, que sequer é considerado por completo afastado desta, lhe propiciando um tratamento mais humanitário. A pena de multa somente aplica-se em caso de não cumprimento dessas medidas.

A justiça restaurativa visa, através de uma política antiproibicionista, ao menos no que diz respeito ao usuário de drogas, tutelar o bem jurídico da saúde pública e proteger o usuário de drogas, evitando sua estigmatização social decorrente do próprio Direito Penal. Através do fracasso do modelo retributivo foi possível pensar neste modelo de justiça alinhado à criação dos Juizados Especiais Criminais.

Analisando ainda o §7º do Art. 28 da Lei 11.343/06, o tratamento especializado não aparece como sanção a ser imposta ao dependente. Assim, cabe ao Juiz colocar à disposição do dependente o tratamento, e não impor. Isso faz parte da política de redução de danos, que visa diminuir os danos que o dependente possa causar a ele ou à terceiros.

O papel do SISNAD

Além do procedimento especial e demais inovações anteriormente citadas, a Lei 11.343/06 criou o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (SISNAD) que foi regulamentado pelo Decreto Lei 5.912/2006, tendo por finalidade articular, reintegrar,

organizar e coordenar as atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (Art. 1º do Decreto 5.912/06). Seus objetivos são: Contribuir para a inclusão social do cidadão, tornando-o menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, tráfico e outros comportamentos relacionados; Promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; Promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; Reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

O primeiro objetivo se relaciona com a vulnerabilidade do indivíduo, denominados fatores de risco, que expõem determinado grupo de pessoas, ante suas condições sociais ou características próprias, ao contato da droga.

O segundo objetivo tem relação com dados estatísticos do consumo e tráfico de drogas, de forma que possa se verificar a eficácia das ações já realizadas.

O terceiro objetivo visa a integração entre as políticas de prevenção e de repressão e as políticas públicas do Poder Executivo, de forma a se criar um intercâmbio de informações em todos os setores.

Junto com esses objetivos, o SISNAD, visando proteger o bem jurídico tutelado da saúde pública, estabelece uma política de redução de danos sociais e à saúde, que atua como forma de melhoria em sua qualidade de vida e consequente reinserção social. Assim explica Salo de Carvalho:

“Inúmeras práticas estão associadas aos fundamentos e às políticas de redução de danos. As ações envolvem desde projetos educativos de informação sobre os riscos aos consumidores e acolhimentos de dependentes em locais de tratamento à distribuição de materiais esterilizados para consumo. Em sua intervenção mais incisiva, compreende a própria prescrição de drogas (substitutivas ou não) para dependentes como forma de reinserção social e melhoria de sua qualidade de vida” (CARVALHO, 2010, p. 177)

Essa redução de danos entende que a abordagem das drogas não deve ter uma extinção da droga imediata e obrigatória, mas uma série de atividades que possam, gradualmente, conscientizar o usuário e providenciar tratamento adequado ao dependente.

a) Pragmatismo: uso de determinadas substâncias para a alteração da consciência é inevitável e certo nível de consumo de drogas é normal em uma sociedade, motivo pelo qual muitas vezes é mais factível

conter os danos do que tentar eliminar as drogas; b) Valores humanitários: respeito à dignidade e aos direitos do consumidor de drogas; c) Avaliação dos danos: imprescindível analisar-se o caso para ver se é mais importante a redução do consumo ou a modificação da maneira como é usada a droga; d) Balanço de custos e benefícios: deve-se analisar uma série de variáveis a fim de medir o impacto do projeto de redução de danos, a curto e longo prazos, inclusive para calcular seus custos e comparação a outras medidas; e e) Hierarquia de objetivos: o intuito é o de analisar prioridades e começar o trabalho exatamente por elas. (WEIGERT, 2010, p. 116-117)

Assim, quer-se com as práticas restaurativas e de redução de danos contidas na Lei, respeitar a dignidade do dependente, abordando sua problemática de maneira ampla para que seja possível reestabelecer sua saúde e reinseri-lo na sociedade.

A finalidade do SISNAD está relacionada tanto à prevenção, que se dirige ao consumidor das drogas, seja usuário ou dependente, quanto à repressão, que envolve quem produz ou trafiquem as drogas ilegalmente.

Para tal, o SISNAD conta com órgãos e entidades dispostos no Art. 2º, quais sejam:

Art. 2º Integram o SISNAD:

I - o Conselho Nacional Antidrogas - CONAD, órgão normativo e de deliberação coletiva do sistema, vinculado ao Ministério da Justiça;

II - a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, na qualidade de secretaria-executiva do colegiado;

III - o conjunto de órgãos e entidades públicos que exerçam atividades de que tratam os incisos I e II do art. 1º:

a) do Poder Executivo federal;

b) dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mediante ajustes específicos; e

IV - as organizações, instituições ou entidades da sociedade civil que atuam nas áreas da atenção à saúde e da assistência social e atendam usuários ou dependentes de drogas e respectivos familiares, mediante ajustes específicos.

Tais órgãos e entidades citados, no âmbito das suas respectivas competências, devem se atentar para o disposto no Art. 15 do mesmo Decreto, ou seja, ao alinhamento das suas respectivas políticas públicas setoriais ao disposto nos princípios e objetivos do SISNAD, as orientações e normas emanadas do CONAD e a colaboração nas atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Vale citar ainda que quatro dentre os órgãos e entidades, quais sejam os Ministérios da Saúde, da Educação, da Justiça e o Gabinete de Segurança Institucional, possuem competências específicas definidas no Art. 14 do Decreto.

As finalidades do SISNAD devem ser desenvolvidas a partir dos princípios trazidos pelo Art. 4º da Lei 11.343/06, quais sejam:

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 intersetorialidade 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.

Percebe-se que tais princípios, para terem aplicabilidade, dependem de um conjunto de esforços dos ramos da sociedade e dos órgãos que a regulam, mas, que de toda maneira, ao menos na prática, respeita os Direitos Humanos instituídos pela Constituição Federal de 1988.

A (IN)EFETIVIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA LEI DE DROGAS

Após análise do que é a Justiça restaurativa e do papel do SISNAD para sua efetivação, insta discutirmos se há eficácia/efetividade real em sua aplicação.

O artigo 1º da Lei 11.343/2006 deixa claro que o principal objetivo da Lei de Drogas é conferir tratamento jurídico diverso ao usuário, ao dependente e ao traficante de drogas, tendo em vista que a pena privativa de liberdade em nada contribui para o problema social do uso indevido de drogas, o qual deve ser encarado como um problema de saúde pública.

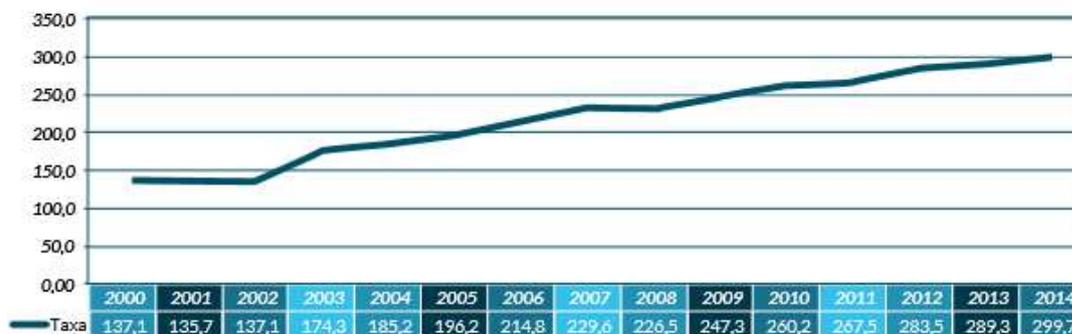
Não há dúvida quanto à boa intenção do legislador ao conferir à nova Lei os princípios existentes na justiça restaurativa. A Lei inova ao pretender conferir tratamento diferenciado ao usuário, dependente e ao traficante de drogas. Inova ainda pretender, através da criação do SISNAD, concretizar as políticas antidrogas no país, como já elencamos no tópico passado.

Não restam dúvidas sobre a evolução, ao menos no plano teórico, que a Nova Lei trouxe ao ordenamento. Procura-se agora dar um tratamento adequado ao usuário de drogas, entendendo-se que seu caso é de saúde pública, afastando-se, por conseguinte, o encarceramento do dependente. Procura-se, ao mesmo tempo, restaurar o dependente, repreender o tráfico de drogas, e reinserir adequadamente, e de maneira saudável, o dependente à sociedade, através de políticas públicas previstas na Lei próprias para tal.

No plano teórico a ideia é admirável e, sem dúvidas, desponta como a principal resposta ao modelo fracasso da justiça retributiva. Mas, algumas perguntas se fazem necessárias: Há, no caso prático concreto, distinção entre o usuário, o dependente e o traficante de drogas? O dependente é tratado segundo os princípios da justiça restaurativa presente na Lei de Droga? Dentro deste aspecto será que o número de condenações por tráfico de drogas diminuiu ou aumentou? Quais são os critérios utilizados no caso concreto para se distinguir o dependente do traficante? Os ideais de reeducação, prevenção e reinserção social, fundamentados no princípio da dignidade humana, previsto na CF e trazidos pela Lei de Drogas, são realmente aplicados ao dependente de drogas?

No Brasil, a quantidade de presos por tráfico tem aumentado desproporcionalmente. No levantamento do Departamento Penitenciário Nacional, concluído em dezembro de 2012, o número de presos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes cresceu 30% entre 2010 e 2012, enquanto que o número de presos em geral aumentou apenas 10% no mesmo período. Atualmente, estima-se que o número de condenados por tráfico ilícito de entorpecentes represente um quarto de todo o contingente carcerário.

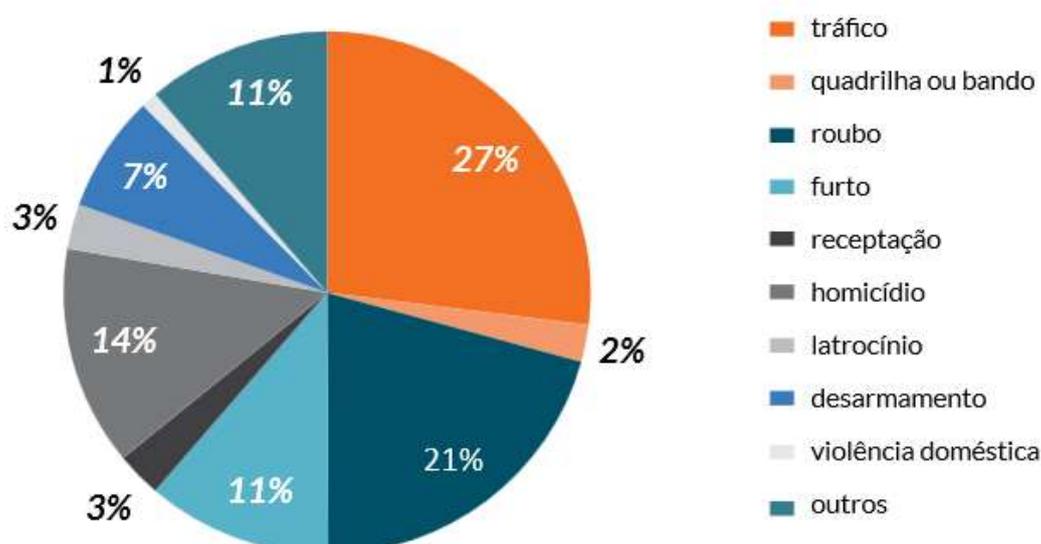
O último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional, de dezembro de 2014, nos traz dados ainda mais expressivos. Vejamos um gráfico demonstrativo:

Figura 5. Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil

Fonte: Infopen, junho/2014

Analisando o gráfico notamos que entre os anos de 2000 e 2014, a população carcerária aumentou 119%. Assim, em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, esse número aumentou para 300 presos para cada 100 mil habitantes. Neste ritmo, a expectativa é que no ano de 2075 uma a cada dez pessoas estejam presas (INFOPEN, 2014).

O que nos espanta, todavia, é, dentre esse aumento de presos no país, a quantidade de presos pelo crime de tráfico de drogas. Vejamos:

Figura 46. Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade

Fonte: Infopen, junho/2014

Em 2006, os presos por tráfico representavam 14% da população carcerária, sendo que em 2012 esse número subiu para 25%. Notamos assim que o número continua a subir, sendo que em 2014, dentre toda a população encarcerada, 27% dela está presa por crimes relacionados à lei de entorpecentes.

Nesta cidade e Comarca de Poços de Caldas, em estudo junto à 1ª Criminal e Execução Penal, constatou-se que dentre os 256 presos recolhidos junto Presídio local, 101 ali estão por envolvimento com crimes previstos na Lei de Drogas, seja preventivamente, provisoriamente ou em cumprimento de pena, o que representa 40% de sua população encarcerada.

O número é expressivo e a situação se torna ainda pior diante da constatação de que considerável parcela dos condenados por tráfico é formada por dependentes químicos, muitas vezes incapazes de autodeterminação, os quais fazem do comércio uma forma de sustentar o próprio vício.

A Lei 11.343/06 dispõe que fica à critério do Juiz entender se a droga destinava-se ou não ao consumo pessoal. O art. 28, §2º da Lei 11.343/06:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Existindo critérios subjetivos que possibilitam ao Juiz considerar se determinada pessoa possuía a droga para consumo pessoal ou para o tráfico, há de se destacar o perigo que uma confusão entre as figuras pode causar no momento de se aplicar a ele a medida mais adequada.

Assim explica Luiz Flavio Gomes, a dar entrevista ao Blog “Último Segundo”, do Portal IG:

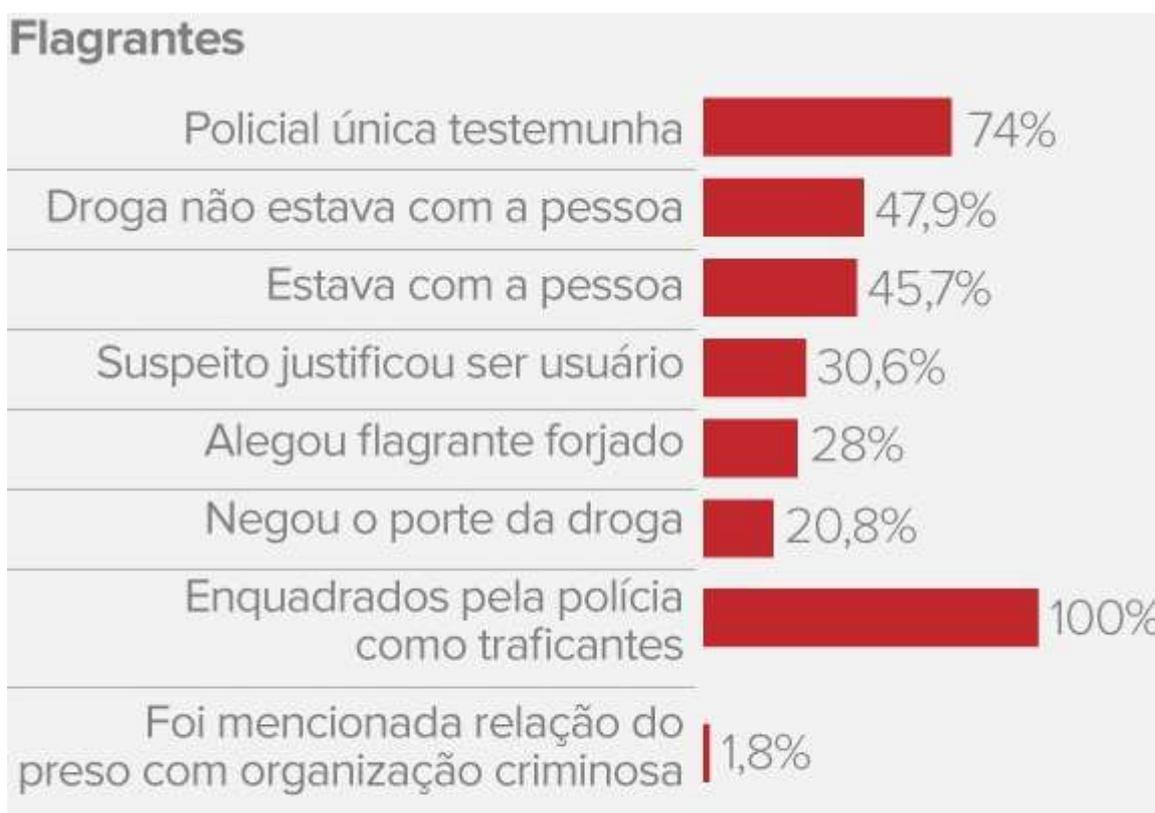
"A lei deu margem a muitos subjetivismos, como de que forma se pode distinguir usuário de traficante. Os oito critérios atualmente usados para se fazer a distinção dão margem para uma série de interpretações que dependem unicamente do delegado e do juiz – e isso é um erro a ser corrigido com urgência."

Assim, nos resta a dúvida de se efetivamente usuários ou dependentes são tratados como as distinções que a Lei se propõe a observar. Conforme os estudos citados há de se questionar o fato de haver um aumento tão considerável no número de prisões por tráfico. Sendo a Lei de Drogas eficaz no cumprimento, à luz da justiça restaurativa, dos objetivos

inovadores que propõe, era de se esperar uma redução no número de presos por tráfico de drogas.

Ora, havendo confusão na antiga Lei quanto à figura do usuário e do traficante, solucionado pelo advento da nova, esperava-se também que houvesse uma redução no número de traficantes. Propondo-se a adotar medidas e programas que visassem garantir a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, percebe-se o seu fracasso quando, mais uma vez, observamos os números de traficantes no país.

Em muito dos casos, quem define quem é traficante e quem é usuário é o próprio policial que atende a ocorrência, visto que, após sua versão, os presos aguardem por meses por um julgamento. Vejamos um infográfico elaborado em junho de 2015 pelo Núcleo de Estudo da Violência da Universidade de São Paulo:



Fonte: NEV/USP

Para Renato de Vitto, diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), “hoje quem faz a gestão da política penal é a Polícia Militar. A PM decide na hora, muitas vezes num juízo preconceituoso, quem vai preso. Não vou demonizar a PM, mas isso mostra que o sistema deve ser melhorado. Há uma aplicação disfuncional da lei” (D’AGOSTINHO, 2015, Portal G1).

Não sendo esta a realidade do nosso cenário, devemos evidenciar a ineficácia da justiça restaurativa na Lei de Drogas. Esta ineficácia, no entanto, não nos parece ser decorrente dos princípios e objetivos da justiça restaurativa aplicadas à esta Lei, os quais tanto nos preocupamos em fixar de modo que anotado o sucesso que o modelo, por si só, possui em seu plano teórico.

As consequências da Justiça Restaurativa ao usuário de drogas: efetividade ou manipulação Estatal?

Muitos dizem, e assim esperava-se, que com a reforma operada em 2006, com o advento da Lei 11.343/06, os usuários passariam a receber uma do Estado uma política de atenção, que tinha por objetivo dar-lhe tratamento especial, em detrimento do que ocorria anteriormente ante a visão eminentemente punitiva das legislações passadas.

A ideia, embora seja aquela estampada pelo texto legal (Lei 11.343/06), não corresponde à realidade, conforme já citado anteriormente. Neste sentido, parece mais viável manter os dependentes na condição de traficante e, tratando-o como criminoso, exercer contra estes ações repressivas, nos moldes da justiça retributiva.

O usuário/dependente é afastado do tratamento adequado e política de atenção, para aproximar-se, novamente, do problema da segurança pública. Luiz Flavio Gomes assim entendeu que "para o objetivo para o qual foi aplicada a lei fracassou, acabou funcionando no sentido oposto, o de prender mais" (GOMES, 2014).

Quando a Lei de Drogas elenca elementos subjetivos para que sejam distinguidos usuários e traficantes, abre-se margem para grande confusão, até porque a maioria dos traficantes são, também, dependentes. Assim, quando dependentes são tratados unicamente como traficantes, os mesmos não recebem tratamento adequado, mas sim, e tão somente, a privação de sua liberdade, inutilizando a proposta restaurativa da Lei 11.343/06.

Em entrevista ao jornal El País, o Advogado e ex- Secretário de Justiça, Pedro Abramovay, assim nos ensina sobre a diferenciação do usuário e do traficante:

“Essa é uma questão fundamental. A aplicação da lei hoje é que quem é rico, é usuário, e quem é pobre, é traficante. Não tem critério. Independente de legalização ou não, é preciso ter um critério que não seja o endereço e a cor da pele da pessoa. E aí existem exemplos em diversos países. O México, por exemplo, estabeleceu uma quantidade [permitida] muito baixa, que não resolve essa questão. Por isso, o fundamental é fazer uma pesquisa, uma análise para saber o quanto

um usuário consome por dia de consumo e estabelecer a quantidade permitida. {...} Uma pessoa com 5 gramas de cocaína é considerada traficante porque ela mora na favela. Não se trata de dizer se uma droga é perigosa ou não.” (El País, 2015)

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em entrevista ao jornal O Globo, assim asseverou sobre o crescimento da população carcerária e também da dificuldade de se distinguir quem é usuário e traficante:

“Estamos em quarto lugar em termos de população carcerária, cerca de 600 mil presos e muitos ligados a essa questão do tráfico. E ainda há muita confusão entre traficante e o usuário ou aquele que é o usuário e trafica por conta do vício. Todo esse debate que chega aqui por pessoas que são surpreendidas com pequenas quantidades de drogas e que alegam que são usuários, mas são tidas como traficantes. Em suma, nós vamos trazer esses temas todos”. (O Globo, 2015)

De acordo com levantamento do Instituto Sou da Paz, com dados do Departamento de Inquéritos Policiais e Corregedoria da Polícia Judiciária e do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (USP), mais de 67,7% dos encarcerados por tráfico de maconha nas prisões do País foram flagrados com posse de menos de 100 gramas da droga, sendo 14% deles com quantidade inferior a 10 gramas. Aliado aos dados dos encarcerados também por tráfico de cocaína – 77,6% com menos de 100 gramas –, 62,17% dos traficantes presos no País exerciam atividade remunerada na ocasião do flagrante, 94,3% não pertenciam a organizações criminosas e 97% nem sequer portava algum tipo de arma. Ou seja, eram ou microtraficantes ou usuários (SHALOM, 2014).

Neste sentido também são os dados obtidos pela pesquisa feita pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em parceria com a Universidade de São Paulo. Veja:



Assim, há a evidente figura do “microtraficante”, ou seja, o usuário dependente que comercializa pequenas porções a fim de saciar o próprio vício, por praticamente nenhuma influência sob o tráfico. A falta de efetiva punição ao usuário de drogas (não estamos falando do dependente, que é viciado, logo, doente mental) pode levar, se houver rejeição à ideia lançada pelo legislador, os operadores do Direito, com o beneplácito da sociedade, ao maior enquadramento dos usuários como traficantes. Essa medida pode desvirtuar as finalidades do novo art. 28 desta Lei, prejudicando, enormemente, o âmbito da punição justa em matéria de crime envolvendo o uso de drogas ilícitas.

Em 2014, David Shalom elaborou uma pesquisa intitulada “*A influência da repressão penal sobre o usuário de crack na busca pelo tratamento*”, motivada pela inconsistência entre os objetivos presentes na Lei de Drogas, que contou com a participação pacientes usuários de crack e profissionais de saúde do Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes, vinculado à Universidade Federal de São Paulo.

Nesta pesquisa ao serem questionados sobre já terem sido abordados por algum profissional da saúde, os usuários de crack responderam que não. Mas quando perguntados se já foram abordados pela polícia, os mesmos responderam que sim, relatando, inclusive, terem vivenciado situações de constrangimento e violência.

Falhando na aplicação de medidas ressocializadoras, de prevenção e reinserção, o Estado é tido pelos dependentes como expressão de repressão. O único contato que os mesmos possuem com o Estado é pela sua prática repressiva e violenta. Assim, uma política de drogas ineficiente acaba por criminalizar o usuário, agravando o problema relacionado à saúde pública.

Existem ainda aqueles que argumentam no sentido de que com o advento da Lei 11.343 em 2006, não havia mais efeitos de criminalização do usuário, já que seu Art. 28 prevê o consumo pessoal com medidas alternativas, com caráter educador e ressocializador. Todavia, como debatido, apesar da política proposta pela Lei, o uso não foi contido. Resta ao usuário, que não recebe o tratamento adequado, o contato violento e repressivo do Estado, que quando lhe confere atenção é para tratar-lhe como um traficante.

As regras, aparentemente, mais flexíveis para que se defina quem é traficante e quem usuário acaba contribuindo para a condenação de quem, de qualquer forma, se envolve com a droga. Mesmo com o aumento do número de presos por tráfico, a circulação de droga continua intacta.

CONCLUSÃO

O uso de droga é prática comum em todas as sociedades do mundo, e, sendo uma questão de saúde pública, é obrigatória a intervenção do Estado. Todavia, quando o Estado interveem de maneira errada, torna-se preocupante as consequências a seus usuários.

Embora a Lei 11.343/06, à luz do modelo de justiça restaurativa, prometa tratamento diferenciado ao usuário, não há distinção clara entre este o traficante, dependendo de análise subjetiva dos antecedentes do flagrado, do local da apreensão e da própria interpretação de delegados e magistrados em relação a cada situação fática. Os critérios usados para distinguir o usuário do traficante dão margem a interpretações erradas e que, conseqüentemente, acarretarão em consequências diversas daquela que o usuário necessita. Além disso, muitas vezes quem faz a distinção é um policial e não um operador do direito.

Conforme demonstrado, os presídios estão lotados de traficante, e grande parte destes, na verdade, são usuários dependentes que deveriam estar internados em clínicas de recuperação, curando seus vícios das drogas. Pior do que as próprias condições precárias em que se encontram os estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas privativas de liberdade é colocar um usuário em convivência com os verdadeiros criminosos que queremos longe da sociedade.

O presente trabalho buscou demonstrar que embora o modelo de justiça restaurativa seja uma boa resposta ao fracassado modelo retributivo, na Lei de Drogas, não há sua real aplicação. Os princípios e objetivos trazidos pelo SISNAD se restringem ao plano teórico, pois o Estado, não verdadeiramente atuante no combate às drogas, falha na efetivação da justiça restaurativa.

Torna-se, assim, preocupante o fato de que, cada dia mais, dependentes químicos estejam sendo encarcerados como se traficantes fossem. Pior, na prática tão seletiva quanto a droga é a prisão. Dependentes químicos pobres são presos como traficantes, enquanto ricos acabam tendo sua conduta desclassificada para a de usuário.

O próprio STF já forçou mudanças na Lei de Drogas quando, por exemplo, em 2012, a Corte entendeu que é possível a liberdade provisória no caso de acusação por tráfico de drogas, derrubando o dispositivo da Lei que impedia tal concessão. Mas, outras mudanças são de extrema urgência.

Em Junho de 2015, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e órgãos do Ministério da Justiça se reuniram na sede da faculdade de Direito da USP para coletaram as opiniões de membros do Judiciário, Ministério Público, polícia, administração penitenciária e saúde acerca da preocupação do superencarceramento em decorrência da aplicação falha da justiça restaurativa na Lei de Drogas.

Uma mudança é necessária e algo precisa ser feito para que os ideias restaurativos tenham eficácia prática e não funcionem como um meio de manipulação estatal.

Já existem estudos promovidos pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais para que seja criado um instrumento de interpretação normativa que diferencie, de fato, o usuário do traficante, dando a cada um dele, um tratamento adequado.

Mais do que pensar na pena, é necessário pensar no tratamento, pois um usuário preso como traficante, não terá seu vício interrompido.

Assim, atribuímos a deficiência na concretização dos objetivos da Lei às próprias instituições do Poder Executivo e Judiciário, incapazes de efetivar todos os princípios, objetivos trazidos pelo SISNAD e a consequência disso é preocupante. A Lei de Drogas não cumpriu seu papel e, em razão disso, lotou os presídios brasileiros em razão dos critérios subjetivos que definem quem é ou não traficante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga**. Civitas, 01 January 2013, Vol.13(1), pp.154-181 Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/13344/9692>>.

Acesso em 10 de Novembro de 2015.

AGUIAR, C. Z. B. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009

BEZERRA, Karina Pinheiro; ROCHA, Raul Chaves. **Justiça restaurativa: uma análise sociológica dos fins que os meios punitivos não alcançam**. FIDES: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade, 2013, Vol.4(1), pp.117-128. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4731776>>. Acesso em 10 de Novembro de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. 3. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. L. Santos, Editora Universidade de Brasília -9ª edição-1997.

BRASIL, Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 10 de Novembro de 2015.

CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

CARVALHO, Jailton. **Prisões por tráfico crescem 30%, mas não afetam negócio ilegal. O Globo, São Paulo**, 14 de jul. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/prisoes-por-trafficocrescem-30-mas-nao-afetam-negocio-ilegal-9034042>>. Acesso em: 15 de Novembro de 2015.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; GIMENEZ, Charlisse Paula Colet. **A Política Criminal de Drogas como Expressão Máxima de Controle Social e Punitivismo do Sistema Penal Contemporâneo: a abordagem minimalista do direito penal pelas políticas preventivas antiproibicionista de redução de danos**. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo/RS. Disponível em <<http://anais.est.edu.br/index.php/salao/article/download/405/183>>. Acesso em 10 de Novembro de 2015.

DUARTE, Paulina do Carmo A. Vieira. ANDRADE, Arthur Guerra de. Org. **Integração incompetências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de**

drogas. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 17.

D'AGOSTINHO, Rosanne. **Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Portal G1 de Notícias, 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>. Acesso em 20/05/2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada. Lei 11343, de 23/8/06**. São Paulo 2º, ed. RT, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2006.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

LARRAURI, Elena. Tendências actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 12, ano XII, p. 67-103, nov./dez, 2004.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMESPINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa: uma possível alternância a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012, Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 de Novembro de 2015

PALLAMOLLA, R. da P. **Breves apontamentos acerca da relação entre justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal brasileiro**. São Paulo: Boletim do IBCCRIM, ano 17, n. 206, jan 2010.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: Ibccrim, 2009

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, C., R. DE VITO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

PINTO, R. S. G. **A construção da justiça restaurativa no Brasil**. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/images/2006-03-06.0596321339>>. Acesso em 8 abril 2016.

Política Nacional Sobre Drogas. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/326979.pdf>>, p. 3. Acesso em 10 de novembro de 2015.

RAUPP, Mariana e BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A Implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre**. In *Revista Ultima Ratio*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROLIM, Marcos. **Justiça Restaurativa**. *Jornal Zero Hora*, 25.01.2004

ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?**. *Revista dos Tribunais*. RT 790/2001. Ago/2001.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009

SANTOS, Cássio André Borges do; ALMEIDA, Rafael Lopes de. **A Aplicação da medida de segurança a dependentes químicos acusados de tráfico ilícito de entorpecentes**. *Revista Publica Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bbc502f239f99ddc>>. Acesso em 15 de Novembro de 2015

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCRIM, 2000.

TORRES, Ana Larrisa Reis. **Fundamentos do jus puniendi estatal e a verificação de sua consonância com os princípios constitucionais**. *Juris Way*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13422. Acesso em 22 de Março de 2016.

Van NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring justice: an introduction to restorative justice**. 4. ed. New Providence: Anderson Publishing, 2010.

VENTURA, Arena, *et al.* **A evolução da Lei de Drogas: o tratamento do usuário e dependente de drogas no Brasil e em Portugal.** Revista Electrónica en Salud Mental, Alcohol y Drogas. Disponível em : [_>](#) Acesso em: 10 de Novembro de 2015

WALGRAVE, Lode. **Integrating criminal justice and restorative justice.**In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.