



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

ANA MARIA PEREIRA DE SOUZA

**MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITO: SUA APLICABILIDADE AO ARTIGO 28 DA LEI N.11.343/06**

Salvador
2015

ANA MARIA PEREIRA DE SOUZA

**MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITO: SUA APLICABILIDADE AO ARTIGO 28 DA LEI N.11.343/06**

Dissertação apresentada como requisito parcial
de avaliação para obtenção do título de Mestre
em Direito Público pela Universidade Federal
da Bahia.

Orientadora: Prof.^a Doutora Alessandra
Rapassi Mascarenhas Prado.

Salvador
2015

S729

Souza, Ana Maria Pereira de,

Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflito: sua aplicabilidade ao artigo 28 da Lei n. 11.343/06 / por Ana Maria Pereira de Souza. – 2015.

146 f.

Orientadora: Profa. Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Mediação. 2. Justiça restaurativa 3. Drogas-Legislação. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345.05

ANA MARIA PEREIRA DE SOUZA

**MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITO: SUA APLICABILIDADE AO ARTIGO 28 DA LEI N.11.343/06**

Dissertação apresentada ao Programa da Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito,
Universidade Federal da Bahia, como requisito final para obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA:

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado – Orientadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Selma Pereira de Santana _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra
Universidade Federal da Bahia

Prof.^a Doutora Isabel Lima

A Deus.

AGRADECIMENTOS

Rendo agradecimentos a Deus, sem Ele nenhuma realização em minha vida seria possível.

Ao meu pai (*in memoriam*) e à minha amada mãe, que representam o exemplo de caráter, honestidade, retidão e amor.

A Rosângela, pelo carinho e auxílio às pesquisas na Universidade de São Paulo (USP).

A Juca, por ser um segundo pai: a demonstração de incentivo, força, cuidado, ainda que o vento se apresente contrário.

Aos professores Selma Pereira, Nelson Cerqueira e à responsável por minha orientação na edificação deste trabalho, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

A Kathiúscia Gil e Luciano Tourinho, que, ao longo deste caminho, concederam-me apoio e incentivo.

Aos amigos, que, apesar da distância, compreenderam o sentido das ausências e emitiram desejos de sucesso.

Os seres humanos são mais felizes, mais cooperativos e produtivos e terão maior propensão a fazer mudanças positivas em seu comportamento quando aqueles que, em posições de autoridade, fazem coisas com eles, e não contra eles ou para eles.

Wachtel, O'Connell, 2010.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a aplicação da mediação penal, como forma alternativa de resolução de conflito, ao artigo 28 da Lei n.11.343/06. Para tanto, foi realizada incursão crítica no sistema penal, a fim de identificar se esse sistema ainda concede respostas eficazes às demandas penais e se atinge as suas funções e finalidades. Partiu-se, inicialmente, de observações do conflito, de como ele tem sido resolvido pelo Direito Penal, bem como das principais insatisfações havidas no seio social e, por fim, da análise da crise no processo penal e suas implicações no universo jurídico penal. Ainda, neste mister, foi identificado o Juizado Especial Criminal como único espaço de consenso existente na Justiça tradicional. Trata-se de procedimento informal, célere e que apresenta aspectos de justiça negocial. Ademais, para finalizar as análises da Justiça Penal, foram trazidas as funções da pena, do Direito Penal, dos princípios informadores e efetividade das penas. Após esta análise teórica e crítica, passa-se ao exame das formas alternativas de resolução de conflitos, momento em que se identificou a Justiça Restaurativa como forma alternativa de resolução de conflito. Assim, foram apresentadas as suas bases críticas, origem, objetivos, princípios, experiências em contextos alienígenas, enfocando, neste trabalho, o processo de esquecimento da vítima, quando o foco das lentes da Justiça convergia apenas para a figura do ofensor e da sociedade. Discorrendo-se sobre as formas alternativas, evidenciou-se na Mediação o principal instrumento da Justiça Restaurativa. Após realizar contextualização dos principais aspectos do uso das drogas ilícitas, bem como pesquisa de campo na CEAPA, passou-se ao exame da eficácia do tratamento concedido ao usuário de drogas, pela Justiça Penal.

Palavras-chave: Mediação Penal. Lei de Drogas. Justiça Restaurativa. Porte de Droga.

ABSTRACT

The objective of this work is to check the possibility of application of mediation as an alternative form of conflict resolution, article 28 of the n.11.343 / 06 law. Therefore, critical raid was conducted in the penal system in order to identify whether this system still provides effective responses criminal demands and, if reaches its functions and purposes. The starting point was initially observations of the conflict, as it has been solved by criminal law, as well as major grievances existing social within, and, finally, the analysis of the crisis in the criminal process and its implications for criminal legal universe. Still, in this occupation, the Special Criminal Court was identified as the only consensus space on traditional justice. It is informal, expeditious and presenting aspects of business justice procedure. In addition, to complete the analysis of criminal justice, they were brought the functions of punishment, criminal law, the informants principles and effectiveness of punishment. After this theoretical and critical analysis, we the examination of alternative forms of dispute resolution, at which time, we identified the restorative justice as a form of alternative conflict resolution, and thus were presented their critical bases, origin, objectives, principles, experience in alien contexts, focusing in this context the victim's process of forgetting, at which time the focus of justice lenses it is converged only to the figure of the offender and society. Discussing alternative forms, evidenced in mediation the main instrument of Restorative Justice and after performing a contextualization of the main aspects of the use of illicit drugs has gone up to the review of the effectiveness of the treatment of the drug user, by criminal justice.

Keywords: Penal mediation. Drug Law. Restorative Justice. Use of Drug.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABORDA	Associação de Redução de Danos
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APRENDA	Associação de Redução de Danos de São Paulo
CAPS-AD	Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas
CEAPA	Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas
CONAPA	Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas
CETAD	Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CVR	Comissão da Verdade e Reconciliação
HIV	Vírus da Imunodeficiência humana
IPSC	Institut de Police Scientifique et de Criminologie
LSD	Dietilamida Ácido Lisérgico
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PA-R	Projeto Alternativo sobre Reparação
PND	Política Nacional sobre Drogas
PNDU	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
R.	Recomendação
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
SIDA	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
VORP	Programa de Reconciliação Vítima Ofensor

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.1	Concepções do Direito Penal e do Direito Processual Penal ao Estado Democrático de Direito	16
2.2	Delineamentos acerca do processo penal brasileiro: incursão teórica e procedimental	17
2.2.1	Juizados Especiais Criminais: espaços de consenso no sistema processual penal Brasileiro	21
2.3	Função da pena: análise crítica	23
2.4	Direito Penal no Estado Democrático de Direito: função e crítica	28
2.4.1	Alguns princípios informadores do Direito Penal	32
2.5	Efetividade das penas	36
3	BASES CRÍTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	39
3.1	Justiça Restaurativa: uma aproximação do seu conceito	44
3.2	Objetivos da Justiça Restaurativa	49
3.3	Princípios da Justiça Restaurativa	51
3.4	Marcos legais internacionais da Justiça Restaurativa	53
3.5	Justiça Restaurativa e sua formatação no Estado Democrático de Direito	57
3.6	Formas procedimentais alternativas de solução de conflitos: mediação, conciliação, conferências de famílias, círculos restaurativos e círculos decisórios	61
3.6.1	Mediação como forma de ampliação dos espaços de participação e deliberação	62
3.6.2	Conferências de famílias, círculos restaurativos e círculos decisórios	69
3.6.3	Bases para aplicação da mediação na Justiça Penal. Procedimento nos juizados especiais	72
3.7	Aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil	77
3.8	Justiça Restaurativa e mediação penal	79
3.9	Sistemas alienígenas relacionados às experiências restaurativas	83
3.9.1	Nova Zelândia	83
3.9.2	Itália	84

3.9.3 Alemanha	85
3.9.4 Canadá	87
4 POLÍTICA DE PREVENÇÃO ÀS DROGAS	88
4.1 Complexidade na relação dos indivíduos e as drogas	91
4.2 Tratamento dado ao usuário frente à nova legislação	96
4.2.1 Críticas à criminalização	98
4.2.2 Direito Penal e sua ineficácia na tratativa das drogas	99
4.3 A política de estratégias de redução de danos	103
4.3.1 Política de redução de danos	104
4.3.2 Redução de danos no Brasil	106
5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS	108
5.1 O tratamento do porte de drogas na Lei n. 11.343/06	109
5.1.1 Análise da descriminalização	110
5.1.2 Bem jurídico tutelado	112
5.1.3 Porte de drogas e penas aplicadas	113
5.2 Atuação da CEAPA de Vitória da Conquista (BA) em relação aos usuários de drogas que praticaram o delito previsto no Artigo 28	116
5.2.1 Método da pesquisa	116
5.2.2 Enfoque do programa CEAPA e procedimento	117
5.2.3 Perfil dos cumpridores do CEAPA e análise dos resultados	118
5.3 A Justiça Restaurativa como meio eficaz à tratativa do usuário de drogas	123
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	132
ANEXO 1 – Entrevista Psicossocial – PSC	144

1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado forte insatisfação da sociedade diante das respostas oferecidas pelo Direito Penal e pelas políticas criminais às situações conflituosas. Várias razões podem justificar tal insatisfação – crescimento das taxas de violência, desrespeito aos direitos individuais, sensação constante de impunidade – ocasionando o descrédito na Justiça tradicional. Esse panorama indica a necessidade de adequação ou mudança do processo penal para atender às exigências de uma sociedade que, assim como o Direito, vive em incessantes transformações.

Esse sentimento de insatisfação não é próprio somente do sistema penal brasileiro. Várias são as sociedades em que tais insatisfações ganham voz. Fala-se, então, que essas são derivadas da crise do processo penal e, a partir desse diagnóstico, vários questionamentos são levantados.

Há muito se questiona sobre a efetividade do sistema penal brasileiro, se ele ainda constitui modelo que restitui o ofensor, a fim de que este não volte mais a delinquir, ou se ainda atinge as suas funções. Ocorre que os fatos têm demonstrado a falência do sistema que, por meio do encarceramento visceral, desnuda qualquer vestígio de dignidade e ressocialização. Evidencia-se, tão somente, progressiva inflação legislativa aliada a um poder punitivo que se distancia, cada vez mais, do caráter retributivo da pena, geradores, por conseguinte, de um ciclo de violências.

A crise do processo penal abriu espaço para discussões de alternativas a esse sistema penal, bem como fortaleceu os caminhos que conduziam para os modos alternativos de resolução de questões. É nesse contexto de transformações sociais, de reclamos por efetividade, que se insere a Justiça Restaurativa, tema objeto deste trabalho.

O estudo da Justiça Restaurativa é, no mínimo, um repensar o atual sistema. Demonstra, também, que, desde o momento em que o Estado se apropriou da resolução dos conflitos, considera-se que ele é o principal ofendido. Cabe, então, ao Estado a iniciativa de punir o infrator, mantendo componentes irracionais quando da resolução dos conflitos. Deste modo, clama-se pela limitação do poder punitivo e por respostas eficazes, pugna-se, assim, por um novo paradigma punitivo.

Junge-se a esse cenário conflituoso o esquecimento da vítima, caracterizado pela fase histórica denominada de “neutralização da vítima”, que sustentou a progressiva perda de seus poderes, em detrimento dos atores principais: ofensor e comunidade.

Dessa forma, o presente estudo objetiva verificar a aplicação da mediação penal, como forma de resolução de conflito, do artigo 28 da Lei n.11.343/06. Isso porque a Justiça Restaurativa, em contraposição à Justiça Retributiva, no gerenciamento dos conflitos, não observa o paradigma crime-castigo, possuindo, dessa maneira, uma lógica dialógica, embasada no consenso e na valorização dos interesses humanos.

A falta da prática dialógica na Justiça Retributiva não permite que sejam observados os reais interesses dos envolvidos no conflito. A não oportunização desse espaço é conducente à insatisfação e, muitas vezes, gera a sensação de que a justiça não foi realizada. A prática consensual realizada nos Juizados Especiais Criminais revela-se, ainda, como única forma dialógica, exercida na Justiça Penal.

Embora existam essas práticas realizadas nos Juizados, elas não podem servir como base para afirmar que as partes discutem profundamente as implicações resultantes da conduta criminosa, haja vista que, em respeito à celeridade própria dos sistemas dos juizados, não há mecanismos e técnicas alternativas que enfoquem a discussão do conflito.

Além disso, no Juizado Especial Criminal, vigoram as técnicas próprias da conciliação, em que se busca unicamente o acordo, diferente da mediação, que objetiva a restauração da convivência pacífica entre os envolvidos no conflito.

Será verificado que a Justiça Restaurativa constitui prática usual em muitos países, desvelando-se, inclusive, as práticas restaurativas originárias e o grau de satisfação e resultados obtidos por tais práticas. Trata-se de um debate frutífero, de relevante interesse, pois estabelece os possíveis rumos da justiça criminal.

A fim de se obter melhor compreensão da temática que ora se desenvolverá, serão feitas, em um primeiro momento, incursões teóricas no sistema penal tradicional, discutindo as funções da pena, efetividade e os princípios formadores do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Com viés notadamente crítico, o estudo buscará apresentar a visão de como a Justiça Penal tem se desenvolvido. No capítulo terceiro, serão lançadas as bases, também de forma crítica, da Justiça Restaurativa. O quarto capítulo enfocará a apresentação do tema das drogas, política de prevenção, política de redução de danos e, ao final, será trazida discussão de como a legislação vigente trata o usuário de drogas. Nessa oportunidade, destacar-se-ão as principais inovações trazidas pela Lei n.11.343/06 e o tratamento dispensado à pessoa do usuário de drogas ilícitas.

O quinto capítulo verificará se a tratativa concedida hoje pela legislação penal vigente constitui modelo efetivo, por meio de pesquisa de campo na CEAPA, bem como analisará se a

aplicação da Justiça Restaurativa, instrumentalizada pela mediação penal, constitui meio eficaz para resolver os conflitos referentes ao drogadito.

2 DA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O conflito, observado numa perspectiva histórica, existe desde os primórdios da humanidade. Seu estudo e análise são objeto de profundas pesquisas. Observou-se, nos trabalhos de Mary Parker Follett (1940, p.29-30 apud ÁLVAREZ, 2003, p.49), preocupação sobre a resolução das contendas em 1900, de forma a se procurar meios para solucionar as situações conflitivas.

Deste estudo, depreendeu-se que a dinâmica de um conflito perpassa fundamentalmente por fenômenos interpessoal e cultural, além do que as desavenças são originárias no seio das próprias comunidades, não sendo sensato classificar, de modo hermético, tais situações beligerantes como positivas ou negativas.

Neste diapasão, ao partir do pressuposto de que os conflitos são situações inerentes a uma determinada comunidade, esse reconhecimento, em si, pode determinar possibilidades de solucioná-los e até mesmo facilitar tal resolução. O exemplo ocidental mais evidente foi o trabalho realizado pelo antropólogo francês Claude Lévi-Strauss, em suas pesquisas indígenas no Brasil, na tribo Nhambiquara, nas quais ele descreve que o conflito cede lugar à negociação (KOZEN, 2007, p.75):

Esses bandos estavam tão mal dispostos entre si como com relação a mim. Durante os primeiros dias, um único bando ali se encontrava [...], o segundo bando chegou no dia seguinte e os indígenas descobriram nele outro alvo para a sua hostilidade. [...] imediatamente, uma longa conversação se entabulou entre seus respectivos chefes, consistindo, antes, numa sucessão de monólogos alternados, num tom choroso e fanhoso [...]. Amigos! Podemos entender-mos!”, etc. [...] Gestos de ameaça se esboçavam, às vezes, e mesmo ocorriam as rixas, enquanto outros indígenas se interpunham como mediadores. [...]. Essa inspeção de conciliação marca o fim do conflito. Com efeito, introduz ela outro gênero de relações entre os grupos: as trocas comerciais. [...] o conflito cede lugar à negociação.

Vê-se, com isso, como é de fulcral relevância o conhecimento da situação particular para, então, aplicar o método mais adequado para a resolução do conflito, que, neste sentido, é visualizado como elemento necessário para a evolução. Por isso, afirma-se que o ciclo de vida de um conflito passa por cinco fases: “o conflito latente, a iniciação do conflito, a busca pelo equilíbrio do poder, o equilíbrio do poder e a ruptura do equilíbrio” (ÁLVAREZ, 2003, p. 58-59).

Além dessas fases, o conflito, quando observado pelo viés da jurisdicionalização,

possui como elementos: as pessoas, o problema e o processo. As pessoas compreendem um indivíduo ou grupo de pessoas. E, muitas das vezes, tal conflito é operacionalizado por uma falta de comunicação ou mesmo por uma comunicação de forma prejudicial, situação que dá ensejo ao problema. No que concerne ao processo, ele é tido como o modo pelo qual um conflito se desenvolve.

Uma busca rápida sobre a história da humanidade evidencia o quanto o homem procurou meios de pacificação dos conflitos até o momento em que sua gerência restou à guarda pelo Estado. Havia, nos tempos da vingança privada, um modo *sui generis* de se fazer justiça e resolver a lide: vigorava a Lei das XII Tábuas, originária da Lei do Talião. Este modelo foi paulatinamente substituído pela composição dos conflitos, na qual a vítima era ressarcida por meio de indenização e, caso isso não fosse possível por meio do consenso, o Estado intervinha de modo a solucionar o problema dentro de um procedimento (CÂMARA, 2008, p.22-28).

Hodiernamente, a resolução de conflito é instrumentalizada por meio de um processo, cujo interventor é o Estado, e os contornos dessa resolução – na maioria das lides – consiste em um processo desgastante, nem sempre equânime e utilizador de métodos invasivos para uma ou ambas as partes.

Assim, o contexto atual é de renovação dessas lentes que visualizam o conflito. O momento, segundo as palavras de Gladys Stella Álvarez (2003, p. 27), é:

O certo é que todos os conflitos acabam por se resolverem – seja mediante a violência, o abandono da relação social ou a submissão autoritária – de maneira que, os fatos, a sociedade já apresenta uma gama de alternativas: o que interessa não é introduzir formas alternativas, mas promover sistemas alternativos adequados aos ideais da moralidade política e social.

Deste modo, quando se fala em formas alternativas para a resolução dos conflitos, não se quer significar abolição do processo da maneira como é utilizado. Porém, tem-se consolidada a necessidade de repensar as formas para melhor solucionar as contendas. Como se verá mais adiante, novas formas de resolução de conflito têm ganhado espaço frente ao exercício da jurisdição.

A forma tradicional de resolução de conflitos, pela qual se utiliza exacerbadamente o Direito Penal, em que o Estado avoca para si o poder de aplicar a punição, valendo-se, para tanto, de meios repressivos – em muitos casos, atentatórios à dignidade da pessoa humana -, acabou por gerar um desgaste e descrédito quanto à sua efetividade, pois que desprovida de resultados positivos.

Ademais, esse descrédito foi a tal ponto crescendo que atingiu a vítima do processo penal, inibindo-a, ao se sentir ofendida ou lesada, de procurar a Justiça Penal para resguardar o seu direito.

Ao se identificar essa consequência resultante da crise do sistema penal posto, tem-se evidenciado que a reintrodução da vítima ao processo de resolução dos problemas, de modo a lhe conceder um grau de participação maior e, por conseguinte fazendo-a acreditar na Justiça Penal, atenua o peso do Direito Penal punitivo.

Muito mais que limitar o poder punitivo estatal, o Direito Penal visa proteger os bens jurídicos que lhe são relevantes e, conseqüentemente, albergar a vítima, de forma a resolver o conflito de forma eficaz. Esta é a maior função do Direito Penal, da criminologia, da dogmática penal e da própria vitimologia.

Por outro lado, ao se falar em devolver o conflito para a vítima, deve-se entender que o foco não está tão somente sobre ela – a vítima – mas também no ofensor e na comunidade. E quando se refere à comunidade, a atenção voltada a esse setor social parte da interpretação do conceito de delito, visto não apenas como um problema técnico, mas também como realidade humana e social (ESCAMILLA; ÁLVAREZ, 2001, p.25)¹.

Neste ambiente de contextualização sobre o conflito e as formas de resolvê-lo, cabe mencionar a ideologia penalística desenvolvida por Beccaria, no século XVIII, quando afirmou que o que é útil e vantajoso para a sociedade não deve ser perseguido de qualquer forma, mediante aplicação de penas cruéis e infamantes. Buscou, assim, em sua ideologia, não a abolição das penas, mas a “construção de um Direito Penal novo”, baseado na ideia de que se o delito agride o tecido social e gera efeitos na comunidade, esta, então, deve apropriar-se do dano causado (CÂMARA, 2008, p.44).

Apesar da intelecção supramencionada, há, em contrapartida, o uso excessivo da reprimenda estatal ou ainda a sua utilização nos moldes em que se mostra falível, de forma tal que não conduz a uma proteção eficiente dos bens jurídicos, pelo contrário, leva a uma inflação penal que desemboca em descrédito e insegurança jurídica frente à sociedade.

Muitas são as demandas jurídicas atuais que poderiam ser plenamente tratáveis em outros ramos do Direito e que, na verdade, são resolvidas pelo meio mais extremo.

Destarte, o contexto contemporâneo é de busca por reformulação do modelo penal, o que, bem verdade, significa construção de paradigma ao modelo da Justiça Penal tradicional.

¹ Esta vertente comunitária está refletida também nos organismos internacionais. Por exemplo, Nações Unidas, Office on Drug and Crimen; Handbook of Restorative Justice. São destacados, nestes documentos, a possibilidade e conveniência de inserir a comunidade na resolução dos conflitos (ESCAMILLA, ÁLVAREZ, 2011, p.26, tradução nossa).

É inconteste, neste cenário, que tal anseio de mudança não visa a um abandono à forma tradicional de resolução de conflito, porém, almeja-se utilizar meio alternativo como medida complementar ao sistema retributivo, sem com isso significar abandono dos princípios e demais postulados formadores do Direito Penal.

2.1 Concepções do Direito Penal e do Direito Processual Penal ao Estado Democrático de Direito

O exercício do poder punitivo estatal, a fim de manter um controle da sociedade para que nela haja o sentimento de segurança e a preservação de seus valores e princípios, precisa conceder resposta condizente às regras prevalentes no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Bobbio (1988, p.32) pondera que o Estado de Direito é aquele que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce nos limites invioláveis dos direitos dos indivíduos, essenciais para o funcionamento dos mecanismos caracterizadores do regime democrático.

Ferrajoli (2006, p.797) define Estado de Direito nos seguintes termos:

O Estado de Direito, como resultado do conjunto de garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metarregras em relação às mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo em maioria, a regra do Estado Social de Direito é aquela a qual *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessam à maioria. Apenas sobre todo o resto vale a regra da democracia política segundo a qual se deve decidir por maioria, direta ou indireta, dos cidadãos. E todavia, em um sentido não formal e político, mas substancial e social de ‘democracia’, o Estado de Direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da *maioria*, os interesses vitais de *todos*. [...] Tudo isto justifica, a meu ver, uma redefinição do conceito de ‘democracia’. Chamarei *democracia substancial* ou *social* o ‘Estado de direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais e sociais; e *democracia formal* ou *política* o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. (grifos do autor)

Assim, a imagem de Estado de Direito é aquela que reúne, em uma concepção sintética, a ideia de um Estado regido pelo Direito proveniente da percepção do povo e de um Estado social que interfere nas relações sociais, às quais acrescenta a ideia de democracia, isto é, do Estado que é democraticamente legitimado (FRANCO, 2007, p.3-4).

A partir dessas conceituações de Estado Democrático, o Direito Penal deve estar definido nos limites dessa democracia política ou formal, pois se assim não fosse, esse direito

seria regido pelas regras de repressão máxima, afastando, desse modo, todo e qualquer limite e garantia.

O Direito Penal, dentro dessa concepção de Estado de Direito, não pode ser arbitrário, sem limites. Esse controle deve ser submetido ao princípio da legalidade, ou seja, à subordinação de leis gerais e abstratas, que disciplinem a forma de seu exercício, servindo à garantia dos direitos fundamentais do cidadão (FRANCO, 2007, p.4).

Destarte, as sanções penais, decorrentes deste Estado Democrático de Direito, por interferirem na liberdade do cidadão, devem conciliar, concomitantemente, a função punitiva do Estado com a garantia dos direitos dos indivíduos.

Outrossim, o Direito Processual Penal que deverá prevalecer no Estado Democrático de Direito é aquele que esteja em consonância com os mecanismos de proteção da Constituição Federal. Assim, ao surgir a violação de norma do ordenamento jurídico penal, impõe-se a utilização do processo penal para apuração do delito e, se for o caso, que seja sancionado o autor. Para isso, é imprescindível que todas as fases processuais sejam respeitadas, do contrário, constituirá grave violação aos direitos do acusado, tutelados pela Constituição (LOPES JUNIOR, 2008, p.21).

Dessa forma, tais implicações do Direito Penal e Processual Penal estão atreladas à teoria do garantismo penal, a qual pugna pela proposta minimizadora da intervenção penal, que deve ser tida como última forma de controle social. E, para isso, não se admite qualquer imposição de pena, deve existir a previsão legal como delito, a imputabilidade e culpabilidade a seu autor; a prova empírica por meio de um juiz imparcial; em um processo público, respeitados o contraditório e a ampla defesa, mediante procedimento legalmente preestabelecido (FERRAJOLI, 2006, p.101).

2.2 Delineamentos acerca do processo penal brasileiro: incursão teórica e procedimental

A legislação referente ao Direito Processual Penal brasileiro em vigência advém do ano de 1941, instituída por meio do Decreto-Lei n.3.689, ano em que, historicamente, vivia-se o Estado Novo, marcado pela forte presença estatal por meio de seu autoritarismo, que predominava em relação ao indivíduo. Tal proposta convém, de logo, sublinhar, se distancia do exposto na Carta Constitucional de 1988, principalmente no que se refere à principiologia (CARVALHO, 2006, p.1).

Quando se analisa, sistematicamente, a forma procedimental tradicional do processo

penal brasileiro, observam-se as marcas fortes de uma justiça retributiva, apoiada em castigo e que vê, nesse caminho, a solução para os conflitos. Na prática, o que se verifica, além de ser a via contrária, é uma completa estigmatização do indivíduo e resultados de inflação do processo penal.

Nesse viés de inflação legislativa processual penal, Luigi Ferrajoli (2006, p.674) pondera, precisamente, que tal movimento inflacionário atual tende a ser sanção mais odiosa que a sanção tradicional. E quando ele, acertadamente, avalia sobre o caráter aflitivo da inflação, faz pensar numa espécie de “pena processual” pela qual o processo penal serve como forma de punição antecipada ou de intimidação policesca ou ainda de estigmatização social, nas palavras do autor. Por essa linha de pensamento, o processo penal assumiria função tão nefasta quanto a pena e já seria uma sanção aplicada àquele que ainda nem foi condenado por um processo finalizado.

Sob uma perspectiva histórica, não há que negar o caráter reformador da pena privativa de liberdade frente à vingança privada, outrora praticada, e hoje, apesar da profunda crise, ainda é a pena privativa de liberdade o principal instrumento da política criminal.

René Ariel Dotti (1998, p.105) pondera:

A prisão tem sido, nos últimos séculos, a esperança das estruturas formais do Direito para combater o processo de criminalidade. Ela constitui a espinha dorsal dos sistemas penais de feição clássica. É tão marcante a sua influência em todos os setores das reações criminais que passou a funcionar como centro de gravidade dos programas destinados a prevenir e reprimir os atentados mais ou menos graves aos direitos da personalidade e aos interesses da comunidade e do Estado.

Por uma leitura psicológica, Sigmund Freud (2006, p.102-103) aponta que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à liberdade e à justiça. Há proibições no seio da sociedade e, a partir do momento em que ocorrem violações, nasce o direito de aplicação do castigo, que pode até ser a decretação da morte.

Nesse ambiente, para enfrentamento dos conflitos, o processo penal é buscado como a solução de todos os males da contemporaneidade. O mal da superlotação carcerária, o mal da ressocialização, ou seja, o fim maior para conflitos presentes e futuros. A função do processo penal é tida como a apresentada por Alberto Binder (2003, p.41):

Em um Estado de Direito, o julgamento de uma pessoa, em consequência do qual ela pode perder sua liberdade, às vezes pelo resto de sua vida, está regulado por um conjunto de princípios historicamente configurados e que têm como finalidade proteger os cidadãos das arbitrariedades cometidas ao

longo da história por esse poder de encarcerar os concidadãos que se reconhece ao Estado [...].

A privação da liberdade somente se justifica aplicar após o desenvolvimento regular de um processo, por ser um meio gravoso e forma de minimização da violência. Assim, o processo penal figurará como medida protetiva ao indivíduo, posto que ele não pode ser penalizado antes de ser processado. E esse processo deve ocorrer em observância às garantias individuais, oriundas da Constituição Federal, embora, na prática, muitas regras constitucionais sejam desrespeitadas.

A teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli, representa a proposta de mensuração de critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal. Afastaria, assim, qualquer forma arbitrária de intervenção estatal que atinja o indivíduo e suas garantias constitucionais.

Essa teoria enumera garantias principiológicas conexas ao Direito Processual Penal, as quais estão intimamente jungidas ao modelo constitucional. A garantia da submissão à jurisdição (*nulla poena, nulla culpa, sine iudicium*) assegura ao juiz o poder de exercer a função jurisdicional; pela segunda garantia, a da não fungibilidade da jurisdição, muito se aproxima da proibição de aplicar medidas discriminatórias à pessoa do réu e impedir favoritismos. Como terceira garantia, está a posição do juiz como terceiro imparcial e sua separação da figura do Ministério Público como órgão exclusivamente acusatório. A presunção de inocência, postulado advogado para impedir a aplicação prévia de privação da liberdade ao réu, surge como quarto princípio que fundamenta a produção de provas que justifiquem a condenação e apresenta como corolário o ônus da prova pertencente à acusação. O último princípio é o do contraditório, formado pela acusação e defesa. São princípios complementares que se ligam entre si, para firmar que são condições sem as quais é proibido castigar (FERRAJOLI, 2006, p.675-677).

As garantias disciplinadas por Ferrajoli estão esculpidas no artigo 5º e incisos da Constituição Federal de 1988 e, assim, visam defender os direitos individuais. O processo, neste proceder, evitará que muitos inocentes sejam condenados, claro que haverá redução dessa quantidade de inocentes. Trata-se, em linhas gerais, de um processo efetivamente garantista e democrático.

Ao Estado é dado o poder de jurisdição, ou seja, de resolução dos conflitos, enquanto ao cidadão é dada a garantia do processo. Mas esse poder retirado da vingança privada e concedido ao Estado encontra limitações de agir, a fim de evitar abuso de poder. Porém, em troca, o cidadão recebe segurança e garantias individuais. Tais princípios não são bases formadoras, apenas, do processo penal, mas sim de todo e qualquer processo que objetive a

condenação do acusado em seu grau máximo: restrição da liberdade. Essas formas garantem que o processo exista a partir de critérios democráticos e seja efetivamente racional.

Tal conotação de democracia e igualdade já vem esculpida desde o preâmbulo da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988):

Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

O procedimento – e aqui não se objetiva trazer diferenciação entre processo e procedimento –, próprio do sistema processual penal, pode ser descrito como: constitucional, democrático, inquisitório e não comunicacional. Este último aspecto pode ser, inclusive, relativizado, tendo em vista a insurgência do procedimento dos Juizados Especiais Criminais. Surge na pretensa ideia de ampliar as possibilidades do processo penal, reforçando a autonomia da vontade.

Entretanto, mesmo que assegurados direitos, o processo penal tem se afastado de apresentar respostas positivas à crescente criminalidade e às várias formas de reprodução de violência, de modo que a seletividade, a corrupção institucionalizada e a concentração de poder sejam fruto de uma “crise” do processo penal. Crise, neste citar, significa descrédito do discurso jurídico-penal, “[...] é o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo [...]” (ZAFFARONI, 2001, p.15-16).

Além da premissa citada, há outro viés que aponta a crise, qual seja o esquecimento da vítima como participante da resolução do conflito. E essa perspectiva de um sistema de justiça mais baseado na vítima não é aspecto novo, mas já decorre de abordagens sobre crime e conflito realizadas no Canadá (SICA, 2007, p.21).

Então, com base nessas duas visões, tanto no aspecto de contradição entre o discurso jurídico penal e aquele efetivamente aplicado quanto do esquecimento dos interesses da vítima, permite-se inferir que esse cenário de crise é ampliado quando se observa que a punição aplicada destona de quaisquer das finalidades do processo penal, principalmente o fim de ressocialização.

2.2.1 Juizados Especiais Criminais: espaços de consenso no sistema processual penal brasileiro

Em razão, principalmente, da crise do processo penal e da influência de marcos normativos estrangeiros, o desenvolvimento de uma política criminal do consenso ganha relevo no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a criação dos espaços de consenso originada nos juizados já despontou como possibilidade para a construção de outras práticas futuras, demonstrando que, para isso, não de convergir ações ordenadas para implementação dessas alternativas consensuais em outros setores do Direito, não apenas na seara criminal. Diálogo, consenso, participação, restauração dos vínculos afetados são características dessa política do consenso, porém, precisam de ações concretas para que não se tornem meros anseios.

Michele Taruffo (2006, p.49) acrescenta à situação crítica pela qual passa o processo penal a crise da efetividade da tutela jurisdicional, derivada dos atrasos da Justiça diante da necessidade de prever soluções mais rápidas e eficazes para as controvérsias e infere que “*justice delayed is justice denied*”². Demonstra ser este um dos fatores mais graves para a crise do sistema processual.

O aspecto fulcral dos espaços de consenso está na formatação de um consenso entre acusação e defesa, de modo que os autores sejam atuantes principais na solução da lide, afastando o caráter impositivo do órgão julgador. Frise-se a existência de outras variantes como objetivos desta via negocial, tal como assegurar a celeridade processual e obter a eficiência tão almejada, diminuindo, por conseguinte, o trabalho dos órgãos jurisdicionais.

A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu, no Brasil, nova forma de justiça criminal, esta pautada no consenso. Tal lei instituiu (AZEVEDO, 2002, p.68-69):

[...] uma lógica de informalização, entendida não como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas como a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas. Para os Juizados Especiais Criminais vão confluir determinados tipos de delitos (com pena máxima em abstrato até um ano), e de acusados (não reincidentes). Com a sua implantação, se esperava que as antigas varas criminais pudessem atuar com maior prioridade sobre os chamados crimes de menor potencial ofensivo.

Percebeu-se que a solução das controvérsias penais poderia ser atingida por meio do consenso, acompanhada de um procedimento oral e que traria celeridade e desburocratização,

²“justiça tardia é justiça negada” (tradução nossa).

aliado ao fato de ampliar a participação popular na administração da Justiça. Tratava-se de momento em que se visualizava tendência relativa a alcançar soluções conciliativas, preocupando-se, de fato, com a situação da vítima, outrora olvidada pelo processo penal (GRINOVER et al., 2002, p.31-32).

De fato, o modelo de justiça criminal baseado no consenso inaugurado pela Lei dos Juizados Especiais foi recepcionado como forma de relativizar a Justiça Penal clássica e estigmatizante. A partir daí, o processo penal atuaria junto a instrumentos como a oralidade, concentração de audiência em um único ato processual, informalidade, economia processual e celeridade.

Aury Lopes Junior (2013, p.956) considera esse momento de introdução da Lei dos Juizados como relevante para romper a estrutura tradicional de solução de conflitos e a sua forma de aplicar a punição por meio de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras trouxe novo marco na tratativa da violência.

Quando se extrapolam esses aspectos e se avalia a base principiológica trazida pela lei, o princípio da informalidade, por exemplo, percebe-se que nele pode ser observada a exata ampliação dos espaços de participação e, por que não dizer, diálogo. Os envolvidos, ou seja, as partes, na tentativa de resolver o problema, atuam de maneira deveras significativa. Exatamente nesse ponto central ocorre a discrepância ao que vige no tradicional sistema processual, enquanto neste não há espaço para o diálogo, a composição dos danos e a conciliação entre os envolvidos. Os Juizados Especiais adicionam essa prática comunicacional que, em muito, contribui para a reconstrução do tecido relacional rompido.

Dois aspectos relevantes podem ser evidenciados em relação à Lei dos Juizados Especiais Criminais, quais sejam: a busca pela reparação dos danos causados à vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Vê-se, desse modo, o quanto os interesses da vítima são postos em destaque, além de tentar afastar a incidência dos efeitos da prisão, que, no que concerne à recuperação do infrator, mostra-se cada vez mais ineficaz.

Apesar de ampla recepção por parte da doutrina à Lei dos Juizados, há os que se levantaram sustentando a inconstitucionalidade da Lei n. 9.099/95. Para isso, fundamentam sua argumentação na hipótese de que a aplicação da pena sem processo, quando da transação penal, feriria o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que expressa o princípio da presunção do devido processo legal, bem como ofenderia os princípios da presunção de inocência e da igualdade processual. Entrementes, a própria Carta Magna, em seu artigo 98, I, excepciona a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo, obedecido o

princípio da proporcionalidade. Quanto à segunda objeção, resta afastada de logo, quando se analisa que aceitar a imposição da pena não quer significar reconhecimento da culpabilidade penal (GRINOVER et al., 2002, p.38-41).

A solução dos conflitos trazida pela justiça negociada já demonstra alguma sintonia a uma nova política criminal que hoje é buscada. Há forte ligação entre aliar a concretização das garantias fundamentais e a produção de provas orais a uma duração razoável do processo, se aceito o acordo. Ademais, traz para a sociedade a sensação de resposta penal rápida, opondo-se ao formalismo penal clássico que, em muito, contribui para a sensação de impunidade.

Ao inaugurar novo modelo de Justiça Criminal, baseada no consenso, a Lei n.9.099/95 apresenta algumas diretrizes básicas: a aplicação consensual da pena, quando da transação penal, não gera reincidência nem antecedentes criminais; a possibilidade de suspensão condicional do processo, evitando a estigmatização decorrente de sentença condenatória, além de permitir inovações como a verdade consensuada e a consecução de princípios como a oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (GRINOVER et al., 2002, p.43-46).

Outro aspecto relevante da Lei dos Juizados Especiais diz respeito às quatro medidas despenalizadoras quando se referirem a infrações de menor potencial ofensivo: havendo composição civil, resultará em extinção da punibilidade; se não houver tal composição, poder-se-á aplicar pena alternativa; necessidade de existir representação da vítima para as lesões corporais culposas ou leves e, por fim, a possibilidade de suspensão condicional do processo (GRINOVER et al., 2002, p.46).

Essas mudanças pontuais erigidas pela Lei dos Juizados não resolvem o problema da crise do sistema criminal, porém, atenuam os efeitos do cárcere, além de apresentarem resposta que seja proporcional ao cometimento da infração.

Afora a aplicação do consenso, que se instrumentaliza entre outras formas, pelas práticas observadas no juizado especial, o processo penal, em sua formatação mais repressiva, se instrumentaliza por meio da pena.

2.3 Função da pena: análise crítica

O conflito que se visa solucionar por meio do processo penal tem na sanção penal a sua resposta. É cediço que as funções da pena não estão, de certo modo, harmonizadas na

sociedade moderna. Bem verdade que se tem, pois, no atual “[...] Estado Democrático de Direito, passaram a exigir do Direito Penal mais do que a vingança pública, a mera expiação da culpa ou, ainda, sua duvidosa eficácia dissuasória” (SICA, 2002, p.21).

É sabido que essa discussão, além de não ser pacificada, tem uma razão justificável, posto que perpassa pelos limites do direito de punir, delimitando o cerne de todo sistema penal aliada à questão da existência de debates filosóficos-jurídicos que orientam sistemas do Direito Penal. Jorge de Figueiredo Dias (1999, p.89) pontua essa relevância:

A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins penais, é no fundo toda a teoria do Direito Penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais de legitimação, fundamentação e justificação da intervenção penal estatal.

Ao se falar na ideia primária da pena, remonta-se ao Período Paleolítico, quando havia a distinção entre ações permitidas e/ou aceitas e as ações proibidas e suas devidas punições (SICA, 2002, p.21).

Essa ideia trazida do período Paleolítico se transmuta, paulatinamente, quando se iniciaram as formações de grupos mais organizados, os quais manifestavam as reações punitivas de modo parecido ao que hoje existe na Justiça Criminal.

Sob o ponto de vista sociológico, essas organizações reafirmavam os ideais coletivos, elas puniam deliberadamente, o que as diferencia das sociedades modernas, que transformaram essa reação de vingança em resposta limitada, nas exatas palavras de Émile Durkheim (2004, p.83):

[...] existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciência é comum a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente, pelo menos no que ela tem de essencial [...].

Leonardo Sica (2002, p.56) destaca que do Estado Democrático de Direito emergem duas funções inafastáveis: a limitação do *jus puniendi* e a manutenção da paz social. A função da pena decorre, portanto, do próprio modelo estatal e representa uma das faces mais visíveis do poder do Estado perante o povo.

A esse entendimento converge o pensar de que um Estado Democrático de Direito deve evitar o serviço de interesses que não sejam convenientes para a maioria dos cidadãos ou que desrespeitem os limites frente às minorias ou violar as garantias próprias do Estado de Direito (PUIG, 2006, p.104-105).

Os princípios constitucionais limitam a punição exercida pelo Estado por meio do *jus*

puniendi, porém, muitas inquietações, seja no plano subjetivo ou mesmo no concreto, geram, ainda, inúmeras discussões a fim de compreender a real função da pena.

Ainda sobre a supramencionada função da pena, Heiko Lesch (1999, p.4) afirma: “[...] se puede decir que la pena es un mal, que se causa a una persona em um procedimento público-general, llevado a cabo por el Estado, [...] se ha producido la lesión de uma regra jurídica[...]”³.

Afiguram nesse contexto de função da pena as teorias absolutas e relativas das penas, no entanto, merecem ressalvas, principalmente para os defensores da teoria da prevenção geral positiva, posto que há certo distanciamento entre a proposição teórica e a natureza da pena, que, pelo menos, em uma parte permanece como vingança pública. Outro importante aspecto dessas teorias é o fato de que as várias correntes que desenvolvem a função da sanção penal não possuem um fundo linear, elas se conectam ao longo do tempo.

Pela teoria absoluta ou retributiva, por meio da imposição da pena, atribui-se o fim de realização da justiça. Aplicando-se a pena, retribui-se o mal causado, ou seja, ela é configurada como uma indenização pelo mal praticado, assim, a pena e o crime são relacionados a partir de uma lógica obrigacional (CARVALHO, 2013, p.53).

Considera-se como contribuição da teoria absoluta a limitação da pena à culpabilidade do agente. Trata-se de limitação ao poder de agir estatal, para que aja na conformidade entre a pena aplicada e a justa medida da culpa pelo crime ocorrido (SICA, 2002, p.57).

A pena está ligada à ideia de castigo, punição. A história está marcada pela natureza retributiva e, assim, retirar da cultura penalística esta lógica repressiva constitui tarefa das mais difíceis.

Sustentam alguns estudiosos, a exemplo de Claus Roxin (1998, p.33), que, quando da aplicação da pena, além da prevenção geral, há um aspecto da prevenção especial que se faz presente, qual seja a intimidação do acusado, o que o manterá mais afastado de uma possível reincidência.

O posicionamento supramencionado é contraposto pelo entender de Miguel Reale Júnior (2009, p.54-55), que sustenta uma posição axiológico-concreta da finalidade da pena. Aduz que nem do ponto de vista da prevenção geral, tanto da especial, existe a necessidade de castigo, a pena é carecedora de justificação teórica, posto que sua finalidade essencial é demonstrar a relevância de determinado valor jurídico, afrontado pelo ato delituoso.

³ “Pode-se dizer que a pena é um mal, que se causa a uma pessoa em um procedimento público-general, realizado pelo Estado, [...] tem havido lesão a uma regra jurídica [...]”. (tradução nossa)

A teoria relativa da pena, diferentemente da teoria absoluta, busca fins preventivos e a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua realização. Tal teoria se divide em: prevenção geral (negativa – teorias de dissuasão) e prevenção especial (positiva – teoria da emenda) (CARVALHO, 2013, p.61).

A prevenção geral negativa apresenta como função a intimidação, enquanto pela prevenção geral positiva a pena se incumbe em afirmar a validade do sistema, sentido limitador do poder punitivo estatal. Já a prevenção especial orienta-se pelos ditames da ressocialização do agente, tentando evitar que haja estigmatização pela resposta penal (DIAS, 1994, p.23).

Imprescindível salientar que, ao analisar as funções da pena, ela oferece proteção em *ultima ratio* ao bem jurídico, além de visar à reprovação penal, assumindo na pessoa do condenado caráter aflitivo e preventivo. Resumir as funções da pena a tais características seria limitador demais, porquanto o Estado se utiliza de instrumentos outros de prevenção da criminalidade (CAMARGO, 2002, p. 34).

E justamente por ser meio mais gravoso de intervenção estatal é que a medida penal deve ser utilizada com moderação e subsidiariedade. Infelizmente, em decorrência das altas taxas de criminalidade, o Direito Penal tem sido escolhido como primeira forma de controle da desarmonização, todavia, a repressão dessas condutas deve emergir de atuações pautadas no Estado de Direito. Isto não somente desnuda qualquer tentativa de arbitrariedade, como, também, reinsere o condenado aos valores presentes naquele grupo social.

O Direito Penal, seguindo a natureza subsidiária, só pode punir lesão a bem jurídico se for indispensável para uma vida comum ordenada. Se bastarem os meios do Direito Civil e do Direito Público, não se deve aplicar o Direito Penal (ROXIN, 1998, p.28).

Tão importante quanto elucidar as funções da pena é verificar a condição pela qual é exposto o condenado após a expiação da mesma. Condição que significa aqui o seu retorno ao seio social, que nem sempre está preparado para recepcionar o condenado. Flagra-se, neste ponto, lacuna importante que ultrapassa os fins penais, sendo, bem verdade, efeito da aplicação de uma reprimenda que, apenas, tencionou restaurar parte do tecido social, inobservando os efeitos da prisão na vida do condenado.

Há de ser considerada a personalidade do acusado, compreender não só a condição bio-psicológica, mas também do contexto social. Destarte, manter olhar acurado apenas no anseio de ressocialização ou de fim da criminalidade, sem que haja interesse no acusado, desnatura os fins penais.

O entendimento de que a função da pena mereça ser medida no conceito de culpa constitui forma que se coaduna ao Estado de Direito, quer significar, outrossim, que ao particular é assegurado o direito de que o Estado não estenderá seu poder penal para além do correspondente à medida da responsabilidade do condenado.

Correlato à ideia de justificação da pena, Claus Roxin (1998, p.37) afirma:

[...] Tal é justo e legítimo não porque aquele que tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico, mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade [...]. Quem não quiser tal aceitar como justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado.

Imperiosa a ilação feita por Claus Roxin (1998, p. 43) no sentido de conferir adequação entre aplicar sanção e cuidados quanto à condição do acusado: “[...] proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual”.

Esse compreender conduz à logica de que a pena, entendida como castigo ou meramente como uma sanção proporcional ao delito praticado, de todo modo, em seu formato mais radical, restringe a liberdade do indivíduo e para que qualquer propósito ressocializador ou preventivo de maiores danos futuros à sociedade sejam factíveis, mister se faz seja aplicada a pena nos estreitos limites dos princípios que envolvem o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, ao se analisar a função da pena a partir do marco de justificação, erigido por Ferrajoli (2006, p.312-313), destaca-se, em primeiro lugar, o Direito Penal, como único objetivo da prevenção geral negativa, excluindo a confusão do Direito Penal com a moral (caracteriza a prevenção positiva) e afastando a autolegitimação moralista. Em segundo lugar, esse modelo de justificação responde às perguntas “por que proibir”, “por que punir”, impondo às penas duas finalidades: o máximo de bem-estar dos não desviantes e o mínimo mal-estar dos desviantes. Em terceiro lugar, o modelo afasta práticas de Direito Penal máximo, consentindo modelos de Direito Penal mínimo. Em quarto lugar, o mal causado pelas penas excessivas atinge também aquele que elas representam. Por fim, o modelo por ele proposto é afim às doutrinas normativas abolicionistas.

Esclarecedora a inferência realizada por Santiago Mir Puig (2006, p.106) quando concilia as funções da pena às regras que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito:

Quiero subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad⁴.

De fato, a teoria garantista, como tuteladora dos direitos fundamentais, representou significativo avanço para a teoria penal, pois que não apenas observou a figura da minoria, dos mais fracos, a arbitrariedade das punições, porém as colocou em um patamar de questionamento quanto à sua função da pena. Com inspiração nessa teoria garantista, há de se buscar a aplicação do Direito Penal porquanto encontre função integradora, ao invés de repressiva.

2.4 Direito Penal no Estado Democrático de Direito: função e crítica

Trazer conceituação sobre o modelo Democrático de Direito dependerá da perspectiva adotada, se perpassa pela filosofia política, desatrelada de referenciais valorativos ou ligada à dogmática do Direito Constitucional. Nessa linha de considerações, a Constituição seria o referencial pertinente para o controle de validade da produção legislativa, ainda mais em se tratando de matéria penal. Assim, mais adequada a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela afirmação dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2014, p. 32).

Coaduna-se a essa perspectiva o conceito erigido por Alberto Silva Franco (2007, p.33): “Estado de Direito é um Estado constitucionalmente conformado. Pressupõe a existência de uma Constituição e a afirmação inequívoca do princípio da constitucionalidade”. Complementa ainda o autor, ao afirmar que o Estado de Direito “assegura ao homem uma autonomia perante os poderes públicos; assim como respeita a dignidade da pessoa humana”.

A atuação do Estado para dirimir a criminalidade sofre limitações de ordem constitucional, do contrário, colidiria contra os princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Isso porque o Direito Penal serve tanto para limitar o poder intervencionista do Estado, quanto para combater o crime e contravenções. Desse modo, protege a sociedade assim como os membros de condutas criminosas e ofensivas. Há nesta relação dois componentes: o que

⁴ “Quero sublinhar que, em um Estado Democrático, há de apoiar seu Direito Penal no consenso dos cidadãos, pelo que a prevenção geral não pode perseguir através da mera intimidação que supõe a ameaça da pena para os possíveis delinquentes, mas que deve ter lugar satisfazendo a consciência jurídica geral mediante a afirmação das valorações na sociedade”. (tradução nossa)

corresponde ao Estado de Direito, o qual protege o indivíduo e o Estado Social, tido como protetor do interesse social (ROXIN, 1998, p.76).

Do artigo 1^a da Carta Magna se extraem os fundamentos principais para a análise do interesse jurídico penal, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. Por este último, o Estado deverá buscar políticas de consenso social mínimo e que sejam para o bem comum da sociedade.

Disso decorre afirmar que a existência do Direito Penal está repousada sobre os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e, somente segundo tal orientação, pode ser justificada a intervenção do Estado na vida da sociedade.

A lei será considerada, então, o instrumento de intervenção estatal, ela exteriorizará a vontade estatal evitando um estado de guerra (BARRETO, 1996, p.20).

Desse modo, em um Estado de Direito, a submissão à lei indica mais que submissão do cidadão ao Estado, mas, também, forma de controle legítima e necessária para o estabelecimento da ordem e restabelecimento da segurança jurídica das relações sociais. Havendo, pois, violação desta segurança jurídica, o Estado se valerá de meios jurídicos, desde os menos ofensivos aos mais causadores de ofensa à liberdade do indivíduo, sem que para isso despreze as orientações estabelecidas no modelo social.

Depreende-se de toda essa construção jurídica o conceito de democracia, que, nas palavras de José Afonso da Silva (1996, p.113), “é a materialização de valores necessários à convivência em sociedade, como a igualdade, a liberdade, a dignidade da pessoa humana”. Assim, quando a Constituição Federal expressa que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ela não quer restringir, apenas, a forma de atuar do Estado, mas quer significar, principalmente, um Estado pautado em valores sociais, proveniente da vontade popular, disposto a atuar com vistas à Justiça Social, um Estado de Direito e Justiça Social, conforme denomina Miguel Reale Júnior (1999, p.2).

Ao levar a discussão até aqui desenvolvida para o plano da Justiça criminal, esse autor observará que os objetivos do Direito Penal no Estado Democrático de Direito encontram-se passíveis de críticas. É sabido que o Direito Penal tem como função muito mais que regular condutas e aplicar sanções, ele tem o papel principal de proteção dos bens jurídicos essenciais, além de garantir a segurança jurídica.

Discute-se hoje se, efetivamente, existe um Direito Penal que cumpra os princípios basilares do Estado de Direito, questiona-se o fato de vivenciar um momento de Direito Penal simbólico, que não cumpre seu papel e contraria os ideais da democracia. Por isso, é

equivocada a aplicação dele numa função simbólica. Seria o mesmo que conceder-lhe função que não lhe é própria. Isso porque o Direito Penal simbólico, diferentemente da função de Direito Penal, não prima pela tutela do bem jurídico, preocupa-se, tão somente, em criar a sensação de paz no meio da sociedade e acalantar os ânimos da sociedade desejosos de criação legislativa.

Ademais, ao ser pensada uma lei, quando esta passa pelo curso normal de sua elaboração, sem quaisquer emergências, dois princípios, entre outros, devem ser particularmente observados: o princípio da fragmentariedade e o princípio da intervenção mínima.

Inclusive, nesta temática dos princípios, há inúmeros outros decorrentes dos fundamentos do artigo 1º da Constituição Federal, sendo eles também limitadores do direito de punir do Estado: legalidade, *ultima ratio*; fragmentariedade e subsidiariedade e proibição do excesso.

O *jus puniendi* do Estado há de ser aplicado após acurada mensuração e verificação de sua extrema necessidade. Refere-se à incidência do Direito Penal como *ultima ratio*. Na locução de Roberto Chacon de Albuquerque (2006, p. 21), “ele só deve atuar, à luz do princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, em defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos seres humanos [...]”.

Cesare Beccaria (2006, p.107) advertia que:

É que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

Por isso, o uso excessivo da reprimenda estatal não conduz a uma proteção eficiente dos bens jurídicos, pelo contrário, leva a uma inflação penal que desemboca em descrédito e insegurança jurídica frente à sociedade. E muitas são as demandas jurídicas atuais que poderiam ser plenamente tratáveis em outros ramos do Direito e que, na verdade, são resolvidas pelo meio mais extremo.

Atualmente, diante da vigência do Estado Democrático, constata-se a utilização exacerbada do Estado Penal, também conhecido como Estado de Polícia. Em decorrência do esgotamento de outros meios para resolver questões que não dizem respeito à seara criminal, busca-se desenfreadamente a resposta emergente do Direito Penal. Fundamenta-se o Estado de Polícia na redução da maioria penal, aplicação da pena capital, ampliação do uso da

pena privativa de liberdade, encarceramento em massa e maior descaso para com os grupos menos favorecidos.

E tal utilização excessiva do Direito Penal tem gerado a produção de leis de emergência, bastante antidemocráticas, e que têm sido responsáveis pelas reformas parciais da legislação processual penal. Assim como outros autores, Fauzi Hassan Choukr (2002, p.131-132) assinala:

Neste sentido, cresce em importância a emergência como conceituada nesta obra, onde leis repressivas de caráter substancial ou instrumental pululam quotidianamente no contexto jurídico, propagandeadas que são como a pronta resposta estatal às pressões momentâneas, e acabam esquecidas na proporcional velocidade com que a veiculação de sua existência deixa os noticiários. Se as pressões que lhe deram vida acabam, por motivos muitas vezes inconfessáveis, deixando o imaginário coletivo, o fato é que essas leis ficam, e o estrago cultural no sistema é por demais danoso [...].

Em que pese a necessidade de reforma do sistema penal, desde a investigação da pena até sua execução, o que é feito, apenas, são mudanças pontuais que prestam um desfavor ao sistema criminal por criarem uma colcha de retalhos repleta de incoerências as quais, muitas vezes, impedem a realização da justiça no processo penal.

Nilo Batista (2003, p.93-4), sobre o Estado Policial, acentua:

É aquele regido pelas decisões do governante. Pretende-se com certo simplismo estabelecer uma separação cortante entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito: entre o modelo de Estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias.

E nesta perspectiva, quando anseia dirimir o crime valendo-se desses meios, é que o Estado Democrático dá lugar ao Estado de Polícia. Como diz o ministro Celso de Mello: “O Estado policial é a negação das liberdades, indiferentemente de posição social ou hierárquica. Trata-se de uma antítese do sistema democrático”.

O Direito Penal moderno, no Brasil, deve buscar se afastar de funções meramente legalistas, formais, no intuito de estimular a criação de novas maneiras de resolução de conflitos. Na Europa, diversamente do que ocorre no Brasil, que ainda está arraigada ao positivismo jurídico ortodoxo, várias são as mobilizações e reformas para a reprovação criminal, sem abandonar os princípios que regem o Direito Penal no Estado Democrático de Direito (CAMARGO, 1997, p.88).

A política criminal brasileira de entorpecentes constitui exemplo de política que necessita de adequação dos princípios do Estado Democrático de Direito à atenção que requer o usuário de drogas ilícitas. Para essa tratativa, necessita-se menos de um processo repressivo, de criminalização, e muito mais de políticas de reabilitação e de saúde.

2.4.1 Alguns princípios informadores do Direito Penal

Luigi Ferrajoli (2006, p.312) conceitua garantismo como: “[...] tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal [...]”. E afirma ainda ser possível separar os princípios fundamentais daqueles tidos por derivados.

Ao seguirem posicionamento garantista, alguns princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito são selecionados, a fim de direcionarem a proteção penal de bens jurídicos, como, por exemplo, princípio da legalidade, culpabilidade, humanidade. Tais princípios são verdadeiros limites para a atuação judicial.

O Princípio da Legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, é descrito no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2014, p.68).

Consoante supramencionado, tal princípio constitui efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Fundamenta-se na segurança jurídica e se desdobra em quatro garantias básicas, classificação esta realizada por Marco Antônio Marques da Silva (2011, p.8):

1 *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*: esta garantia exige que a lei incriminadora seja anterior ao fato que deseja punir, afastando a possibilidade de alguém ser punido por lei editada em momento posterior à prática da conduta (anterioridade da lei penal).

2 *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*: exigência de lei escrita para proibir ou impor condutas do ponto de vista criminal, o que impede o uso dos costumes na criação de tipos penais, apesar de sua inegável aplicação na interpretação das normas penais.

3 *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*: é vedado o uso da analogia para condenar ou agravar uma pena. De se destacar, entretanto, que não há óbice para o emprego da analogia em favor do agente.

4 *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*: esta garantia exige clareza dos tipos penais. O legislador, na criação dos tipos penais, deve descrever abstratamente o delito com todos os elementos necessários para a sua perfeita identificação, a fim de não deixar dúvidas quanto à esfera de liberdade do cidadão.

Desde a sua criação, esse princípio sofreu várias alterações. Na atualidade, é garantia ao próprio direito de liberdade, como direito fundamental. Tem, como consequência, assegurar no âmbito penal, como no da execução e no judicial, um sistema de garantias ao indivíduo.

Por esse princípio, nenhuma reprimenda pode ser aplicada ou executada sobre o indivíduo sem que haja, antes da ocorrência do fato, qualquer previsão legal impedindo que critérios de aplicação ou regimes mais gravosos retroajam.

Decorre desse princípio, ademais, a proibição à intervenção dos costumes apenas, de forma incondicional e totalizante, no que diz respeito à criação dos crimes e das penas (BATISTA, 2011, p.69).

Portanto, tal princípio constitui verdadeiro limitador do poder de punir do Estado. Este deverá agir pautado em regramento legal e obedecendo às garantias individuais do cidadão.

O Princípio da Utilidade Social, desenvolvido por Beccaria, elenca como fundamentos: prevenção, proporcionalidade e humanização do processo, partindo do pressuposto de que todo delito, ainda que privado, ofende a sociedade (BECCARIA, 2006, p.72-74).

Pelo Princípio da Proporcionalidade, segundo Ulfrid Neumann (2008, p.207), há a proibição de se infligir ao indivíduo ônus que são, quanto aos objetivos perseguidos, sob o aspecto instrumental, desnecessários e, em sentido normativo, inadequados.

Para Luigi Ferrajoli (2006, p.367), no Direito Penal, a proporcionalidade pode ser aferida sob três aspectos: em um primeiro momento, como predeterminação, sendo dirigida ao legislador quando da criação do tipo penal e da cominação abstrata das penas mínimas e máximas; em seguida, como determinação, é dirigida ao magistrado na fixação da pena em concreto; por fim, como pós-determinação, deve ser aferida na fase de execução da pena.

No que diz respeito ao Princípio da Humanização do Processo, há de se correlacioná-lo à eficácia da Justiça Penal, no sentido de que, ao passo que o Estado tornou-se mais eficiente, a Justiça Pública caminhou em direção a uma humanização das penas. Reputa-se que esse abrandamento do sistema repressivo, valendo-se mais de uma política criminal humanitária, também foi resultante da crescente demanda por trabalho gerada pela Revolução Industrial (CÂMARA, 2008, p.44-45).

Seguem esse raciocínio, quando descrevem o Princípio da Humanidade das Penas, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (2007, p.42):

O princípio da humanidade da pena permite detectar, sob a ótica da dimensão histórica, uma gradativa propensão na humanização das penas que se tornaram, no transcorrer dos tempos, menos rígidas no seu tempo de duração e tiveram reduzida, sobremaneira, sua carga aflitiva.

Partindo dessas bases, entende-se por essa “nova justiça penal” um resguardo aos direitos do indivíduo e, segundo as lições de Manoel da Costa Andrade, “é um movimento circular de demanda de proteção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo”. (ANDRADE, 1989, p.319).

Pelo Princípio da Fragmentariedade, devem ser reservados à apreciação penal os casos mais graves que atingem os bens jurídicos, não sendo qualquer fato que motivará a insurgência do Direito Penal para restringir a liberdade do indivíduo.

A fragmentariedade se manifesta quando há antijuridicidade específica decorrente do âmbito de proteção da norma, respeitando o código de comunicação do grupo social. Nesse sentido, Winfried Hassemer (1984, p.265) aponta para a necessidade de fazer uma distinção entre tipicidade e antijuridicidade, a fim de se manter a sensibilidade do jurista.

O Direito Penal fará, bem verdade, a eleição de quais bens jurídicos que merecem proteção e qual será a medida de tal proteção que objetiva manter a segurança e a paz social.

Como sinaliza Marco Antônio Marques da Silva (2011, p.12):

Dentro de um Direito Penal, o processo e as garantias processuais são o instrumento por meio do qual se atingirá o mínimo necessário para a paz social, como *ultima ratio* da intervenção estatal na vida dos indivíduos.

Assim, apenas haverá intervenção estatal por meio do Direito Penal, quando não houver outro meio de prevenir ou resolver o dano praticado, o que dessa assertiva tem, como consequência, o caráter subsidiário daquele Direito.

Isso porque não se pode gerar dor, castigo sem necessidade, já que, se existirem medidas outras de política social, ou mesmo práticas advindas da voluntariedade do acusado que garantam a proteção dos bens jurídicos, há que renunciar à aplicação da pena justamente por ela ser criminalmente inoperante ou até nociva (ROXIN, 1998, p.57-58).

Outro princípio decorrente do Estado de Direito é o Princípio da Culpabilidade, este que, de acordo com a concepção moderna de culpabilidade, faz com que seja repelida qualquer responsabilidade somente a partir do fato ocorrido, impondo-se a existência de dolo ou culpa.

Para isso, mister se faz atentar-se para o triplo sentido da culpabilidade. Em primeiro lugar, a culpabilidade vista como fundamento da pena, que significa somente ser possível

aplicar a pena ao autor do fato se presentes os requisitos da capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta. Em segundo lugar, o elemento de determinação ou medição da pena serve como critério de sua limitação, posto que impede seja aplicada pena aquém ou além da medida prevista pela ideia de culpabilidade. Finalmente, a culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, o acusado não responderá se não tiver agido com dolo ou culpa (BATISTA, 2011, p. 100).

Precioso ter em consideração o fato de que, além de ser princípio constitucional, também está em posição importante, que é o de reprovação do fato social, sendo claro que a fixação da pena tem em vista o necessário e suficiente para reprovação. Está implícita, nesta análise, a observância do princípio da dignidade humana, pois que será aplicada pena justa, sem excessos e que atenda às necessidades sociais.

Há, ainda, discussão quanto ao fato de a pena atingir sofrimento em concreto. Com base na ideia da humanidade das penas, se for hipótese de ela infligir sofrimento além do acusado, por exemplo, se a mulher do criminalizado estiver doente e os filhos, abandonados, sem meio de subsistência. Indaga-se se nestas situações o juiz pode exceder para menos o limite da pena.

Revela-se, de fato, questão de fundo humanístico que se espraia no momento da aplicação da pena. Se se trata de aplicar o princípio da humanidade das penas, razão não há para se descuidar de sua aplicação, também, em concreto, pois o princípio deve prevalecer, desde o momento da criação legislativa até a prática da sanção.

Zaffaroni e Pierangeli (2009, p.157) concluem: “Comprovados os extremos fáticos que conduziram a uma violação de tal princípio no caso concreto, entendemos que a sentença, como ato que ‘diz o direito’ [...] não pode dizer o antijurídico, ou seja, não pode violar o princípio da humanidade”.

Corroborando esse pensar, além de ter suas raízes constitucionais, tal princípio abrange, desde a cominação até a aplicação da pena, quando o juiz leva em conta os índices legais. Compreendem-se, então, os fins preventivos da sanção penal, pelo qual entende que a pena deve possuir o caráter de humanidade e reeducação ao condenado (DOTTI, 1998, p.170).

Esse discurso de proteção, humanidade e proporcionalidade das penas teve seu início desde o século XVIII, período áureo das ideias iluministas, as quais receberam um Estado de Direito pautado em estabelecer o equilíbrio entre as liberdades individuais e os atos praticados pelo Estado.

Cesare Beccaria (1999, p.38), no atinente à proporção das penas, ponderava que:

Se a geometria fosse adaptável às infinitas e obscuras combinações das ações humanas, deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem lhes alterar a ordem, não cominando para os delitos de primeiro grau as penas do último.

Atualmente, na ordem jurídica, o que se percebe são reformas penais em sua maioria influenciadas pela mídia, as quais se contrapõem aos princípios formadores do Estado Democrático e que são, em sua essência, meramente simbólicas.

Nessa linha de compreensão, o que se busca em um Estado Democrático de Direito será, apenas, a utilização do Direito Penal em conformidade com os postulados da intervenção mínima, da proporcionalidade, do caráter humano das sanções e embasados em regramentos legais que respeitem os direitos fundamentais do indivíduo.

Pelo estado de coisas que se encontra na sociedade moderna atual, o Estado Democrático está ameaçado pelo Estado Penal da emergência e este, da forma como tem sido aplicado, se assemelha a uma violência institucional. Para conter essa violência, será a mesma batalha perseguida desde a edição da Declaração de Direitos Humanos. No entanto, deverá ser uma batalha necessária e iminente, a fim de manter um mínimo de estrutura ética para cada indivíduo neste Estado de Direito.

2.5 Efetividade das penas

A pena privativa de liberdade que constituiu, no período moderno, a espécie de pena mais importante frente às demais, já não parece mais idônea para satisfazer às necessidades penais. A restrição à liberdade no sistema posto tem sido, ao mesmo tempo, antiliberal, desigual, aflitiva e, portanto, lesiva à dignidade das pessoas.

Isso se comprova por meio dos crescentes índices de reincidência. De acordo com a pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNDU), publicado no Informe Regional de Desenvolvimento Humano, o Brasil se destaca no percentual de reincidência que alcança 47,4% (PNUD, 2013-2014).

Essa alta taxa de reincidência aponta não somente para o fracasso do sistema carcerário brasileiro, como também constata que o enfoque excessivamente repressivo agrava, tão somente, o problema. O modelo usado na Fundação de Atendimento Socioeducativo (Case) de Jaboatão, Pernambuco, tem feito reduzir substancialmente os índices de

reincidência naquela região. Consoante pesquisa do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o modelo fez com que o índice de reincidência no crime envolvendo jovens que passam pela Fundação seja de 13%, enquanto, em comparativo ao Nordeste, chega a 54%, de acordo com dados de 2012. O modelo consiste em dar oportunidade para que os adolescentes reflitam sobre sua conduta, sem qualquer cela e ainda dividam seu tempo entre escola e oficinas de aprendizado⁵.

Imposta a pena ao condenado, um longo caminho se desenvolve para ele, sendo a pena, neste sentido, recebida como castigo, ainda que posteriormente ocorra a suspensão da restrição da liberdade. De igual modo, a pena restritiva de direitos, assim como a prestação de serviços à comunidade são, também, vistas como espécies de castigo.

Tanto para a pessoa do condenado quanto para a sociedade e os familiares, a pena é vista como castigo. Especialmente, as pessoas próximas dele que sofrem pela ausência da pessoa estimada, por vezes, um pai de família, um marido, além do que a repercussão social gerada pela aplicação da prisão influencia em um sofrimento assemelhado a castigo (REALE JUNIOR, 2009, p.42).

Há ainda o entendimento prevalente, no seio social, da necessidade de uso da pena como castigo imposto àquele que agiu criminosamente, associando o uso da restrição da liberdade como castigo merecido e, por conseguinte, dificultando a vida do condenado na sociedade. Observa-se, neste cenário, a pena como uma retribuição de um mal praticado, além de funcionar como medida intimidatória, com o objetivo de desestimular demais práticas criminosas.

Desse modo, ao se analisar a eficácia penal, na atualidade, não há como dissociar o sentido da pena prevalente na sociedade, visto que sua aplicabilidade prática em muito se distancia do ideal pretendido teoricamente. Isso decorre, em grande parte, pela forma de aplicação da pena pelo Estado, este que possui a função de garantir a paz social e o faz restaurando a ordem jurídica desconstituída pela realização do crime por meio da imposição da pena.

O quadro atual sinaliza que a minimização do uso da privação da liberdade não deve ser meramente para evitar a segregação, a exclusão, etc, pois que o Direito Penal contribuiu para a manutenção desse quadro, mas deve alcançar, primordialmente, a eliminação das consequências até então atingidas. O direito de punir ganhou novas formatações que não parecem adequadas a fornecer a devida resposta aos problemas penais.

⁵ Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de Notícias. 12. Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

A pena privativa de liberdade, ainda, se mostra útil a uma boa quantidade de casos, geralmente os gravíssimos, todavia, há outros casos em que sua utilização mostra-se como medida excessiva, servindo apenas para fortalecer o Direito Penal simbólico, ampliando, assim, o alcance de um Direito Penal orientado pelos fins da intimidação e coação.

Sobre a efetividade da pena, Leonardo Sica (2002, p. 144) conclui que “todas as respostas até então teorizadas mostraram-se impotentes em vencer o fenômeno emergencial e reorientar o Direito Penal para a tutela ampla dos direitos humanos”.

Quanto à ressocialização, observa-se que esta é um mito. O que está presente é uma crescente dessocialização, isso claramente demonstrado pelo elevado número de prisões provisórias, meramente cautelares. E sob a máscara da ressocialização estão o castigo, a exclusão e segregação como consequências (SICA, 2002, p.145).

Alessandro Baratta (1999, p.194-195) avoca a atenção para o processo de desculturização, que significa a desadaptação às condições da vida em liberdade, com o efeito nefasto da prisão sobre o condenado; e o processo de aculturação ou prisionalização, segundo o qual os valores ínsitos da cultura carcerária passam a ser assumidos pelo condenado como modelo de comportamento. São esses comportamentos que afastam a pessoa do condenado da ressocialização e o aproximam de uma minoria guiada por uma orientação “associal”.

Ao invés de gerir medidas de cunho somente sancionatório e desprovidas de eficácia, caberia ao Estado o incentivo para reafirmar os vínculos comunitários. A prioridade deveria ser a criação de meios que incentivassem a reativação dessas relações pessoais no condenado. Afastaria a noção prevalente de que a eficácia penal reside na severidade da pena e passaria a exigir um respeito formal às garantias individuais.

O discurso da efetividade de uma reprimenda penal deve ser norteado pela ideia do Direito Penal mínimo, com a escolha de penas menos agressivas, pautadas em critérios proporcionais. Bem ponderado por Zaffaroni (2001, p.175), “é preciso reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos”.

3 BASES CRÍTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A compreensão dos propósitos da Justiça Restaurativa passa, propedeuticamente, por análise, ainda que sintética, do pensamento abolicionista. De certo modo, talvez possa ser antecipada a concepção de que a gênese da Justiça Restaurativa teve seu trilhar a partir da inspiração abolicionista, porém, convém salientar que, após esse período, ela ganhou contornos próprios e bem delineados.

Autor referencial na temática abolicionista, Hulsman (1993, p.63-4 apud SANTOS, 2014, p. 69) afirma ser “a lei que cria o criminoso” e isso acontece por dois motivos: um pela criminalização ou descriminalização das condutas e o outro pelo “etiquetamento legal e social”. Entende o autor que o sistema penal precisa ser abolido, pois esse sistema é um mal social. E os problemas que ele pretende resolver, e não resolve, devem ser enfrentados de outra maneira.

O pensamento abolicionista, que tem na Criminologia Crítica uma de suas vertentes, não possui apenas uma forma. Tem, como principais matizes ideológicos, as formas anarquista, marxista e liberal/cristã. Suas ideias vão além do abolicionismo do encarceramento, mas, também, de toda forma de punição (SHECARIA, 2011, p.366-368).

Neste ponto, Gabriel Anitua (2008, p.695) aduz:

Embora seu nome (abolicionismo) seja tomado da luta histórica contra a escravidão, e contra a pena de morte, nesses anos, e no interior da Criminologia Crítica, essa denominação seria atribuída à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva. Esta reflexão antipunitiva estava estreitamente relacionada às reivindicações teóricas e práticas de alguns criminólogos de antiga tradição nos países escandinavos e na Holanda.

Para essa corrente, além da abolição do cárcere, há o entendimento de que os fins do Direito não justificam os sofrimentos que a pena provoca e entende vantajoso substituir a sanção por meios pedagógicos ou de controle social (FERRAJOLI apud PALLAMOLA, 2009, p.39).

A ideia prevalente é a de que o Direito Penal servia, apenas, para provocar maiores desigualdades, sem que disso resulte qualquer proveito para a sociedade. Nesse contexto, nem os fins penais, segundo eles, são atingidos e tampouco satisfazem aos clamores por uma convivência mais pacífica e harmônica.

O teórico Thomas Mathiesen defende a necessidade de abolir os cárceres, emparelhado ao pensamento de que a própria sociedade poderia se reunir por meio de ações comunicativas e, então, as prisões perderiam a sua razão de ser. Tal comunicação é

diferenciada da atual, que existe no intuito de desinformar, pois sujeitos informados não apoiariam o sistema posto e o encarceramento humano (ANITUA, 2008, p.704).

Ainda de acordo com esse abolicionista, o cárcere é incompatível ao regime democrático e não se poderia considerar a justiça realizada, apresentando como possível caminho a construção de espaço público alternativo, pautado em um modelo participativo (ANITUA, 2008, p.706).

Nessa linha de pensamentos, surge o abolicionista Nils Christie, que se destaca por apresentar um modelo de resolução de conflitos participativo, no qual inclui a comunidade para que interaja na busca de solução dos problemas. Ei-lo (ZAGALLO, 2010, p.32):

A ideia básica de Christie é que retirar das pessoas a possibilidade de administrar seus próprios conflitos é uma grande perda para a sociedade como um todo. Primeiro, para a vítima, em razão da ansiedade que o crime lhe gera e o sistema penal não é capaz de atender. Para o ofensor, por lhe retirar a possibilidade de reparar a ofensa cometida. E, por fim, para toda comunidade, que perde boas oportunidades para a discussão de normas, costumes, valores, concepções de justiça e do próprio direito. A devolução dos conflitos às pessoas é, desse modo, uma forma de restabelecer e fortalecer os laços comunitários.

Essa construção teórica representou um marco para o movimento de Justiça Restaurativa, principalmente no que se refere à questão procedimental, baseada na forma de encontro dos envolvidos no conflito.

Em síntese, o discurso abolicionista eleva, como centro de suas preocupações, a perda da autonomia pelo indivíduo para resolver o conflito que lhe acontece; a dor física, moral, imposta pelo Estado aos autores do delito; desnecessidade de intervenção estatal de modo tão radical e, enfim, a burocratização exteriorizada em seus procedimentos formais (SHECARIA, 2011, p.372).

Esse discurso e teorias abolicionistas fortaleceram os pressupostos da Justiça Restaurativa, apesar de esta não se coadunar à ideia de afastamento total do Estado e de seus instrumentos penais. Pretende, em curtíssimo recorte do pensamento da Justiça Restaurativa, uma coexistência entre a Justiça Penal tradicional e o novo modelo alternativo. Diferentemente do que propõe o abolicionismo, que anseia serem o processo penal e a pena de prisão totalmente substituídos por sistema alternativo.

Sobre as doutrinas abolicionistas, Luigi Ferrajoli (2006, p.231) sintetiza:

Considero abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o Direito Penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum

tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo formal e imediatamente social. Ao contrário, não são abolicionistas, e sim, mais propriamente, substitutivas aquelas doutrinas criminológicas que, embora intencionalmente libertadoras e humanitárias, na prática convergem para o correccionalismo positivista, o qual, sob o programa da ‘abolição da pena’, propõe, na verdade, a substituição da forma penal de reação punitiva com ‘tratamentos’ pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, que permanecem, contudo, sempre institucionalizados e coercitivos, e não meramente sociais.

O estudo da criminologia crítica demonstrou que o discurso jurídico-penal tem padecido de efetividade, já que suas promessas de prevenção da criminalidade e ressocialização têm estado, cada vez mais, distantes da prática. No entanto, essas constatações têm sofrido maiores evidências a partir da Criminologia da reação social.

Zaffaroni (2001, p.35) observa que, na América Latina, a Criminologia da reação social tem demonstrado a falsidade do discurso jurídico-penal em razão dos resultados práticos atinentes à violência dos sistemas penais.

Assinala, então, Zaffaroni (2001, p.15) que está caracterizada a crise dos sistemas penais, principalmente os latino-americanos:

Hoje, temos a consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por construírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.

Ao se tratar de crise no sistema penal, Aída Carlucci (2004, p.35) salienta o fato de tal crise residir no ordenamento jurídico como um todo, sendo denominada pela autora “crise do sistema jurídico”, o que chama a atenção para uma crise de legitimação e eficácia do ordenamento. Tudo isso se deve ao fato de a administração da Justiça não cumprir com os fins disciplinados pela lei, sendo o exemplo maior encontrado na lentidão da justiça geradora da ineficácia do órgão jurisdicional, refletindo, por conseguinte no grau de tutela das vítimas penais (CARLUCCI, 2004, p.35-6).

Assim, o cenário atual do Direito punitivo é de crise – esta observada desde a segunda metade do século XX –, acompanhado por anseios de sensíveis e substanciais mudanças.

Hodiernamente, observa-se uma busca por reduzir o *jus puniendi* estatal, por sérias razões, sendo a de maior relevo a não consecução dos fins da pena.

Vários foram os estudos realizados que inferiram na análise dita, ciências como a antropologia, criminologia, sociologia e direito atestaram que o modelo de justiça penal não tem contribuído para a contenção da violência, mas sim proporcionado o aceleramento de seus índices (SICA, 2008, p.162).

Inclusive, em âmbito mundial, surgiram recomendações, mormente das Nações Unidas, a fim de reduzir o uso da pena de prisão e da justiça penal, como será visto mais adiante. Desse modo, muitos países fizeram adaptações legislativas para reduzir o ingresso de ações judiciais criminais e produção de normas que utilizassem outros meios que não fosse a restrição da liberdade. No Brasil, exemplificando, foi criada a Lei n. 9099/95 – a Lei dos Juizados Especiais Criminais (ILANUD, 2008, p. 46-47).

Nesse sentido, Alessandro Baratta (1999, p.167) aduz que:

O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

A função e a legitimação do Direito Penal buscam garantir a convivência social conforme seus valores constitucionais, protegendo bens jurídicos mais importantes frente aos ataques mais intoleráveis. Sua função reside em racionalizar o modo como se cumpre essa função, ou seja, o modo como exerce seu *jus puniendi*. Dito isso, fica evidente a existência de uma tensão entre eficácia preventiva e suas garantias (ÁLVAREZ, 2011, p.57).

Nesse cenário é que se avoca a necessidade de utilizar menos deste meio que, para resolver seus conflitos, vale-se de modos, via de regra, mais violentos.

Orientado pelo entendimento de que o cenário atual do sistema penal é de crise quanto à sua legitimidade, aponta Leonardo Sica (2007, p.2):

O sistema penal está em crise quanto à sua legitimidade. Nascimento da necessidade de reforma. Hipótese do trabalho: A) redefinição da missão da Justiça Penal; partindo das seguintes premissas: *i*) integração social; *ii*) preservação da liberdades e ampliação dos espaços democráticos; *iii*) diminuição do caráter aflitivo da resposta penal; *iv*) suspensão da filosofia do castigo; *v*) restauração/manutenção da paz jurídica. O caminho proposto para alcançar tais fins: B) elaboração de um novo paradigma de justiça criminal, por meio de uma construção de teoria própria das medidas alternativas à prisão, na qual seja forma de *i*) garantismo positivo; *ii*) redução da violência

punitiva; *iii*) neutralizar as funções reais do cárcere; *iv*) não expandir a rede de controle social penal.

A partir da crise desse poder punitivo estatal, em que o Estado subtrai das partes o direito de resolver o conflito, abre-se espaço para a atuação de uma justiça negociada, por meio da qual os envolvidos no conflito detêm o poder de participar da sua resolução através do consenso.

Esse entendimento de crise do sistema penal tradicional é atribuído por Howard Zehr (2008, p.168):

Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. Tal incapacidade nos trouxe até a sensação de crise generalizada que vivemos hoje.

A Justiça Restaurativa, vista como novo paradigma, não deve ser pensada como modelo substitutivo ao atual, porém, os modelos punitivos usuais devem existir e coexistir de modo complementar, pois que não há condições de deixar de aplicar o sistema punitivo em determinadas condutas. Desse modo, a mudança de paradigma é mais que necessária ao estado atual em que se encontra o poder punitivo.

Nesse sentido, pertinente a afirmação de John Braithwaite (1998, p. 336 apud SANTOS, 2014, p.72):

[...] a Justiça Restaurativa vê vantagem na manutenção de um papel estadual como guardião dos direitos e admite que, para uma pequena percentagem das pessoas que estão nas nossas prisões, pode ser realmente necessário proteger a comunidade através do seu encarceramento.

Coaduna-se ao entendimento de que apenas alguns elementos da Justiça Penal tradicional devem ser formatados, posicionamento que afasta a Justiça Restaurativa do abolicionismo penal mais radical.

Está envolto nessa ideia de crise, também, o “esquecimento da vítima” pelo processo penal. Isso demonstrou desatenção do Estado para com aquele que sofreu a conduta criminosa (SANTANA, 2010).

Sérgio Salomão Shecaira (2008, p.55) denomina essa fase de “neutralização da vítima”, pela qual ele afirma ter havido perda progressiva de poderes por parte da vítima, até ter somente o direito de defesa.

Por este termo “neutralização da vítima”, já se depreende o caráter de não determinação de sua vontade para resolver determinado conflito, bem como quanto ao

desenvolver do processo penal, posto que não é dado à vítima escolher quais consequências lhe interessam para que sofra o agente (SANTOS, 2014, p.511).

O discurso processual penal é todo ele direcionado à pessoa do acusado, de modo a se obter, finalmente, a aplicação da sanção, e o que se verifica, quanto à pessoa da vítima, é, de fato, sua utilização para produção e prova e busca da verdade, restando afastada qualquer valorização de seus interesses.

Tal afastamento da vítima à procura da solução do conflito constitui ponto crítico da política criminal atual. Pablo Galain Palermo (2010, p.73-74 apud SANTOS, 2014, p.511) refere:

De nada vale argumentar que os bens jurídicos devem manter uma relação com os indivíduos desde um ponto de vista meramente potencial (vítimas e agentes como destinatários da norma) e, uma vez ocorrido o crime, o sistema esquecer-se dos indivíduos de carne e osso, isto é, das vítimas e dos agentes diretamente envolvidos no facto delituoso.

A inserção da Justiça Restaurativa, considerando esse quadro de crise, descrédito e distanciamento das finalidades penais, revela-se como alternativa para fortalecimento dos valores comunitários e, por conseguinte, ampliação dos espaços participativos na busca de solução dos conflitos.

3.1 Justiça Restaurativa: uma aproximação do seu conceito

A Justiça Restaurativa e sua tentativa de conceituação iniciaram-se por volta da década de 70, marcadamente nos Estados Unidos, em virtude da crise sobre o sistema ressocializador (KONZEN, 2007, p.73).

A Nova Zelândia, com sua população *maori*, é considerada precursora das práticas restaurativas. Isso se deve ao fato de ter possuído altas taxas de encarceramento, resultando numa busca por novo meio que reduzisse esses índices, correlata ao desejo de manter os laços comunitários fortalecidos e considerar os interesses da vítima (SICA, 2007, p.82).

As origens do modelo da Justiça Restaurativa remontam à Antiguidade. Restituir à vítima economicamente pelo delito ocorrido tem sua origem desde o Código Hamurabi, o qual previa a restituição para alguns delitos contra a propriedade; a Lei das XII Tábuas previa que o condenado deveria pagar o dobro do valor roubado, três vezes o valor do bem encontrado em sua casa e quatro se houvesse obstaculizado a persecução. E assim existe Justiça Restaurativa, desde muitos anos, em diversos povos e culturas. Ainda que, por denominação diversa, já se conhecessem suas práticas em países como Canadá, Nova

Zelândia e entre povos colonizados da América do Norte e Austrália, em geral, os autores consideram como marco o caso solucionado em 1974, no Canadá (CARLUCCI, 2004, p.118)⁶.

Alguns autores, a exemplo de Aída Kemelmajer de Carlucci (2004, p.119), afirmam que a Justiça Restaurativa é produto de três correntes de pensamento:

1 – A que mostrou a ruptura das instituições tradicionais de regulação; 2 – a corrente que denunciou os efeitos devastadores do sistema penal; 3 – a que propiciou o desenvolvimento de mecanismos tendentes a exaltar os direitos do homem e, conseqüentemente, o das vítimas.

Trata-se de tentativa de dar resposta diferente à concedida pela Justiça Criminal vigente. É uma contraposição ao modelo preventivo/retributivo adotado. Ressalta-se que a Justiça Restaurativa não é uma modalidade nova de justiça criminal, sendo, apenas, uma fase na qual os participantes envolvidos no crime são convocados para resolver o conflito por meio de um consenso.

Por não ser modalidade nova de justiça, ela não busca eliminar o sistema penal, mas sim readequá-lo, de modo que suas ações estejam dirigidas a atingir os fins penais, com o propósito de haver pacificação social jungida à proteção da dignidade da pessoa humana.

Não há consenso sobre a definição de Justiça Restaurativa. De acordo com Marcelo Saliba (2009, p.144), o “dissenso existe até mesmo na definição terminológica, pois, alguns doutrinadores preferem optar por uma dessas expressões: justiça restauradora, justiça reparadora, justiça reintegradora, justiça conciliadora, entre outras”.

A maioria dos autores entende não existir conceito pronto e acabado da Justiça Restaurativa. Dizem, até, que ela constitui uma prática em busca de uma teoria. “Qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como ‘prática restaurativa’ (SICA, 2007, p.10)”.

Decorre, em grande parte, essa dificuldade de definição pelo fato de que já existem muitas práticas restaurativas e, por isso, alguns autores a definem como “produto inacabado” (WALGRAVE apud SANTOS, 2014, p.162).

⁶ O caso citado por Carlucci (2004, p.118) que marca o início da Justiça Restaurativa, assim considerada por muitos autores, está ligado ao caso solucionado em 1974, em Ontario, Canadá. Conta-se que Yantzi, um membro da seita menonita, estava cansado da falta de efetividade da resposta judicial sobre casos envolvendo menores de idade. Em um caso desses, dois jovens drogados destruíram automóveis, de forma brutal. Os jovens não possuíam antecedentes, então, Yantzi aconselhou ao juiz para que os jovens reparassem o que haviam praticado. Inicialmente, o juiz mostrou-se renitente ao pedido, pois não via sustentáculo legal que o autorizasse a permitir aquela prática, porém, ao proferir a sentença, o juiz determinou que os jovens cumprissem o sugerido e fossem conversar com as vítimas e, assim, os jovens foram às casas das vítimas e com elas acordaram a reparação pelas perdas ocasionadas. Ao final de três meses, cumpriram o que haviam comprometido. (tradução nossa).

Há definições que enfatizam o processo, outras focam nos resultados que devem ser atingidos. As primeiras são tidas como parte de uma compreensão minimalista, enquanto as últimas dizem respeito a um entendimento maximalista da Justiça Restaurativa (SANTOS, 2014, p. 162).

Tony Marshall (1996, p.37 apud SANTOS, 2014, p.163) é autor da definição mais citada. Tal definição entende ser a Justiça Restaurativa “o processo através do qual todas as partes implicadas em uma específica infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro”. A crítica aponta esse conceito como restrito, pois que resume a resolução do conflito apenas entre vítima e agressor, afastando a possibilidade de aplicação de outras práticas coercivas que poderiam ser relevantes para reprimir o mal causado.

Outra definição usual é a proposta por Howard Zehr (2002, p.37 apud SILVA, 2014, p.163):

Justiça Restaurativa é um processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham um interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender colectivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o propósito de os sanar e remediar da melhor maneira possível.

Outrossim, aos conceitos supramencionados, este último apresenta pontos passíveis de crítica, quais sejam: o questionamento sobre qual espécie de interesse deve ser esse e quais limites devem ser impostos para dar legitimidade à atuação restaurativa⁷.

Preciosa ponderação feita por Cláudia Cruz Santos (2014, p.168), segundo a qual, se houver um procedimento consensual entre o ofensor e a vítima e dele não buscar a reparação pelos danos causados por meio de responsabilização do agente, não se pode falar ter havido um processo restaurativo.

Isso não implica dizer, necessariamente, que qualquer prática que se utilize de modos reparatórios seja procedimento da Justiça Restaurativa. Impõe salientar que, na prática restaurativa, não basta atentar-se, apenas, para o resultado, sendo que o procedimento é concatenado à busca pelo resultado pretendido.

Nessa linha de pensar, caso se defenda que qualquer solução garantidora da prática restaurativa diz respeito à solução advinda da Justiça Restaurativa, esvaziada estará essa

⁷ Aída Kemelmajer de Carlucci (2004, p.13) propõe a seguinte definição de Justiça Restaurativa: “es un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente como manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”. Resume, nesta definição, que as partes interessadas na resolução do delito deem a resposta adequada ao caso, com vistas a evitar tais práticas delituosas no futuro. “é um processo no qual todas as partes implicadas em determinado delito resolvem coletivamente como manejar as consequências do delito e suas implicações para o futuro” (tradução nossa).

Justiça, ao passo que se alargará a Justiça tradicional atual, o que será um paradoxo pelo que se tem almejado.

Em meio a toda essa querela e tentativa de aproximação do que seja a Justiça Restaurativa, a decisão proferida pelo Conselho da União Europeia, em 04 de julho de 2002, auxilia e serve de base para compreensão:

Artigo 2. Para efeitos da presente decisão, o termo 'justiça restaurativa' refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata, em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o infractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

O que há bem delimitado quando se visualizam as tentativas de conceituação é a formatação vítima – ofensor – comunidade, que diz respeito a um sistema que visa combater os efeitos do crime, de modo a atender às necessidades da vítima e da comunidade. Isso porque, quando o ofensor pratica uma conduta delituosa contra a vítima, via reflexa, a comunidade também é atingida. Esse entendimento emerge da exigência de que todos os bens merecem ser protegidos, sejam individuais ou coletivos.

Observa-se, neste novo paradigma de justiça, que sua diferença substancial para o sistema de justiça tradicional reside no fato de que ela apresenta um novo olhar sobre o crime. Não se objetiva apenas a vítima, isso já foi, inclusive, matéria da vitimização; muito menos o infrator apenas, no entanto, a Justiça Restaurativa se constitui proposta inovadora e reparativa, haja vista que sua lente está focada em reparar a relação conflituosa entre vítima, infrator e comunidade. Percebe-se, nessa ilação, o alcance da dimensão reparadora da Justiça Restaurativa.

Há, nesse viés de pensar, a relevante mudança de olhar sobre o crime. A ofensa praticada pelo autor não é mais concebida como um erro praticado contra o Estado, mas sim contra a pessoa. E, neste foco, a vítima e o ofensor assumem papéis ativos na relação processual. Cada um atuará de modo a restaurar a relação, e ao Estado caberá, apenas, o papel de facilitador.

Aída Kemelmajer de Carlucci (2004, p.119) entende que a Justiça Restaurativa é produto da junção de três fatores: a falência das instituições tradicionais de regulação, demonstrando a necessidade de reavivar a noção perdida de comunidade; como segundo fator,

ela erige a corrente que denunciou os efeitos devastadores do sistema penal e, por fim, o que propiciou o desenvolvimento de mecanismos tendentes a exaltar os direitos dos homens e também das vítimas.

A lente restaurativa está, certamente, no aspecto subjetivo e intersubjetivo do conflito, de modo que o crime não é, somente, uma ofensa ao bem jurídico, mas também a direitos concretos da vítima, a qual possui necessidades igualmente concretas (SANTOS, 2014, p.171).

Quando se analisa o crime, pela lente restaurativa, novos aspectos se apresentam, apesar de eles sempre terem existido. O foco criminal não estava neles e, por isso, passou-se tanto tempo a negligenciar aspectos subjetivos da vítima, como o fato de se perguntar qual é o seu desejo quando um crime acontece? Quais respostas jurídicas e de cunho pessoal ela deseja ter do ofensor? Então, quais as consequências do crime para a vítima?

Muitas dessas perguntas, há anos, foram ignoradas e, ao se estudar as vítimas no contexto desses crimes, muito se descobriu a respeito do que elas esperam do sistema judicial. Ignora-se, ainda, o fato de que até agressões menos gravosas geram reações semelhantes nas vítimas de crimes mais graves. O ponto nevrálgico é que o crime rompe com a autonomia pessoal, retirando da vítima o poder sobre sua própria vida. Nesse sentido que, no momento da recuperação, faz-se salutar saciar a vítima de informações e de ajuda para responder a questões como: O que aconteceu? Por que aconteceu comigo? Por que agi da forma como agi na ocasião? Daí resulta a necessidade de devolver à vítima o empoderamento, o sentido de autonomia pessoal que lhe foi roubado. Em todos esses fatores se concentra a busca pela justiça, na verdade, muito além do que sempre se negligenciou (ZEHR, 2008, p.24-8).

Outra reclamação comum das vítimas é a falta de informação quanto à situação do processo ou ainda qual é o resultado daquela ação. Howard Zehr (2008, p. 30) descreveu situação concreta nesse sentido: ele realizava palestra sobre os sofrimentos e necessidades das vítimas quando uma mulher disse:

Você está certo. A minha casa já foi arrombada por assaltantes. Eu já fui assaltada numa rua escura. Em nenhum dos casos, fui informada ou consultada até que o processo já estivesse no fim ou quase finalizado. E eu sou a procuradora da justiça! A minha própria equipe deixou de me informar!

É sabido que, por esse processo penal, as omissões quanto à atenção à vítima são muitas. Esse breve relato já demonstra o quanto sua dor é aumentada, tanto pelo processo quanto pelos profissionais do Judiciário. Fato é que não se deseja defender aqui, tão somente,

atenção aos problemas e interesses da vítima, no entanto, deve haver equilíbrio entre a importância destinada ao autor da infração e a vítima.

3.2 Objetivos da Justiça Restaurativa

O objetivo central da Justiça Restaurativa é a pacificação social, por isso, mostra-se de grande importância a escolha de meios que não visem, apenas, à aplicação de uma punição, mas sim à reparação dos danos. Trata-se, portanto, de um modelo que objetiva, por meio do diálogo, alcançar soluções justas e mais eficazes que a do modelo tradicional, sempre com vistas a atingir seu objetivo-mor, qual seja, a pacificação social.

Leonardo Sica (2007, p.27), ao elencar os objetos da Justiça Restaurativa, aduz que esta enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Busca a Justiça Restaurativa restaurar a paz jurídica, reparar o dano e promover a reconciliação entre ofensor e vítima.

Fala-se também, de forma sintética, que os propósitos e fins da Justiça Restaurativa são, entre outros, proteger o interesse da vítima, da comunidade e do imputado. Prioritariamente, buscar-se-á a satisfação das necessidades da vítima que, por meio da infração, já viveu experiência da vitimização. Objetiva, também, a redução da população carcerária, já que se tem assistido que o encarceramento, apenas, faz crescer as taxas de criminalidade e são “universidades” onde se ensinam técnicas para delinquir. Outro objetivo pontuado pelos autores refere-se ao fato de que os programas diminuem a taxa de reincidência. Propõe-se como regra final que as penas sejam diminuídas, tendo em vista que elas pouco contribuem para que condutas futuras sejam evitadas (CARLUCCI, p.145-151).

A diferenciação entre a prática restaurativa e retributiva está, também, na criação de uma responsabilidade futura por fazer aquilo que é certo. Enquanto na retributiva busca-se, apenas, estabelecer uma responsabilidade passiva que está representada pela aplicação da pena, a Justiça Restaurativa preocupa-se em recuperar a pessoa do infrator e, via reflexa, a comunidade terá as vantagens desse tratamento concedido à pessoa do agressor.

Vê-se, com isso, que a Justiça Restaurativa nasceu por conta de uma complexidade e reclame social com vistas a uma justiça mais flexível e eficaz, de modo a oferecer respostas adequadas aos conflitos que têm aparecido na contemporaneidade.

Como proposta objetiva da Justiça Restaurativa, a reparação se revela como alternativa para uma legitimação do Direito Penal, em termos de se coadunar às ideias de fins penais.

Conforme já é cediço, sobre a falibilidade da pena privativa de liberdade, a reparação, além de atingir o fim supramencionado, responde eficazmente aos interesses da vítima.

Dessa forma, a reparação não pode ser usada do modo apresentado pelo Código Penal, qual seja, apenas como critério para atingir os fins da pena, mas o seu desiderato deve ser, também, a reparação à vítima.

Diante desse contexto, a reparação se apresenta não apenas como uma proposta de compensação patrimonial, mas, também, como medida disposta a atingir os fins penais, medida necessária a reintegrar as relações combalidas.

Em termos de programas de Justiça Restaurativa, vários são os modelos aplicados, bem como sua utilização é adaptável a cada sistema, sem possuir uma forma estática.

Um destes programas é o Programa de Reconciliação Vítima Ofensor (VORP), que nasceu no Canadá, em 1974 e, em 1977-78, chegou aos Estados Unidos. Segundo a própria sigla sugere, o programa visa enfatizar três elementos: fatos, sentimentos e acordos. As duas partes contam as suas histórias e ambas têm oportunidade de fazer perguntas e descobrir o que ocorreu (ZEHR, 2008, p.151).

Há alguns aspectos pontuais em que se destaca a evolução dos programas: a Justiça Restaurativa protege os interesses do autor, da vítima e da comunidade; é um modelo que diminui a população carcerária; reduz as taxas de reincidência; não visa ao abolicionismo, não crê que algum dia as penas sejam suprimidas, mas persegue sejam diminuídas e tem como foco a reparação do dano à vítima, como ponto de partida transformador mais profundo das relações sociais em jogo (ZEHR, 2008, p.159-163).

Porém, a aceitação da Justiça Restaurativa ainda sofre alguns problemas, como Leonardo Sica expõe (2007, p. 35-36):

[...] a relutância das autoridades judiciárias em recorrer a novas abordagens, como a mediação vítima-agressor; além do conservadorismo jurídico, as agências judiciais bloqueiam quaisquer alternativas reais e efetivas por razões latentes, relacionadas àquela visão da justiça penal como manifestação de autoridade; Recusa dos profissionais do Direito em aceitar a justiça restaurativa, 'autoconservação da máquina judiciária'. O modelo reabilitativo, experimentado em menor escala, está ligado à ideia de justiça terapêutica e fundado nas ideias de reeducação e reinserção do condenado.

Resta evidente que esses problemas são fruto de um apego excessivo ao modelo retributivo, aliado à falsa ideia de que a Justiça Restaurativa é medida terapêutica, sem qualquer indicativo para tratamento dos conflitos penais.

A própria essência objetiva da Justiça Restaurativa, por si só, apresenta os contornos factíveis de mudança e efetividade de uma política criminal voltada para a reparação e para a vítima do delito, esta que, por muito tempo, foi “neutralizada” pelo processo penal.

3.3 Princípios da Justiça Restaurativa

Embora haja discrepâncias, e não unanimidade entre os doutrinadores e as cartas nacionais ou internacionais quanto aos princípios formadores da Justiça Restaurativa, fato incontestado reside na questão de que essa Justiça deve ser baseada no consenso entre as partes, estabelecido por meio do diálogo, e que essa comunicação entre os envolvidos seja pautada na voluntariedade.

No que tange aos princípios formadores da Justiça Restaurativa, embora não haja unanimidade entre os teóricos, abordar-se-ão aqueles que estão entre os citados consensualmente pela literatura.

Alguns princípios básicos podem ser elencados nessa seara. A primeira preposição é afirmar que o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos do qual resultam danos à vítima, à comunidade e ao próprio autor; secundariamente, ele é uma transgressão da lei; o objetivo precípua deve ser (re) conciliar pessoas e reparar danos; finalmente, está a facilitação da participação ativa de vítima, ofensores e comunidade (SICA, 2007, p. 33).

De forma específica, no que concerne às particularidades dessas premissas acima sintetizadas, alguns autores indicam a necessidade de outros requisitos orientadores dessa prática restaurativa.

Tiago Joffily (2011, p. 179) afirma que a porta de entrada da Justiça Restaurativa, no Brasil, decorre dos princípios previstos na Constituição de 1988. Ora, isso confere consonância aos postulados do ordenamento jurídico brasileiro, o que afasta a sua incompatibilidade aos preceitos restaurativos.

E essa compatibilidade ocorre quando a própria Carta Magna abre a possibilidade de novas formas de resolução de conflitos, abarcando, até mesmo, as matérias de âmbito penal.

A cidade do Recife, em 2006, sediou o II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, do qual teve origem outra carta apresentando recomendações sobre a prática restaurativa. Dentre essas, destaca-se o respeito ao princípio da isonomia, autonomia e a diversidade das pessoas envolvidas na relação conflituosa, a fim de que sejam promovidos a renovação e o empoderamento. São cartas que demonstram o grau de relevância da utilização dos

procedimentos restaurativos, além de indicar forte premência atual para que os fins penais sejam adequados às situações conflituosas que se apresentam, com fulcro, obviamente, em uma sociedade pacífica e disposta a resolver seus problemas por meio do diálogo (II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA).

Pelo princípio da voluntariedade, entende-se que participar do procedimento restaurativo supõe a intenção livre da vítima e do ofensor no sentido de participarem das reuniões. Tanto é assim que, antes de iniciar o procedimento, realiza-se entrevista com os membros envolvidos no conflito, a fim de se compreender as particularidades do caso e informar aos participantes as regras atinentes da mediação. Caberá ao mediador verificar se a decisão de participar do processo está livre de qualquer coação ou vício de vontade que contrarie a voluntariedade embasadora de tal proceder.

Leonardo Sica (2007, p.55), quanto à voluntariedade, assevera:

Trata-se do requisito fundamental, pois é ele que vai caracterizar o aspecto preventivo geral da mediação como reação penal, pois a participação livre e consentida expressa um sentido de confiança no ordenamento e de reconhecimento da mensagem normativa muito maior que aquele efeito ilusório derivado da ameaça de pena. Mas o engajamento voluntário do ofensor e vítima dever ser considerado em bases realistas, ou seja, não há como desconsiderar que a simples possibilidade de reenvio do caso para o sistema formal de justiça sempre pressionará as partes em algum sentido: o ofensor, mais naturalmente, tentará evitar a estigmatização e a possibilidade de pena e a vítima, ocasionalmente, poderá ver na mediação uma via rápida para o ressarcimento dos prejuízos materiais ou, por outro lado, poderá evitar o encontro com o ofensor temendo a revitimização.

Outro princípio formador da Justiça Restaurativa é o da Confidencialidade. Os conflitos penais já são, em sua maioria, densos e aflitivos, então, em um procedimento que visa à comunicação e ao estabelecimento da paz e do consenso, é primordial que haja confidencialidade. As partes devem se sentir à vontade para falar de seus interesses, impressões, expor angústias e, finalmente, tentar a reparação. Durante todo o procedimento, esse princípio deve ser observado, mais precisamente, desde o momento em que o mediador escuta as partes e tem acesso à visão de cada um dos envolvidos.

Consoante aduz Francisco Amado Ferreira (2006, p. 36), somente serão reduzidos a termo em caso de acordo final, bem como o termo de aceitação de participação na mediação. Isso reflete o Princípio da Confidencialidade.

O Princípio da Neutralidade diz respeito a características próprias de operadores que intervêm no procedimento. Cabe ao mediador, apenas, intermediar a reunião entre as partes, sem impor prevalência por qualquer uma delas. O mediador é chamado de facilitador,

denominação que diz bem a respeito do papel por ele desempenhado, qual seja o de facilitar a comunicação e compreensão entre as partes. Caberá ao mediador colher o consentimento das partes, por se tratar de ato voluntário, e, em seguida, avaliar se existe terreno favorável para que as partes elaborem conjuntamente a solução do problema (SICA, 2007, p.69-70).

Constata-se, nesse ponto, diferença salutar do procedimento restaurativo para o processo penal tradicional, a começar pelo estabelecimento da comunicação desenvolvida entre as partes. No processo penal, não há meios de realizar essa comunicação, inclusive, ela é, em muitos momentos, objeto de incompreensão pelas partes, restando um caminho de diálogo apenas entre o magistrado e os advogados. Nesse comparativo, o mediador apresenta como um membro da comunidade, ou alguém com formação específica, pessoa que está mais próxima dos conflitos que acontecem no seio social ou apta para facilitar o diálogo.

Embora não haja consenso doutrinário a respeito desses princípios, percebe-se que muitos deles decorrem da própria prática restaurativa, certamente, com o passar do tempo e aumento dos estudos nessa área, muitos outros preceitos serão elevados à condição de princípios. Ainda existem alguns outros princípios, como é o caso do Princípio da Autocomposição, que apenas são assim chamados por contrastarem ao Direito Penal posto. Esse princípio discrepa da solução imposta que, normalmente, é ditada pelo Direito Penal. Na mediação, as partes buscarão o resultado, sendo este imprevisível, porém objeto de resolução dos envolvidos.

Gladys Stella Álvarez (2003, p.136) infere que “nenhum terceiro impõe uma decisão; as partes se valem de um terceiro que atua como facilitador da comunicação que não ostenta o poder decisório”. O terceiro é neutro, apenas um intermediário da relação.

Importante mencionar que os princípios que alicerçam a Justiça Restaurativa guardam estreita relação com os Princípios da Proporcionalidade e da Intervenção Mínima que informam o Direito Penal. Nessa linha de intelecção, o princípio deve redimensionar e flexibilizar-se, aumentando as possibilidades de não renunciar ao procedimento por meio de ressarcimento antecipado ou conciliação entre vítima e infrator (CARLUCCI, 2004, p.199).

3.4 Marcos legais internacionais da Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa constitui prática implementada e incentivada por vários países. Há algumas resoluções e marcos internacionais legais, legitimadores das práticas restaurativas, como, por exemplo, as Resoluções n.1999/26, 2000/14 e 2002/12 do Conselho

Social e Econômico das Nações Unidas; Resolução da Assembleia Geral da ONU n.56/261, entre outras.

A Organização das Nações Unidas (ONU), em virtude do êxito de práticas restaurativas na diminuição da reincidência, passou a recomendar a adoção da Justiça Restaurativa. E assim, por meio da Resolução n.1999/12, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, o Conselho Social e Econômico da ONU requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e da Justiça Criminal que considere a formulação de padrões nas áreas de mediação e Justiça Restaurativa. Após, foi expedida a Resolução n. 2000/14 (ONU, 2002).

A Resolução n. 2000/14, de 27 de julho de 2000, denominada “Princípios Básicos para Utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”, requisitou que fossem estabelecidos princípios comuns na tratativa de programas de Justiça Restaurativa em sede criminal, considerando, inclusive, a existência de outros instrumentos internacionais que dizem respeito à vítima, como a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, entre outros documentos existentes (ONU, 2012).

Após, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução n. 2002/12, a qual estabelece inúmeros aspectos fundamentais, tais como a utilização do procedimento restaurativo em qualquer fase do processo, consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. Os resultados restaurativos incluem a restituição, a reparação e serviços comunitários (ONU, 2002).

A Justiça Restaurativa também foi contemplada na Resolução da Assembleia Geral da ONU n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – respondendo aos desafios do século XXI” (ONU, 2002):

1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal anexados à presente resolução;
2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa na área criminal;
3. Solicita ao Secretário Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não governamentais;
4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;

5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências;
6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Outro relevante marco mundial da Justiça Restaurativa foi a Decisão n. 10575/2002, do Conselho da União Europeia, que, por iniciativa da Bélgica, criou a rede europeia de pontos de contatos nacionais para aquela Justiça. O objetivo dessa rede é apoiar a implementação da Justiça Restaurativa nas políticas nacionais e no sistema de justiça criminal. A rede foi articulada junto com o European Forum for Victim Offender Mediation and Restorative Justice⁸.

A Decisão n. 220/2001 do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima no Processo Penal, outrossim, recomenda a promoção da mediação nos processos penais relacionados a infrações que possibilitem a aplicação desse método, que, nos termos da decisão, caracteriza-o como informal e flexível (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2001).

Pela Resolução n. 45/110, da Assembleia Geral, adotaram-se as Regras Mínimas das Nações Unidas para elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, denominadas de Regras de Tóquio. De acordo com Shecaira e Corrêa Júnior (2002, p.60), as Regras de Tóquio “não possuem natureza de tratado, ou seja, não possuem força de lei, mas sim de acordo internacional, no sentido de reconhecer e declarar princípios”.

As Regras de Tóquio são divididas em oito seções, nas quais estão estabelecidos os princípios, estágio anterior e posterior ao juízo e sentença; aplicação de pena, entre outras. Salienta-se a seção 2, que se refere às medidas não privativas de liberdade, a fim de evitar a aplicação da prisão preventiva. Para isso, apoia-se nos Princípios da Inocência e da Intervenção Mínima⁹.

Essas regras, que afastam a aplicação de medidas não privativas de liberdade, buscam a aplicação de medidas favoráveis aos direitos humanos das pessoas envolvidas, bem como impedem que haja desproporcionalidade do controle penal. Observa-se, ademais, que tanto os

⁸ Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Disponível em: <<http://www.apav.pt>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

⁹ Regras mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio). Disponível em: <<http://www.gddc.pt>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

interesses da vítima como os do ofensor são respeitados, quanto à reintegração do ofensor e prevenção do crime.

Marco legal de prática restaurativa constitui também a Lei de Promoção da Unidade Nacional e Reconciliação, de 1995, da África do Sul. Por essa lei, foi criada a Comissão da Verdade e Reconciliação (CVR), a fim de verificar as violações de direitos humanos ocorridas no passado do país. A CVR possibilitaria, então, às vítimas que recomendassem reparações a aqueles que perpetraram abusos. Visando realizar seus objetivos reparatórios, a CVR foi dividida em três comitês: Comitê para Violações de Direitos Humanos; Comitê para Anistia e o Comitê para Indenização e Reabilitação (HAMBER; KIBBLE, 1988).

A Comissão para Verdade e Reconciliação trouxe marcante exemplo, ao levar à resolução, por via conciliativa, de conflitos, ainda que de gravidade inédita, e de estabelecer condições de convivência pacífica para as gerações presentes e futuras (SICA, 2007, p.104-105).

Nessa esteira internacional de marcos, importante destacar a Lei Tutelar Educativa – Lei n. 166/99, de 14 de setembro, também chamada de “terceira via” ou ainda “modelo educativo de responsabilidade” (SANTOS, 2014, p.666-667).

Somente se apresenta legítima a intervenção tutelar do menor quando houver realmente uma necessidade corretiva. Isso porque tal medida não se destina a aplicar punição, e sim corrigir a personalidade do menor. E, de fato, essa constitui prática discrepante da Justiça Criminal, haja vista que a aplicação da medida apenas se justifica se ela for medida indispensável para a educação do menor (SANTANA, 2010, p.266-267).

Ainda em Portugal, outra criação legal prevê o regime da mediação penal. Trata-se da Lei n.21/2007, de 12 de junho. Alguns autores, a exemplo de Cláudia Santos (2014, p.680-682), destacam como principais críticas o fato de ter a referida lei reduzido seu alcance, o que se chama de opção “minimalista”, pois que, quanto aos crimes de abrangência pela mediação, reduziu-se aos crimes particulares em sentido estrito e aos crimes semipúblicos e que sejam crimes praticados contra as pessoas ou contra o patrimônio. Outra redução foi no caso de detenção em flagrante delito e sempre que o órgão do Ministério Público considerar não ser necessário aplicar uma sanção privativa de liberdade.

Diferentemente da lei portuguesa, a Lei Orgânica espanhola n.5/2000, de 12 de janeiro, que regula a responsabilidade penal dos menores, demonstra uma tutela maior pelo interesse da vítima e, para isso, vale-se do processo mediático, a fim de que haja a reparação

do dano causado e a conciliação com a vítima, sem olvidar, contudo, dos critérios educativos, bem como do Princípio da Intervenção Mínima (SANTANA, 2010, p.276-277).

Verificou-se, nesta abordagem dos marcos internacionais normativos, o quão relevante foi o papel da Organização das Nações Unidas e do Conselho da União Europeia quando na atuação em defesa do respeito aos direitos da vítima, do ofensor e da própria comunidade. A Justiça Restaurativa, como justiça que busca a solução dos conflitos – de forma a reparar o dano causado pela prática do delito – e restabelecer o convívio e a paz social, demonstrou que suas experiências constituem um processo de transformação individual e coletiva, por meio de ações valorativas e não violentas.

3.5 Justiça Restaurativa e sua formação no Estado Democrático de Direito

Na atual sociedade, a busca pela modernização do Direito Penal é constante e também necessária. A sociedade evolui ao mesmo passo que o Direito Penal deve acompanhar essas mudanças. Surge daí a Justiça Restaurativa, como proposta inovadora de mudança desse estado de coisas. Além do mais, as práticas atuais já não se coadunam tanto ao Estado de Direito vivido. Eduardo Demétrio Crespo (2004, p.09-37) dispõe:

Os problemas do nosso tempo são muito diferentes dos do século XVIII, houve uma modernização da criminalidade que provoca, sem dúvida, uma mudança de sua abordagem jurídica. [...] Mas, por outro lado, é imprescindível não deixar em branco o fato de que a modernização do Direito Penal, se verdadeiramente pretende representar uma ‘evolução’, deve realizar-se em escrupulosa obediência às garantias do Estado de Direito, e não sob o influxo das exigências de ‘segurança’ de uma sociedade que não conhece critérios de ‘razoabilidade’ a respeito da intervenção penal, porque, do contrário, esta intervenção não poderá ser considerada justificada.

Dessa forma, rumo à modernização do Direito Penal, caminho outro não deve prevalecer a não ser aquele que não se afaste dos princípios do Estado de Direito, caso contrário, haverá retrocesso ao invés de modernização.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa não foi idealizada para eliminar a função estatal ou ainda para substituí-la. A inafastabilidade da atividade jurisdicional é princípio fulcral em um Estado Democrático de Direito. Por isso, se afirma que a Justiça Restaurativa não há de significar uma “alternativa ao Direito Penal”, porém consistirá em forma alternativa de se realizar justiça.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p.146), sobre os direitos humanos na seara penal, argumenta: “Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade

de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades”.

O fundamento do Estado Democrático de Direito não está presente em formas de criminalização produtoras de estigmatização e degradação, além de formador de processo de desculturização na sociedade (CALLEGARI, 2005, p.92).

É preciso que seja validado, conforme a Constituição exige, um método de interpretação próprio, que, efetivamente, leve em conta os valores democráticos definidos pelo Estado, estabelecendo uma orientação, segundo as práticas constitucionais, que possibilite uma materialização. Somente se faz possível essa interpretação mediante o reconhecimento do princípio da dignidade humana.

Na sociedade moderna no atual Estado de Direito, a sociedade se mostra mais próxima a recepcionar a Justiça Restaurativa. E a proposição de um novo modelo jamais significaria diminuir o poder estatal, até porque este se revela importante para resolver conflitos e situações penais, mas se vislumbram medidas alternativas indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

Alia-se a essa necessidade um fenômeno que há muito vem ocorrendo, que é o medo do crime. Em épocas atuais, tem-se mostrado mais intenso, já que as sociedades têm vivido irreversíveis transformações sociais. O medo do crime tem sido confundido com o sentimento de insegurança generalizado, esta que não é apenas uma sensação de ordem subjetiva, todavia, está bem materializada no mundo real. Isso se deve ao fato da ausência de qualquer política ou estratégia de proteção da comunidade pelo Poder Público. Um dos efeitos desse medo do crime consiste em sua capacidade de influenciar disfuncionalmente a política criminal, o que resulta na implementação de programas autoritários (CÂMARA, 2008, p.228).

Outro efeito negativo gerado é a criação da chamada “legislação simbólica”, a qual diz respeito à criação legislativa para demonstrar falsa imagem de “trabalho cumprido”, normalmente apresentada pelo Estado e governo.

Foi criado um costume na sociedade consistente na ideia de, ao surgir determinado problema, a criação de lei é instrumento eficaz para a resolução. Nisto se apoiam os políticos a cada eleição, oferecendo projetos que sequer merecem ser objeto de discussão. Deste modo, “a legislação-álibi tem o ‘poder’ de introduzir um sentimento de ‘bem-estar’ na sociedade, solucionando tensões e servindo à ‘lealdade das massas’” (LENZA, 2011, p.32).

Desse aspecto, o exemplo mais latente e pulsante são as mudanças na legislação penal, exigidas pela sociedade para que sejam reduzidos os índices de criminalidade.

Alerta Marcelo Neves (2007, p.40-1 apud LENZA, 2011, p.33) sobre a utilização exacerbada da legislação simbólica, asseverando qual é o efeito causado: “[...] o emprego abusivo da legislação-álibi leva à ‘descrença’ no próprio sistema jurídico, ‘transforma persistentemente a consciência jurídica’ [...]”.

Como último efeito apresentado aqui, tem-se o adiamento da solução dos conflitos sociais, vez que se transfere a solução de determinado conteúdo para futuro incerto e a lei criada apenas apazigua os ânimos daqueles que desejavam tão somente que a atividade legiferante fosse realizada, sem qualquer vinculação com a aplicabilidade da lei, esta, na maioria das vezes, impraticável.

O Direito Penal simbólico tem sua origem na cultura da emergência, a qual deve ser entendida como um modo de reação frente a problemas surgidos na sociedade, principalmente os ligados à violência e criminalidade.

Vários são os vetores que podem ser contextualizados nesta tratativa da “emergência”. Há aqueles ligados aos poderes políticos, que os utilizam demasiadamente para aclamarem a necessidade de criação legislativa, como também há os atinentes ao poder midiático, que propaga uma informação, muitas vezes, manipuladora e formadora de opinião que gera alvoroços no meio social.

Certo é que esse discurso midiático atemorizador é solo fértil para a proliferação de um Direito Penal Simbólico. As proporções advindas de toda essa repercussão são as mais danosas, vez que fazem nascer na sociedade o desejo de reprimenda do sistema penal, das formas de punição existentes. E a sensação predominante é a de que tão somente sejam criadas leis, ou punições mais gravosas, e a criminalidade será reduzida ou até dirimida.

Quando se estuda o fenômeno da emergência penal, verifica-se que a ampliação do Direito Penal repercute no sentido da pena. E tal estudo permite inferir que a emergência conduz a um sistema penal desprovido de sensatez e coerência (SICA, 2002, p.88).

Esses modelos excessivamente difundidos na sociedade moderna têm apenas contribuído para afastar o Direito Penal de seus fins e fortalecer o discurso sobre a necessidade e adequação de um modelo alternativo que suplante as deficiências apresentadas.

Cláudia Cruz Santos (2014, p.254) elucida bem a questão do Estado Democrático e a prática restaurativa:

Um dos argumentos esgrimidos pelos cultores da proposta restaurativa contra a justiça penal prende-se com a sua apresentação enquanto forma de resolução de conflito menos democrática por dela afastar quer aqueles que no conflito são intervenientes directos, quer a comunidade, assumindo o Estado o monopólio da coerção para resolução do conflito.

Ainda nesta mesma linha de compreensão, Melissa Williams (2002, p.451 apud SANTOS, 2014, p.255), ao fazer avaliação sobre a Justiça Penal e a Justiça Restaurativa na perspectiva de sua compatibilidade às exigências democráticas, vê, como mais alinhada aos ideais democráticos, a Justiça Restaurativa. Isso em decorrência da maior participação do agente do crime e da vítima na gestão do conflito criminal, aliado ao fato de que, se houver a compreensão de que o assunto criminal é de todos, não se percebe a legitimidade para que a decisão de pacificar o conflito caiba apenas àqueles. Para Melissa Williams, a análise deve partir das seguintes indagações: “se as definições do comportamento criminal, efetivamente, discriminam certos grupos de cidadãos”; “se os processos para determinar a culpa ou a inocência de um acusado são igualmente aplicáveis, e igualmente adequados, a todos os cidadãos”; “se a punição é igualmente distribuída ou se alguns grupos de condenados são punidos com mais severidade que outros”.

Nota-se, deste modo, que o exame das questões atinentes à Justiça Restaurativa e os primados do regime democrático devem levar em consideração o funcionamento do sistema criminal, as constantes estigmatizações provocadas pelo processo penal e sopesar de acordo com o princípio democrático da igualdade sobre o próprio sentido da democracia.

A ideia prevalente da democracia pode ser sintetizada na afirmação simplista, por assim dizer, de que quanto maior a esfera de participação do cidadão e menor a representação, mais democrático será aquele determinado Estado. No entanto, no momento em que se aprofunda o estudo sobre a democracia, outros vieses de pensamento são apontados.

Norberto Bobbio (1988, p.13 e 23) define regime democrático como “conjunto de regras processuais no que diz respeito à formação das decisões colectivas, prevendo e facilitando a participação mais ampla possível dos interessados”. Implica dizer que as reações ao crime, pautadas em restringir a decisão do conflito apenas às hipóteses em que não é possível atribuir aos interessados, mostram-se uma reação democrática. O que não quer significar que a qualidade de democrático de um sistema de Justiça Penal, que tenha como repositório as decisões a cargo de juízes, seja menos democrático que outro sistema em que há maior participação do cidadão, já que o relevante é o equilíbrio entre as finalidades de defesa aos direitos fundamentais do indivíduo.

Em oposição ao entendimento da doutrina restaurativa, Paul Ricoeur (1999, p.164-5) fala sobre a “justa distância”, que diz respeito à posição de terceiros, juízes e as partes em conflito em um processo. Pontua o autor que essa distância não é maléfica, porém necessária para que as emoções imediatas sejam afastadas, levando-o a concluir que a administração da

justiça pelo modo tradicional talvez corresponda mais aos ideais de democracia do que propriamente as reações desformalizadas do conflito.

Trata-se de uma linha de argumentação interessante, na medida em que convalida a ideia de que a democracia não é apenas um reflexo da participação direta do cidadão, mas liga-se, também, ao funcionamento das instituições. O paradigma democrático, talvez o termo mais escorreito seja equilíbrio, reside em encontrar esse ponto entre a liberdade do indivíduo e a defesa do interesse comum. Por isso, sustentam os defensores da Justiça Restaurativa o não abandono da Justiça Tradicional Penal, posto que ela também evidencia princípios democráticos, no entanto, os pontos de deterioração desse sistema merecem complementariedade por um sistema alternativo.

Coaduna-se a esse explanar Cláudia Cruz Santos (2014, p.266) quando, sinteticamente, afirma que “o surgimento de práticas restaurativas, por favorecer a solução do conflito de forma diversa das instâncias formais de controle [...] contribuirá para uma intervenção da justiça penal [...] mais limitada pelo critério da necessidade e [...] mais democrática”.

Com o paradigma restaurativo, permite-se a participação da comunidade nas práticas de justiça e, por isso, já representa algo mais humano do que o Direito Penal atual. Sua concepção vai além de apenas realizar os direitos humanos, mas também dará autonomia aos autores da relação, de forma a, efetivamente, considerar um espaço de atuação, este livre e aberto ao diálogo e a práticas de cidadania.

3.6 Formas procedimentais alternativas de solução de conflitos: mediação, conciliação, conferências de famílias, círculos restaurativos e círculos decisórios

Embora haja outras práticas restaurativas, tratar-se-á aqui apenas das mais conhecidas e utilizadas. Todas elas têm como ponto em comum dar oportunidade de as partes se reunirem e, a partir desse encontro, decidir o que será feito do conflito (PALLAMOLLA, 2009, p.105).

O termo “mediação” origina-se do latim antigo *mediare*, que significa dividir, abrir ao meio, e visa restabelecer o diálogo entre as partes para alcançar o objetivo concreto de encontrar uma solução para o conflito. Leonardo Sica (2007, p.46) cita a recomendação do Conselho da Europa n. R (99) 19, o qual conceitua mediação como:

Aquela desenvolvida no âmbito penal, como todo processo no qual a vítima e o autor do crime podem, desde que consintam livremente, participar ativamente da resolução de problemas que surgem com a comissão do ilícito penal através da ajuda de uma terceira parte imparcial, qual seja, o mediador.

O autor Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (1997, p.36) define-a como um processo por meio do qual uma terceira pessoa deixa as partes discutirem seus pontos de vista e, através desse diálogo, chegar a uma solução do conflito. Esse autor deixa perceber que a figura do mediador é pessoa neutra e observa, ainda, que o procedimento de mediação oferece a possibilidade de (re) construir a relação danificada pelo delito.

Por ser um instituto de fácil confusão – o da conciliação – ainda mais a conciliação praticada nos Juizados, Lei n. 9.099/95, importante destacar os pontos de discrepância entre ambas. A mediação é uma relação entre pessoas e a reunião de mediação buscará a reconstrução da relação; já a conciliação busca a resolução do conflito; a mediação exporá as emoções, valores e interesses, enquanto a conciliação visará a um acordo que seja vantajoso para todos; objetiva a mediação aumentar a capacidade de as partes gerirem os efeitos do conflito; a conciliação objetiva a solução negociada do conflito; o papel do mediador é secundário, apenas intermediará a reunião, por outro lado, na conciliação, o conciliador é quem conduzirá o processo de resolução do problema; o mediador, durante o procedimento de mediação, apenas explicará que o acordo é uma hipótese possível, mas caberá às partes a decisão sobre o que desejam; já o conciliador explicará, primeiramente, que o objetivo é o acordo e dirige a conciliação para os fins de atingir o acordo, questões de cunho emocional não são discutidas e o foco será dado apenas no problema e na possível solução. O sucesso para a reunião de mediação reside no bem-estar das partes, enquanto na conciliação o sinônimo de sucesso está no acordo realizado pelas partes (SICA, 2007, p.48).

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p.39) conceitua conciliação:

[...] uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertência e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.

Apesar desse entendimento doutrinário, a maioria dos teóricos não vê a conciliação como prática mediadora. Esse entender parece mais aceitável, posto que há diferenças entre os dois institutos quanto à forma de visualizarem o conflito, além de finalidades e objetivos diversos.

3.6.1 Mediação como forma de ampliação dos espaços de participação e deliberação

Grazzia Mannozi (2003, p.340) fez uma sistematização das dimensões conceituais

mais importantes acerca da mediação penal e aloca essas dimensões em três blocos. O primeiro considera a mediação como mera técnica de intervenção social, em que um terceiro tende a promover a superação do conflito entre as partes; em segundo bloco, ressalta o aspecto de que a mediação tem intersecção com o processo penal, visto numa perspectiva mais ampla da Justiça Restaurativa e, em último bloco, a mediação como abordagem independente da resposta judiciária.

A mediação é assim considerada como um fim, uma atividade que pode resultar em não aplicação da pena e isso afasta o uso da reprimenda penal. Desse foco, Leonardo Sica (2007, p.53-5) sintetiza:

A mediação é uma reação penal, alternativa, autônoma e complementar à justiça na forma punitiva, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado do conflito.

Tem como requisitos a voluntariedade, confidencialidade e oralidade, informalidade; neutralidade do mediador; ativo envolvimento comunitário e autonomia em relação ao sistema de Justiça.

Outro ponto central diferenciador entre a mediação e a prática conciliatória está no fato de que, nesta última, há a intervenção do juiz e este atua de maneira a operacionalizar o acordo, enquanto na mediação o juiz não poderá ser o mediador, pois que este não deverá ter poder decisório e sua função será restrita a acompanhar as partes a chegarem a uma solução do conflito e homologar, se for o caso, o acordo.

Aída de Carlucci (2004, p.289) afirma que a doutrina atribui a mediação às seguintes funções:

Impedir a bipolarização entre os sujeitos em conflito e ajudá-los a superar a visão amigo-inimigo; fazer com que os contenedores se reconheçam como adversários, porém não como inimigos; permitir a introdução de uma ordem simbólica capaz de oferecer aos indivíduos um espaço para mudar; a mediação tem êxito quando os antagonistas se atentam para essa dimensão; o terceiro permite ao sujeito abrir-se ao outro, colocar-se no lugar do outro.

Verifica-se, assim, que o mediador atua como catalisador, ele ajuda a transformar a relação rompida, introduzindo a comunicação a fim de que as partes esclareçam as dúvidas, exponham seus interesses, façam suas indagações e possam fazer nascer a consciência da responsabilidade pelo ato ofensivo realizado.

No que concerne aos tipos de mediação, a depender dos contextos, ela atua em vários: matrimônio e família; matéria de locação; vizinhança/bairro; economia; tutela ambiental;

política de transportes; municipal; justiça/criminalidade; conflitos étnico-raciais; política. O método de aplicação se divide em mediação voltada para a reparação-conciliação (com função diretiva do mediador) e método voltado para facilitar a comunicação entre as pessoas (com função não diretiva do mediador). Nesse compreender, Leonardo Sica (2007, p.58) explana sobre a aplicação destes métodos, que se desenvolverão nas seguintes fases:

- I – envio do caso, fase em que a autoridade (juiz, promotor, polícia) encaminha o caso para o ofício de mediação e este assume a responsabilidade pelo conflito;
- II – fase preparatória para a mediação, em que os mediadores estabelecem contato com as partes, prestam as informações necessárias e colhem o consentimento para a participação;
- III – as sessões de mediação;
- IV – monitoramento do êxito da mediação e reenvio do caso à autoridade inicial.

Caso a vítima opte pela mediação direta, perante a qual haverá o contato pessoal da vítima com o ofensor, essa mediação passará por seis etapas. A primeira será a exposição de algumas regras pelo mediador que, em ato seguinte, fará a narrativa do fato pela visão da vítima e, após, pela versão do autor; em fase seguinte, serão esclarecidos os fatos, descrevendo-se as emoções provocadas pelo crime; após essa elucidação, o foco será direcionado à vítima, momento em que tentará analisar o dano por ela sofrido; por fim, se as partes conciliarem, o mediador reduzirá a termo e, finalmente, fará suas considerações (SICA, 2007, p.60).

Nota-se que, na primeira fase, o mediador esclarecerá que o objetivo-mor daquela reunião não é a obtenção do acordo. Esse é o momento em que ele, apenas, fará tal esclarecimento e depois deixará as partes com ampla margem de liberdade para desenvolverem a comunicação. Esse tipo de atitude do mediador dar-se-á tanto na mediação diretiva quanto na não diretiva, a única diferença é que, no modelo diretivo, o conciliador delineará pontos da discussão com vistas a um acordo.

Fala-se, a depender do caso, que podem ocorrer ambas as mediações, uma vez que, muitas vezes, a vítima não deseja estabelecer contato direto com o ofensor; nesse caso, acontece a mediação indireta, na qual o mediador ouve cada parte separadamente e, depois, passa as impressões de cada lado. A mediação direta tem papel importante para o exercício do *empowerment*, pois confere às partes o poder de guiar o processo e as regras do debate (SICA, 2007, p.59).

A mediação não diretiva possui forte relevância, porque, como já expresso em linhas anteriores, a vítima pode não desejar contato direto com o ofensor, assim, essa prática viria a

representar maior sofrimento para a vítima, ao invés de restaurar a relação e minimizar os danos ocorridos.

Importante mencionar as recentes práticas de mediadores e de múltiplas vítimas e ofensores que participam ao mesmo tempo da mediação. Essa hipótese surgiu no intuito de abarcar aquelas vítimas ou ofensores que não desejam ou não podem se encontrar diretamente. Assim, haverá encontro de várias vítimas e ofensores, os quais não serão os mesmos que praticaram infração contra aquelas. Objetiva tal prática a viabilização do diálogo, a fim de falarem sobre o delito ocorrido (PALLAMOLLA, 2009, p.108-109).

Nas práticas de mediação, apesar de alguns mediadores desejarem adotar o modelo que melhor lhes convenha, ainda assim se percebem, nos procedimentos, elementos de três modelos há muito usuais, são eles: Harvard, modelo narrativo e o transformativo.

Pelo modelo de Harvard, a mediação será considerada como negociação colaborativa facilitada, ou seja, a negociação é assistida por um terceiro que terá, como enfoque teórico, a chamada “resolução conjunta de problemas” e a buscará por meio das técnicas da negociação, intervindo em todo o procedimento, para gerar acordos mutuamente satisfatórios.

O modelo de Harvard, segundo a professora Tânia Almeida (2010), construiu seu rito em torno de quatro princípios dos ensinamentos do Harvard Negotiation Project. O primeiro princípio consiste na discriminação entre as questões a serem objeto da negociação e a relação existente entre os envolvidos. Tal discriminação será feita pelo mediador, que construirá uma pauta objetiva (relativa à matéria) e outra subjetiva (referente à relação), sendo que, na pauta objetiva, fica em evidência a matéria, enquanto na pauta subjetiva, os sentimentos, preocupações e anseios são mais destacados. No segundo princípio, está a negociação de posições, e não dos interesses, isso por considerar que, em um primeiro momento, as posições ficam em destaque, sendo necessário fazer perguntas para que sejam descobertos os interesses envolvidos. Em um terceiro princípio, já são buscadas as soluções que beneficiem os interessados. Trata-se de princípio de difícil consecução, posto que não há uma cultura de se colocar na posição do outro e tentar perceber as necessidades e interesses, o que existe, de fato, é uma cultura de valorizar sentimento e interesses próprios. Por fim, busca-se o estabelecimento de critérios objetivos para a obtenção do consenso. A autora exemplifica: “Se a venda de parte da sociedade comercial é consenso, critérios objetivos podem ajudar a operacionalizá-la; se a convivência com o(s) filho(s) será definida por comum acordo, critérios objetivos podem auxiliar a efetivá-la [...]”.

De acordo com esse modelo, se “resolver” significa terminar, concluir, então, a

mediação será vista como método de resolução de disputas. O mediador, portanto, trabalhará contribuindo para que os mediandos encontrem os modos de se satisfazerem (ÁLVAREZ, p.130).

Importa destacar que, seja qual for o modelo escolhido pelo mediador para realizar as reuniões de mediação, todos eles indicam que o fator comunicativo-relacional é de fulcral importância para a evolução dos procedimentos.

Sobre essa relevância, Mannozi (2003, p.349) sinaliza como necessidade “uma ética na comunicação que a norma possa oferecer uma legitimação e uma confirmação de validade”. Essa ideia somente ratifica o entender de que a mediação penal tem como fim encontrar uma linguagem ideal para que atinja a superação do conflito.

O modelo narrativo constitui uma variante do modelo anterior. Busca, igualmente, o acordo e, para isso, enfatiza, sobretudo, a comunicação. Também conhecido como modelo “circular-narrativo”, ele considera que o conflito possui várias causas geradoras e elas, com frequência, se retroalimentam. O mediador que recorre a esse modelo utilizará ferramentas comunicacionais e fará, primeiramente, sessões privadas com cada parte, antes que a mediação se torne conjunta (ÁLVAREZ, p.130-131).

Pelo modelo narrativo, infere-se o quanto a relação comunicacional se revela importante para a obtenção do acordo. Cada parte será atentamente ouvida e, na sequência, o mediador retroalimentará aquele discurso, destacando aspectos positivos para aquela comunicação prosseguir.

A fim de que esse modelo seja aplicado, cabe ao mediador permanecer atento durante todo o procedimento e não interromper os envolvidos no momento em que estiver ocorrendo a interação entre as partes. Ademais, o mediador vigilante às oitivas prévias, bem como ao desenrolar da comunicação entre os envolvidos, observará como intervir na condução de perguntas e palavras-chave para o desenvolvimento exitoso daquela comunicação (ÁLVAREZ, p.132).

E por possuir forte apelo ao traço comunicacional, esse modelo narrativo, para que encontre sucesso na resolução do conflito, depende, em grande parte, da atenção do mediador para as argumentações e aspectos citados pelos envolvidos, desde o momento em que estes lhe narram, previamente, sua história. Há, de fato, participação deveras ativa do mediador nesse tipo de procedimento.

O último modelo, considerado a antítese do modelo de Harvard, é transformador, pois que ele não está focado exclusivamente no acordo, mas na transformação daquela relação

danificada pelo crime.

A perspectiva desse modelo concentra-se no desenvolvimento de valores morais, a partir dos quais emergirão os interesses, necessidades e fortalecimentos de cada parte. Com base nesse desenrolar, o acordo tem papel secundário e não é mais um objetivo (ÁLVAREZ, p.135-6).

Os elementos desse modelo são pautados em um enfoque distinto, a começar pela disputa que, ao invés de ser vista como problema, passa a ser considerada como oportunidade de crescimento e transformação moral, possibilitando, além disso, que as partes tenham respeito e consideração mútuos. A ideia transformadora é, portanto, do indivíduo, baseada na ideia de bondade dos seres humanos e que apresenta como objetivos de sua prática a revalorização e o reconhecimento (BUSH; FOLGER, 2008, p.129-131).

Esse modelo busca enfrentar o conflito, a fim de que seja atingido o reconhecimento do outro.

A revalorização se situa na relação de empoderamento, através da qual a parte sente-se fortalecida, trazendo de volta uma melhoria em relação ao que as partes eram antes do delito.

Robert Baruch e Joseph Folger (2008, p.135-142, tradução nossa) descrevem os fatores que constituem a revalorização e o reconhecimento, respectivamente: 1) alcançar compreensão clara do que é importante e por qual razão o é, além de entender as metas e interesses em cada situação e qual é a razão de persegui-las; 2) possuir a real consciência das alternativas que há para que sejam atingidas suas metas; 3) aumentar suas habilidades, a fim de resolver o conflito; 4) ter consciência dos recursos que detém para também alcançar seus objetivos; 5) refletir e adotar decisões conscientes sobre o que fazer e qual o modo de realizar. Pelo reconhecimento: 1) compreende que possui força para realizar seus próprios conflitos; 2) assume que, mais adiante, será capaz de considerar e compreender o outro; e 3) renuncia ao seu próprio ponto de vista, com vistas a aceitar as perspectivas da outra parte.

A revalorização é um objetivo que pode ser alcançado em todos os casos, diferente do reconhecimento, que só é possível quando as partes, por vontade própria, concedem. Por outro lado, o reconhecimento é atingido com maior frequência.

Nesse sentido, com base nos preceitos da mediação transformadora, pode-se delinear que a mediação será exitosa quando as partes tiverem consciência das oportunidades de revalorização e reconhecimento apresentadas durante a mediação, além de terem aclaradas as metas, alternativas e recursos disponíveis e, depois, adotarem decisões informadas, pautadas em reflexões e livre escolha (BUSH; FOLGER, 2008, p.148-9).

Esse processo de revalorização e reconhecimento é possível quando a prática

transformadora está em questão, pois ela aponta os caminhos do diálogo objetivando a reconstruir a relação, além de encorajar os envolvidos, dando-lhes a visão de como podem resolver seus próprios problemas.

Importante destacar a função eminente do mediador. Ínsito a isto, ele tem o compromisso de usar sua influência somente com o fim de manter em poder das partes a decisão final do conflito. E, na função da mediação transformadora, há uma dimensão mais clara da neutralidade.

Sustentam alguns teóricos, a exemplo de Gladys S. Álvarez (2003, p.140), que o mediador não é neutro quanto ao procedimento, já que há fatores que não dependem, muitas vezes, de fatores pessoais e emocionais, mas de conhecimentos relacionados à realidade, que a parte, em um dado momento, oculta. Para isso, o mediador deverá ser *expert* para restaurar o equilíbrio da relação.

Outro ponto de discussão está ligado à formação do mediador, se ele deve ser um profissional do Direito, um advogado ou ainda um psicólogo, porém, é unânime o entendimento de que esse profissional deve ter conhecimento geral a respeito de interesses sociais, possuir habilidades comunicativas e até certo instinto para identificar reações e, imediatamente, propor novos caminhos de discussão tencionando restaurar aquele tecido relacional.

O mediador deverá ser um terceiro neutro, que se coloque em posição equidistante das partes, sem desenvolver atividade de cunho decisório, nem jurídico tampouco moral. Funcionará, sim, como facilitador mediante explicações, tornando fácil o intercâmbio entre as partes, escutando suas razões e interesses. Nisto, o mediador diferencia-se do juiz, que tem como função definir e julgar o conflito de acordo com o regramento legal. Exerce, pois, o mediador, função primordial, a qual reclama habilidades específicas. Para isso, há escolas especializadas na formação de mediadores, inclusive com título reconhecido pelo Conselho da Europa (SICA, 2007, p.69).

Margarita Martinez Escamilla (2011, p.42) sintetiza, especificamente, a função do mediador:

El mediador a través de las técnicas y procedimientos que maneja procurará un espacio en que la víctima pueda expresar sus sentimientos em relación con el delito o em su caso com el conflicto subyacente. La víctima decidirá si le basta una simple petición de disculpas o quiere ver um sincero arrepentimiento, si desea perdoar o si no se siente ni em parte reparada [...] será función del mediador el crear las condiciones necesarias para que víctima y autor no se sientan pressionados y puedan, cada uno de ellos, llegar al acuerdo que estimen conveniente.

Para maior sucesso do procedimento de mediação, a escolha de um mediador capaz e hábil em promover a interação dos mediandos consiste em ponto de relevo. Ainda que seja sustentada a tese de que o advogado, como mediador, fará um trabalho meramente formal e engessado à lei e, por isso, não servível ao interesse da mediação ou, mesmo, seja um psicólogo, o qual, normalmente, está em grau de preferência, essas são discriminações passíveis de relativização. Caberá ao grau de capacidade desse terceiro desempenhar as funções comunicacionais, primeiramente, e, após, ter a habilidade de perceber os “rumos” do diálogo. Para isso, certamente, qualquer cidadão da comunidade, desde que investido nessas técnicas mencionadas, conseguirá dirigir o procedimento de modo eficaz.

Tais formas procedimentais de resolução de conflito, em especial a mediação, não são parte do processo penal, assim como subordinação não há em relação a ele. Percebe-se que, no decorrer do processo penal, há espaço para práticas de mediação. Espaço para o diálogo acerca do ocorrido entre vítima e ofensor, orientado por princípios não discordantes do processo penal: participação voluntária e informada, gratuidade, confidencialidade, horizontalidade, entre outros (ESCAMILLA, 2011, p.40).

O campo da mediação só tem a crescer, mormente na seara criminal, e essa assertiva não faz parte de um discurso meramente otimista. No dia 29 de junho de 2015, foi sancionada a Lei n. 13.140/2015, que trata do uso da mediação para solucionar conflitos no âmbito da Administração Pública. E logo em seu artigo 2º, dentre a enumeração dos princípios formadores da mediação, estão a oralidade e a informalidade do procedimento, demonstrando, de logo, o intuito, entre outros escopos, de “desafogar” os tribunais brasileiros sobrecarregados de processos.

É, de fato, a mediação, procedimento alternativo e que tem sido usado em vários âmbitos do processo, atingindo a conciliação e a reparação.

3.6.2 Conferências de famílias, círculos restaurativos e círculos decisórios

As conferências de família surgiram na Nova Zelândia, ao final dos anos 1980, como reação ao sistema ocidental que já não apresentava funcionalidade frente à resolução dos problemas, além de deixar fora do processo a comunidade e a família (ZEHR, 2008, p.245).

Há dois modelos dessa prática restaurativa: o *court-referred* – os casos são desviados da Justiça e *police-based* – a família ou a escola atuam como facilitadoras dos encontros entre as partes e a família. Tais conferências são aplicadas, majoritariamente, em casos de jovens

infratores, porém, na Austrália, sua aplicação foi estendida para os casos de adultos. Normalmente, as conferências são aplicadas em delitos como roubo, furto, incêndio, delitos ligados às drogas, no geral, em crimes de menor gravidade (SCHIFF, apud PALLAMOLLA, 2009, p.117).

Participam dessas conferências, além da vítima e infrator, familiares e pessoas que os apoiam, policiais e assistentes sociais. O procedimento, parecido ao da mediação, inicia-se com um encontro privado entre as partes e o facilitador. Em seguida, as partes apresentam seus pontos de vista e decidem o que deverá ser feito. O objetivo é que o ofensor assuma a responsabilidade pelo ocorrido e à vítima é concedida a liberdade de fazer perguntas, bem como de decidir o que será feito, momento em que os demais participantes também contribuem para a resolução do caso (MIERS, apud PALLAMOLLA, 2009, p.118).

A participação da família e dos membros da comunidade é, de fato, importante, pois incentiva o infrator a cumprir o que foi convencionado na conferência de família.

Howard Zehr (2008, p.247) destaca que essas conferências trazem a vergonha reintegradora, vez que há denúncia da ofensa, mas não do ofensor, e possibilita a este um caminho para corrigir o que foi por ele mal feito. E ao corrigir o erro, o ofensor volta a ter da comunidade a mesma aceitação e respeito.

Sobre os resultados práticos das conferências, os dados apontam sinais positivos. Dentre as pesquisas feitas na Nova Zelândia, EUA, Reino Unido, Canadá e Austrália, foi constatado que o número de jovens infratores que se envolvem no processo de Justiça é muito maior do que aqueles que não participaram das conferências. Ademais, o procedimento das conferências satisfaz bem mais aos jovens do que o processo da Justiça comum (PALLAMOLLA, 2009, p.119).

Além dos resultados qualitativos, pesquisas apontam que o número de processos nas varas da Justiça comuns decaiu em 80%, o que leva alguns juízes a afirmarem que as conferências foram o primeiro procedimento verdadeiramente restaurador já aplicado em uma estrutura ocidental (ZEHR, 2008, 245).

Há, ainda, os círculos restaurativos, utilizados no Canadá a partir de 1991, sendo sua aplicação tanto para delitos praticados por jovens quanto por adultos. Envolvem, também, conflitos em escolas e casos ligados à proteção da criança (SCHIFF, apud PALLAMOLLA, 2009, p.119).

Participam dos círculos a vítima, o infrator, suas famílias e qualquer pessoa representante da comunidade que assim deseje participar. O objeto do círculo não é apenas a

vítima e o infrator, mas também a comunidade, dentro de uma perspectiva holística e reintegradora (PALLAMOLLA, 2009, p.120).

No Brasil, esse círculo já foi implementado em três escolas estaduais e, no ano de 2006, todas as escolas estaduais aderiram a essa modalidade na cidade de São Caetano do Sul (SP). Os círculos restaurativos acontecem nas escolas, em salas destinadas especificamente para esse programa. Os facilitadores são os professores e os alunos da 4ª a 8ª série do Ensino Médio são o público-alvo. Nos programas em que há participação de crianças, os círculos recebem o nome de “Cirandas restaurativas”. Não há infração específica para que seja enquadrada no programa, sendo de ampla abrangência e recebendo até casos como de *bullying*, basta haver a concordância das partes em participar do programa (MELO, 2006, p.108).

Além desses tipos, e considerado também como uma das práticas mais utilizadas, o círculo decisório, também denominado círculo de sentenciamento. Aída Kemelmajer de Carlucci (2004, p.324) conceitua como “uma reunião em que as pessoas são convidadas a se sentar em círculo com o acusado e discutir juntos qual sentença poderia ser imposta” e cita como objetivos dessa prática: “[...] o conhecimento das necessidades da vítima; assegurar a participação da comunidade e identificar as necessidades de reabilitação do ofensor [...]”.

Esse círculo apresenta como elemento diferenciador dos anteriores o fato de ser parte do processo judicial e define como primordial o fato de dever possuir, o ofensor, a clara intenção de se reabilitar e ser um bom cidadão, além de ter desejo suficiente de participar da comunidade. É preciso levar em consideração qual é a gravidade do delito cometido, pois, se for um caso extremamente grave, por exemplo, um abuso sexual, para esse círculo será inapropriada a apreciação e, finalmente, deve saber se a vítima está preparada para participar do círculo (CARLUCCI, 2004, p.326).

Outro aspecto diferenciador desse círculo consiste na oportunidade que é dada à comunidade de participar e assumir responsabilidades. Talvez seja essa a característica de maior destaque. De acordo, elucida Howard Zehr (2008, p.248):

[...] Quando a comunidade é excluída, como no processo penal clássico, perdem-se grandes oportunidades de crescimento e fortalecimento da mesma. Mas quando os conflitos são processados adequadamente, constituem um meio para construir relacionamentos entre pessoas e comunidades. Ao eliminar isso, elimina-se a pedra fundamental que sustenta a comunidade e a prevenção do crime [...].

Cada uma das formas procedimentais expostas nesta tratativa apresentou pontos positivos em aspectos jurídicos e também interpessoais. Entrementes, os círculos de família e

decisórios, por incluírem a comunidade na solução do conflito, demonstraram estar mais próximos da restauração das relações.

3.6.3 Bases para aplicação da mediação na Justiça Penal. Procedimento nos juizados especiais

As infrações de menor potencial ofensivo, expressas nas Leis 9.099/95 e 10.259/01, sinalizam que o campo para ingresso da mediação é próspero, mesmo porque nos juizados já existe uma aceitação ampla para a resolução de conflitos de forma consensual.

No que se refere à aplicação imediata dessas leis aos procedimentos de Justiça Restaurativa e mediação, há de se fazer reforma legislativa, posto que esses regramentos legais foram criados para dar celeridade à resolução de pequenos conflitos, bem como mitigar o emprego da punição. Do contrário, os escopos da Justiça Restaurativa e da mediação, quando se referem ao espaço do consenso e à participação do jurisdicionado na administração da justiça, não restariam satisfeitos (SICA, 2006, p.428).

Mais do que a previsibilidade das leis que regulamentam o procedimento nos juizados especiais é o exposto na Carta Constitucional, que possui todo sistema principiológico. E quando a própria Constituição fala sobre a necessidade de novas formas de resolução de conflitos, tem-se que ela mesma constitui marco para a abertura do pensar em novas alternativas ao sistema de resolução, inclusive penal:

Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento, e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Observado o dispositivo acima, depreende-se como é possível aplicar a Justiça Restaurativa aos crimes de menor potencial ofensivo. Além desse dispositivo constitucional, o Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003 – também prevê igual abertura para utilização da Justiça Restaurativa:

Art.94 – Aos crimes previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990 – constitui outro

regramento legal no bojo do ordenamento jurídico, no qual são visualizadas possibilidades ao encarceramento, particularmente, quando se trata da remissão no artigo 126 e artigo 122, sendo neste último disponibilizadas medidas socioeducativas que afastam o uso da reclusão.

No artigo 74 da Lei n. 9.099/95 – que se refere à transação penal, há oferecimento de alternativa para reparação do dano pelo ofensor, no entanto, essa alternatividade diz respeito, apenas, à forma que o agente dispõe para responder ao delito. Talvez, em todo procedimento processualístico do juizado especial criminal, a audiência dos termos circunstanciados, na seara criminal, seja a atividade em que mais se encaixa a aplicação da prática restaurativa, posto que requer a convivência pacífica das partes.

Desse modo, a mediação, em um primeiro momento, não necessitaria de previsão legal específica para ser aplicada nos juizados criminais. Por se tratar de um procedimento que tem por base a voluntariedade, a participação na audiência de mediação deverá ser espontânea, além do mais, à recusa em participar da mediação segue-se a audiência de conciliação. Igualmente, se os envolvidos não fizerem acordo durante a reunião de mediação, o ato seguinte será a realização de audiência de conciliação. Desse modo, a mediação seria um procedimento não substitutivo à conciliação e anterior a esta. Haveria participação, nas audiências, do ofensor, familiar, Promotor de Justiça e mediador.

Na comarca de São José dos Campos (SP), vários encontros restaurativos têm acontecido envolvendo usuários de drogas lícitas e ilícitas¹⁰:

Os usuários são divididos em pequenos grupos e encaminhados a salas diferentes, onde são realizados os círculos restaurativos, conduzidos pelo facilitador, um profissional capacitado em Justiça Restaurativa, que é apoiado por profissionais do Direito e da saúde. São empregadas diversas técnicas de reflexão próprias da Justiça Restaurativa e da Saúde, como escuta ativa, perguntas restaurativas e intervenção breve. Paralelamente, em um local próprio, os familiares são assistidos por um terapeuta familiar, que aborda a codependência e o papel da família na prevenção e no tratamento da dependência química.

O que ainda se percebe arraigado ao pensamento dos aplicadores e mesmo legisladores da Justiça Penal brasileira, além de um acentuado formalismo, é o sentimento de justiça retributiva muito presente. Quando se atenta ao procedimento dos juizados, muita mudança substancial, em termos desse formalismo exacerbado, já aconteceu, porém, ainda se encontra à margem do que é proposto pela Justiça Restaurativa, a exemplo da visão da vítima e do

¹⁰ Núcleo de Comunicação do Ministério Público do Estado de São Paulo. Audiência de Comarca Terapêutica em S. J. Campos tem ampla adesão de dependentes químicos: Maioria dos envolvidos em delitos de menor potencial ofensivo aceita tratamento. Disponível em: < <http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

ofensor durante o processo, quanto ao nível de satisfação dos envolvidos ao final do processo penal.

Muitas vezes, a celeridade proposta pelo juizado nem é mais atendida, em decorrência dos inúmeros casos que, diariamente, chegam a ele, então, apesar de ser o juizado método introdutório, e também conciliador, de alguns objetivos da Justiça Restaurativa, um procedimento específico da mediação deveria ser adaptado ao modelo atual.

Com a aplicação da mediação, esse cenário seria diferenciado. Inicialmente porque, diferente do objetivo precípua dos juzizados, qual seja a obtenção de resultados por meio da celeridade e informalidade, a mediação ocorreria objetivando estabelecer o diálogo entre as partes e, a depender da comunicação desenvolvida, atingir a negociação.

Nessas infrações de menor potencial ofensivo, as mediações penais seriam utilizadas como atividade-meio para que a restauração entre vítima-ofensor-comunidade ocorresse no próprio âmbito do juizado.

Ao fazer estudo de como seria aplicada a mediação nos juzizados, percebe-se que o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que disciplina a suspensão condicional do processo, oferece grande margem de atuação à mediação penal, já que permite a solução consensual em crimes cuja pena seja menor de 1 (um) ano e prevê a reparação do dano como condição do acordo. O devido cumprimento resulta em extinção da punibilidade.

O procedimento, ainda que fora do Juizado, na visão de Leonardo Sica (2006, p.229):

Ao receber a denúncia, o juiz, ao invés de designar o interrogatório, delegaria o caso para o ofício de mediação, que se incumbiria de estabelecer o contato com as partes, informá-las da possibilidade de negociar uma solução, realizar as sessões de mediação e conduzir o diálogo que pode ou não resultar na reparação do dano, suficiente para a Justiça Penal homologar o acordo e decretar a extinção da punibilidade.

Com essas abordagens legais, conclui-se que há espaço normativo no ordenamento jurídico para a adoção da mediação penal, que não seja apenas avaliada pela quantidade de pena aplicada, pois isso seria restringir o instituto da mediação penal, enquanto sua função está no aumento de espaços de atuação.

Alcançam-se, neste entender, crimes como roubo, enquadrado em um contexto de crimes mais graves. Ainda assim, há diversos países que utilizam práticas restaurativas para lidar com roubo e outros delitos que envolvem violência interpessoal e os resultados são diversos daqueles operados pela Justiça tradicional, como a sensação de injustiça e impunidade (SICA, 2007, p.232-233).

Com vistas a essa adequação entre a Justiça Restaurativa e a legislação brasileira, foi criado o Projeto de Lei n.7.006/2006, que propõe o uso de práticas restaurativas no sistema de Justiça Criminal e prevê alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei n. 9.099/95.

Logo no artigo 1º, o projeto estabelece o caráter da Justiça Restaurativa, asseverando que ela é complementar e facultativa. Nos artigos seguintes, quais sejam 4º, 5º e 6º, dispõe que, quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de Justiça Restaurativa, que operaria em local apropriado e com a estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente. Tais núcleos atuariam de forma cooperativa e integrada (BRASIL, 2006).

Essas e outras medidas do projeto, todas as inovações e garantias previstas foram relatadas pelo então Deputado Antônio Carlos Biscaia, de forma contrária ao projeto. Após parecer, o projeto foi arquivado, mas, em abril de 2011, o Projeto de Lei n.7.006, de 2006, foi reaberto. Em 14/08/2013, foi indicado novo relator, o deputado Lincoln Portela, que apresentou, no ano de 2014s, parecer perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Se esse projeto for aprovado, haverá proveito no avanço da mediação para além da Lei 9099/95. Representará forte fator de desenvolvimento para uma sociedade mais pacífica, na qual a harmonização dos conflitos adviria por meios contrários à restrição da liberdade. Aliado a tal constatação, quando se traça um paralelo entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, somente corrobora o entendimento de quão necessária é a mudança na aplicação da Justiça Penal na forma em que está, marcando fortemente o discurso de que novos procedimentos devem ser jungidos ao do modelo atual e os procedimentos da Justiça alternativa mostram-se condizentes à legislação brasileira. Os quadros comparativos de Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p.24-27) são assentes a esse compreender:

Quadro 01 – Valores

Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Conceito jurídico-normativo de crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado Unidisciplinariedade	Conceito realístico de crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos Multidisciplinariedade
Primado do interesse público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) Monopólio estatal da justiça criminal	Primado do interesse das pessoas envolvidas e comunidade Justiça criminal participativa

Culpabilidade individual voltada para o Passado – Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, em uma dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro.
Uso dogmático do Direito Penal Positivo	Uso crítico e alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados.	Comprometimento com a inclusão e justiça social gerando conexões.
Dissuasão	Persuasão

Fonte: Renato Sócrates Pinto (2005, p.24-27).

Quadro 02 - Procedimentos

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, norma e procedimentos formais e complexos – garantias	Procedimento formal com confidencialidade
Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito
Processo decisório a cargo de autoridades (policial, delegado, promotor, juiz e profissionais do Direito) – Unidimensionalidade	Processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – Multidimensionalidade

Fonte: Renato Sócrates Pinto (2005, p.24-27).

Pelo que se observa da Justiça Restaurativa, a sua essência está no uso de negociações, a fim de solucionar um dado conflito. Desse modo, há substancial ampliação do conceito de justiça, crime, vítima, ofensor e possível mediador dessa relação. De forma solidária, por meio da comunicação facilitada empreendida entre todos os envolvidos, a resolução da lide mostra-se de maneira mais atenta aos direitos de cada parte envolvida, bem como vai além de apenas possibilitar uma resolução para aquele conflito, mas, também, apresentar a melhor resposta ao crime.

Priscila de Fátima Barros Oliveira (2009, p. 182) pondera:

O impacto da Justiça Restaurativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, a entrada deste sistema é compatível, diante da abertura permitida pela Constituição Federal no seu art. 98, I, como também a Lei n. 9.099/1995 em seus arts. 72, 73 e 79. Porém, ainda é difícil essa prática ser aceita, pois envolve questões culturais, ainda enraizadas na sociedade, de querer que o agressor pague o mal com o mal.

Verifica-se, destarte, que a Justiça Restaurativa, valendo-se do procedimento da mediação penal, encontra-se apta a fazer-se aplicável à Justiça Criminal brasileira. Põe em destaque a questão de serem restaurados os vínculos sociais numa perspectiva humana e

valorativa.

3.7 Aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil

A ideia da razão, por muito tempo, foi a base do pensamento moderno. Neste momento, a sociedade vive sob o que chamam de pós-modernidade. Alguns teóricos, a exemplo do sociólogo Ginter, além de Habermas, sustentam a existência de uma modernidade avançada no sentido de tentar construir uma concepção das relações inter-humanas pautada em ações comunicativas.

Talvez, uma das melhores formas de compreender o ser humano é a de que ele não tem solução. Talvez seja esta uma das intuições fortes do pensamento de Bauman. Para o referido autor, o ser humano parece estar a anos-luz da ideia de solução, sendo essa consciência um bom indicativo de que você seja inteligente. Zygmunt Bauman (1998, p. 20) define a modernidade como “a época, ou o estilo de vida, em que a colocação em ordem depende do desmantelamento da ordem ‘tradicional’, herdada e recebida; em que ‘ser’ significa um novo começo permanente”. A diferença para a pós-modernidade é que o Estado é cada vez menor e quanto maior ele é, cada vez mais atrapalha, já que ele se mostrou uma empresa ineficiente. Então, para funcionar, ele tem que encolher.

O pensamento do autor correlacionando à utilização da Justiça Penal tradicional a nova proposta de Justiça Restaurativa indica que é de uma modernidade sólida. Antes, incapaz de sofrer qualquer alteração que fosse viável para reduzir a supremacia estatal e, assim, mudar o *status quo* reinante, já se vivencia uma modernidade líquida, capaz de aceitar mecanismos de resolução de conflitos menos formais e mais eficazes quanto à proposta de reconstrução das relações sociais danificadas por condutas delituosas.

A fim de conceder à Justiça Restaurativa objetivos mais nobres que não sejam, apenas, o alívio dos tribunais e a extensão da burocracia judiciária, a Justiça Restaurativa, instrumentalizada pela mediação, deve ser implementada sob dois fundamentos: ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa deve ser vista como modelo alternativo para fundar um novo paradigma de justiça (SICA, 2009, p.434).

A sociedade atual, observada pelo aspecto da violência, apresenta forte contradição ao Direito moderno, isto é, ser, ao mesmo tempo, instrumento de controle e de reprodução da violência. A força, então, da mediação, como instrumento político-criminal transformador,

funda-se na edificação de um equilíbrio nas relações entre as partes em conflito e com a sua comunidade (BONAFÉ-SCHMITT, 1997, p.48).

Leonardo Sica (2009, p.435), ao ponderar sobre a redefinição da legitimidade do poder de regular os conflitos, salienta:

A redefinição da legitimidade é a meta mais ampla e, certamente, mais difícil da mediação (mais uma vez, vale o exemplo do fracasso da Lei 9.099/95, que, vista apenas sob a abordagem utilitário-processual, acabou reduzindo-se como instrumento burocrático e autoritário de administração de um sistema penal hipertrofiado).

Em vista disso, ao se equiparar Justiça Penal e democracia, constata-se que ambas constituem a modalidade adequada para o Brasil. Democracia é instrumento que irá pautar as decisões com vistas a obter respostas razoáveis. Caso se busque a tipologia aristotélica do termo “democracia”, o sentido maior a imperar é exatamente o foco no povo e nas massas. “Qualquer que sejam os direitos políticos, soberana é a massa, e não a lei. Este último caso é o da dominação dos demagogos, ou seja, a verdadeira forma corrupta do Governo popular” (BOBBIO, 1909, p.320).

O sentido de democracia enunciado por Bobbio consiste na participação de um número cada vez maior de indivíduos chamados a participar das decisões importantes para a comunidade.

Essa mesma noção é apresentada por Chomsky (2003, p.19):

[...] uma sociedade é democrática na medida em que seus cidadãos desempenham um papel significativo na gestão dos assuntos públicos. Se seu pensamento for controlado ou se suas opções forem drasticamente restringidas, é evidente que eles não estarão desempenhando um papel significativo: somente os controladores e os que forem servidos por eles o estarão fazendo.

A construção desse novo modelo de justiça deve estar assente na ideia de democracia, esta compreendida na ampliação dos espaços individuais como garantia da ordem firmada em resolução de problemas que passem pela decisão de grupos, pelo sentir da vítima e pela responsabilização do ofensor. Poder-se-ia questionar em qual sistema político pode ser aplicada a Justiça Restaurativa, ou melhor, se esse modelo é aplicável ao Brasil. No entanto, infere-se que a Justiça Restaurativa pode ser operada em qualquer país que tenha como objeto a relação interpessoal; que valorize o cidadão como sujeito de direito capaz de resolver seu próprio conflito; aplicável, sobretudo, em uma nação em que a democracia seja verdadeiramente o guia desse Estado, que tenha como fim empoderar o indivíduo e fortalecê-

lo frente a um conflito de que seja parte.

3.8 Justiça Restaurativa e mediação penal

Após já lançados conceitos e especificidades da mediação, conciliação, conferências de família, círculos restaurativos e círculos decisórios, cumpre trazer à baila a relação entre Justiça Restaurativa e mediação penal.

Consoante já dito neste trabalho, a Justiça Restaurativa diz respeito a um conjunto de práticas, com vistas a solucionar conflitos, utilizando, para isso, meios menos severos e agressivos às pessoas envolvidas. Para tal, ela se utiliza de princípios refletidos por meio da mediação penal. A recomendação do Conselho da Europa R (99) 19 realça a importante função de prevenir o crime e encorajar uma justiça menos repreensiva. A recomendação fornece aos acordos mediáticos homologados *status* de decisão judicial, não admitindo o *bis in idem*.

Ao traçar esse paralelo, David Miers (2003, p.52) pontua que o conceito de Justiça Restaurativa é mais restrito que o de mediação, porém:

[...] é mais amplo pelo facto de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infractor que nada têm a ver com mediação, como sejam a indenização determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medida de diversão, quer como parte de um acordo integrado na sentença.

A restrição apresentada por Miers quanto à Justiça Restaurativa pode ser entendida assim pelo fato de analisar o alcance que sua aplicação dá a alguns tipos de crimes, enquanto, na mediação, o alcance vai além dos conflitos criminais. Esse seria um conceito superado, tendo em vista que, hoje, observa-se crescente ampliação das áreas de atuação da Justiça Restaurativa, como, por exemplo, em programas escolares.

Esse amplo campo de atuação da mediação é conhecido como polifuncionalidade da mediação, pois funciona além da seara penal. Além do mais, se o centro ou ofício de mediação receber um caso que não seja crime ou não apresente relevância penal, a situação pode ser encaminhada para mediadores extrapenais, o que, fatalmente, evitaria a estigmatização e descriminalizaria o caso na prática. É o que ocorre na França, a chamada *Boutiques de Droit*, onde os mediadores têm a liberdade de, após analisado o caso, mantendo a neutralidade, desenvolver outros tipos de mediação penal. Contribui igualmente para a

redução dos conflitos penais e cumpre importante papel de acesso à Justiça (SICA, 2009, p.422-3).

A Justiça Restaurativa oferece linguagem diversa, que possibilita acentuar o debate invocando as causas do crime. Oferece à vítima o poder de resolver o conflito, além de conferir ao ofensor a possibilidade de reconhecer a responsabilidade de sua conduta, o que poderia ser para ele uma resposta tão forte quanto aquela concedida pela Justiça Criminal tradicional. Insere-se aqui a relação entre Justiça Restaurativa e mediação e se estende até o fato de ser a mediação uma das mais importantes expressões da Justiça Restaurativa.

Sustenta-se, ainda nesta linha relacional, que a mediação sempre existiu nas comunidades, de modo que, em qualquer atividade cotidiana de troca de experiência pacífica, a mediação esteve presente, sendo sua utilização, aos poucos, suprimida pela apropriação do conflito pelo Estado.

Apesar de ser prática antiga, sua alocação na sociedade pós-moderna em muito se coaduna à Justiça moderna e não apresenta retrocesso ao primitivo, conforme alguns autores destacam, por dois motivos: o primeiro indica que, por inexistentes que sejam as certezas de que a Justiça Restaurativa não possa resolver todos os problemas reais, a Justiça Criminal convencional já deu mostras de sua ineficácia; a segunda razão concentra-se no fato de que a Justiça tradicional não tem, como fim, desenvolver a relação comunicacional entre as partes envolvidas, e a sociedade pós-moderna anseia pela ampliação de espaços comunicacionais (SICA, 2007, p.75).

Existe carência de espaços de diálogo com vistas, não apenas, a resolver o conflito, mas também, e principalmente, restaurar aquela relação outrora ferida por uma conduta criminosa. A relação desenvolvida pelo processo tradicional não oferece à vítima e ao acusado lugar para negociação. Muito embora nos juizados especiais a conciliação seja um procedimento específico, não existe em seu desenvolver um procedimento verdadeiramente restaurador. Isso em muito tem contribuído para a inflação legislativa penal e o acúmulo de trabalho nas varas criminais como decorrência de mecanismos processuais vagos e sem qualquer regulação das relações sociais (SICA, 2007, p.227-229).

Há de se ter cautela na utilização desses acordos restaurativos para que não sejam usados, apenas, para diminuir os processos nos tribunais. O fim da Justiça Restaurativa não deve ser este, haja vista que, se assim for, esvaziar-se-á a utilização da mediação penal como fim de todo procedimento. Sica (apud MANNOZZI, 2003, p.421) infere:

[...] que inscrever a mediação na lógica deflativa significa considerá-la como uma mera técnica de *diversion*, portanto, sempre e ainda, como uma resposta pertencente ao controle formal. Mas a mediação é ontologicamente diversa de todos os instrumentos presentes na ‘caixa de ferramentas’ do sistema penal, já que trabalha unicamente através da ‘comunicação’.

Consigne-se, ainda, que a mediação, como instrumento restaurativo, é apenas complementar ao processo penal. Oliveira (apud AZEVEDO, 2005, p.140) aponta:

[...] a Justiça Restaurativa, com seu principal instrumento – a mediação restaurativa – não visa a substituir o tradicional modelo penal retributivo. Trata-se de iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas proporcionar resultados mais eficientes da perspectiva do jurisdicionado.

Essa complementariedade inerente ao procedimento de mediação penal marca seu caráter alternativo como forma de resolução de litígio, possibilitando que, caso não seja atingida tal resolução, a intervenção judicial possa ser buscada. Inclusive, esse mandamento está expresso na Recomendação do Conselho da Europa n. R(99) 19, que disciplinou: “Uso da mediação em problemas penais como opção flexível, compreensiva, *problem-solving*, participativa e complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal” (SICA, 2009, p.424).

Encorajam-se vítima e ofensor no papel de sujeitos ativos da resolução do conflito, para buscarem uma solução por meio da discussão e negociação, enquanto aos agentes públicos cabe o papel de facilitadores.

Cinge-se à ideia de instrumento da Justiça Restaurativa o compreender sobre a existência de outros instrumentos, não apenas a mediação penal, como também é corrente a afirmação da existência de três espécies de procedimentos restaurativos: a mediação, as conferências e os círculos de sentença.

Pela mediação, verifica-se a presença de um terceiro, neutro, o mediador. As conferências compõem-se da participação de pessoas próximas do ofensor e da vítima, além de um coordenador treinado. Já os círculos de sentença envolvem o agente, a vítima, os seus próximos, magistrados, advogados e policiais (SANTOS, 2014, p.634).

Nos últimos anos, tem-se assistido a um aumento substancial do uso da mediação penal como instrumento da Justiça Restaurativa. Isso significa diretamente a apropriação do conflito pelas partes em detrimento do Estado e, por assim dizer, da própria comunidade.

Para Cláudia Cruz Santos (2014, p.660), essa crescente utilização da mediação relaciona-se com a seguinte compreensão: “Centralidade da vítima como chave para a

filosofia restaurativa”. Certamente, as figuras da vítima e do ofensor ficaram muito mais participativas e centrais nessa forma de resolução de litígio.

Juan Vargas (2002, p.16 apud SICA, 2007, p.215) cita como vantagens da mediação referentes ao sistema tradicional: “Promover uma maior e melhor comunicação entre as pessoas, instalando uma cultura de diálogo e fazendo-as mais responsáveis por seus próprios atos [...] favorecem formas mais democráticas e participativas de resolução de conflitos”.

Maria Bernadete Miranda (2013?) acrescenta as vantagens percebidas pelo infrator, quais sejam: faz nascer no infrator a capacidade de responsabilizar-se pela resolução do conflito e agir em conformidade, além de permitir a “consciencialização” e o reconhecimento do valor dos bens jurídicos ofendidos. A autora pontua, ainda, dois aspectos vantajosos para a comunidade: permite uma aproximação da Justiça Penal aos cidadãos, pois propicia que ela participe da resolução de conflito; contribui para o conhecimento do fenômeno da delinquência e para a redução da reincidência.

A Direção Geral da Política de Justiça (DGPI, 2015), em Portugal, que já vivencia as práticas de mediação penal, especifica as seguintes vantagens:

- a) Segurança, na medida em que se trata de um serviço público promovido pelo Ministério da Justiça, prestado por mediadores com formação específica;
- b) Confidencialidade, por estar proibida a divulgação do teor das sessões de mediação e a respetiva valoração como prova em processo penal;
- c) Informalidade, pois existe um contacto próximo e simplificado entre o mediador e o arguido e o ofendido;
- d) Rapidez, porque o processo de Mediação Penal termina, em média, em 3 meses;
- e) É gratuito;
- f) Participação ativa do arguido e do ofendido na resolução do litígio;
- g) Aproximação da Justiça Penal aos cidadãos.

Ademais, como vantagem central da mediação está o aspecto humano, o qual faz ascender quando da reunião mediadora: “Os autores dos delitos são colocados frente a frente com a dimensão humana de seus comportamentos, e, assim, têm a oportunidade de expressar o próprio arrependimento, de forma direta, às pessoas que vitimizaram” (UMBREIT; ROBERTS, 1997 apud SICA, 2002, p.139).

A mediação, de fato, compreende uma gama de valores não encontrados na Justiça Penal tradicional. O caráter inovador da mediação confere aos conflitos penais, principalmente, a possibilidade de fazer surgirem respostas advindas dos principais interessados na resolução do conflito, o que permite atingir um grau de satisfação muito maior àquele conferido por um sistema generalista.

3.9 Sistemas alienígenas relacionados às experiências restaurativas

A relevância em se buscar o Direito comparado sobre as práticas restaurativas consiste em ampliar a percepção de que outras formas de situação de conflitos são possíveis e que podem ser aplicadas, se devidamente adaptadas à realidade social, ao sistema nacional. Conduz, por outro lado, a um repensar das políticas criminais internas, a fim de que haja evoluções na tratativa das demandas penais. Tais evoluções superam o superficial pensar em criação legislativa, uma vez que superlotar o ordenamento jurídico, mormente a legislação penal, de práticas invasivas, não constitui caminho alternativo apropriado a nenhum país que vive um sistema democrático de Direito.

O exercício de criar formas ou padrões nacionais possui alguns aspectos, como o estabelecimento de critérios para envio dos casos para a Justiça Restaurativa; aplicação de regras para verificação dos resultados, de acordo com cada ordenamento jurídico, já que, por ser a Justiça Restaurativa um modelo novo, abarca uma série de práticas (SICA, 2009, p.413).

Muitas já são as experiências de práticas restaurativas pelo mundo. Este trabalho limitar-se-á a apresentar, sucintamente, os países considerados marcos jurídicos de referência no procedimento da Justiça Restaurativa.

3.9.1 Nova Zelândia

A Nova Zelândia é considerada pioneira na prática da Justiça Restaurativa. Tal pioneirismo deveu-se ao fato de a população indígena *maori*, considerando a alta taxa de encarceramento se comparada à população branca de origem europeia, reivindicar a utilização de métodos menos invasivos aplicados aos adolescentes infratores, que evitassem o afastamento desses adolescentes de suas comunidades (SICA, 2007, p. 82).

À autoridade policial são conferidas quatro alternativas procedimentais, de acordo com Leonardo Sica (2007, p.83):

[...] a primeira é, simplesmente, advertir o jovem, de modo oral ou escrito. A segunda opção é o chamado encaminhamento alternativo – nesse caso, após receber o relatório do policial a cargo da investigação do ato infracional, um policial do *Youth Aid* (Departamento de Auxílio à Juventude) reúne-se com o jovem e sua família para a elaboração de um plano de ação, que pode incluir um pedido de desculpas, a reparação financeira do dano causado, doações a instituições de caridade, prestações de serviços à comunidade, inserção em programa de continuidade de estudos ou de treinamento profissional, instituição de toque de recolher ou qualquer outra medida adequada ao caso

concreto. A terceira opção é a realização de uma *Family Group Conference* (FGC), uma reunião organizada por um *Youth Justice Coordinator*, empregado do Departamento de Bem-Estar Social do Child, que funciona como facilitador, da qual participa, além do jovem, sua família, imediata ou estendida, outros eventuais apoiadores, a vítima e seus apoiadores e um representante da polícia. A quarta e última opção é o encaminhamento do caso ao Tribunal de Jovens, o qual pode decidir por submeter o caso a julgamento ou realizar uma *Family Group Conference*, hipótese em que, além dos participantes comuns, poderão também estar presentes um advogado nomeado pelo juízo e assistentes sociais, se necessário.

A experiência exigiu que a tomada de decisões fosse dada pelo jovem, para que novas práticas não mais acontecessem. Esse modelo serviu de exemplo para a adoção de práticas restaurativas envolvendo adultos.

Segundo dados do ano de 2005, até o final deste ano, havia 19 programas de Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. Alguns aspectos dessas práticas são: o encaminhamento do caso para a realização das conferências, que é feito pelo magistrado; crimes contra propriedade que não ultrapassem a pena de 2 (dois) anos são suscetíveis desse procedimento; e a necessidade da presença da vítima, o que se alinha ao processo de empoderamento típico dos procedimentos restaurativos (SICA, 2007, p.84).

Esse modelo já indica a abertura de espaços concretos para a real efetivação dos princípios democráticos. No exemplo da tribo *maori*, o intuito de reconstruir o laço relacional restou evidente, além da preocupação em fazer com que houvesse interação/participação primeira da família do jovem, delegando a esta a possibilidade de fazer nascer nele o desejo de reparar o dano causado.

As normas aplicadas na Nova Zelândia levam em conta os valores culturais dos *maoris* e dos povos das ilhas do Pacífico, afinando essas regras àquelas previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos. A tratativa das questões da delinquência juvenil tenta resolver casos de superlotação carcerária, problemas ligados à reintegração. A consequência imediata foi o fechamento de 90% das instituições onde estavam detidos os jovens, para a substituição por um sistema alternativo de resolução de conflitos baseado em um método de reunião e conferência (CARLUCCI, 2004, p.527).

3.9.2 Itália

A experiência italiana, igualmente à da maioria dos países, iniciou sua caminhada com a Justiça Restaurativa a partir da justiça de menores.

A explicação para que a maioria das práticas restaurativas tivesse origem nos tribunais de menores diz respeito a uma justificativa, talvez, de cunho psicológico, pois que se afirma, diferentemente do que comumente se vê na justiça de adultos, que os jovens merecem tratamento mais compreensivo, pautado na ideia de reeducação com vistas a obter resultados futuros. Em linguagem mais informal, os jovens ainda “têm conserto” (SICA, 2007, p.85).

É de se observar ainda que a Constituição italiana apresenta dispositivo que prevê a obrigatoriedade de ingresso da ação penal. Não obstante a isso, muitas medidas de implementação da Justiça Restaurativa foram verificadas naquele país.

As primeiras experiências italianas iniciadas em Turim e Bari serviram de base para outras experiências realizadas em Milão. Há um dispositivo na legislação italiana que avoca a atenção pelo seu critério humano, quando concede ao Ministério Público a possibilidade de não ingresso da ação se o delito cometido pelo jovem corresponder a um comportamento meramente “tênuo”, isto é, de pouca significância. Nessa hipótese, o Ministério Público pode requerer arquivamento do processo se considerar que este acarretaria prejuízos para o desenvolvimento educacional do jovem (SICA, 2007, p. 86).

Prática tal qual a mencionada demonstra que o ponto nevrálgico da Justiça Restaurativa é reconstruir a relação entre as partes, sem que, para isso, seja dada maior relevância à aplicação mecânica da lei. Comprova-se, nesta experiência, ser a relação humana objeto de maior valor e preocupação.

3.9.3 Alemanha

A Alemanha foi o país com maior número de projetos-piloto para assegurar as práticas restaurativas. Construíram uma dogmática baseada na percepção de que a reparação somente seria possível se aplicada em uma lógica diversa da Justiça punitiva. Em seu regramento legal, em sua integralidade, são observadas práticas restaurativas que retiram a necessidade, na maioria dos casos, de aplicação da pena restritiva de liberdade.

A primeira fase destes projetos disse respeito a uma série de debates para implementar a conciliação autor-vítima. Dentre eles, destacam-se o 19º Congresso Alemão de Tribunais Jovens e o 55º Congresso Alemão de Jurista, ocorrido em 1984, momento em que foi produzido o Projeto Alternativo. Leonardo Sica (2007, p.87-8) afirma entendimento pertinente, de que o ponto alto da legislação alemã foi devidamente expresso. No § 46a do PA-R (Projeto Alternativo sobre Reparação) de 1992, ele referenciou:

Compensação autor-vítima, reparação dos danos § 46a. Quando o autor:

1. tenha se esforçado seriamente para acordar uma compensação com o prejudicado (compensação autor-vítima), e tenha restabelecido, em sua maior parte, a situação jurídica anterior ou;
2. tenha indenizado a vítima totalmente, ou em sua maior parte, numa situação que a reparação dos danos exija notáveis prestações ou renúncias pessoais, o tribunal poderá atenuar a pena de acordo com o § 49, apartado I ou, quando não se deva aplicar uma pena maior de um ano de privação de liberdade ou de multa de até 360 dias multa, privar de pena.

Destacam-se, ainda, como traços basilares edificados no Projeto Alternativo sobre reparação, as ideias de voluntariedade e a reparação simbólica e garantia de êxito, o que fortalece a reparação e afasta a aplicação de meios repressivos. Além disso, como objetivo da reparação está a paz jurídica, e seu alcance vai para além da pena, atinge a vítima. Isso acontece quando há uma compensação integral entre autor e vítima do delito (SANTANA, 2010, p.90-91).

O segundo projeto, conhecido como “a balança”, e o terceiro projeto, “conciliação”, buscaram dar relevo às práticas pedagógicas que, à época, eram pouco utilizadas. Apenas no quarto e último projeto, foram apresentados atos direcionados aos adultos. Determinou-se que aos crimes cuja pena mínima fosse inferior a um ano ou multa, o Ministério Público não procedesse à persecução penal. Por exemplo, crimes contra a honra, aborto, homicídio culposo, lesões corporais, furto, apropriação indébita, crimes ambientais, receptação e falsificação de documentos (SICA, 2007, p.89).

Aída Kemelmajer de Carlucci (2004, p.350) enumera as razões para a criação dos projetos na Alemanha:

- (I) A insatisfação generalizada com o sistema formal de justiça; se sustenta que a justiça tradicional não deixa lugar para a reintegração do ofensor e da sociedade, e que as prisões podem produzir efeitos altamente perniciosos, estando cheias de pessoas reincidentes;
- (II) o crescimento das ideias abolicionistas e desjudicializadoras;
- (III) a visão crítica que o homem comum tem do sistema judicial pela escassa proteção que oferece o direito às vítimas;
- (IV) a influência dos instrumentos internacionais sobre a restituição como solução;
- (V) a preocupação de reorientar a lei penal até a autonomia e o consensualismo.

Os projetos legislativos deixam a aplicação da reparação financeira como última hipótese, realçando que o escopo da Justiça Restaurativa não é comercializar a justiça, mas sim reparar o dano causado pelo crime.

3.9.4 Canadá

Outro aspecto em comum sobre o nascedouro das práticas restaurativas é o número crescente do encarceramento. Salienta-se ser este um aspecto motivador para a criação de debates, congressos e demais vias de ação em prol de modificações desse cenário, porém, não pode ser balizado como critério fundamental e único para a aplicação da Justiça Restaurativa.

O marco jurídico de referência para adesão à Justiça Restaurativa no Canadá foi o caso *Glaude v. Queen e Proulx v. the Queen*. No momento de a Suprema Corte sentenciar um caso de homicídio doloso, após fazer uma profunda análise sobre o problema da superpopulação carcerária do país, reiterou o entendimento sobre a atenção que deve ser dispensada às soluções penais diversas da prisão, bem como percebeu que os fatores de formação são considerados uma das causas da criminalidade e devem ser analisados quando do julgamento da conduta criminoso. A Justiça Restaurativa foi, assim, considerada como justiça flexível para analisar as peculiaridades individuais do caso (SICA, 2009, p.426).

A mesma noção de complementariedade dada à Justiça Restaurativa é uma possibilidade na Justiça do Canadá. Não há, nesse sentido, sobreposição da Justiça Restaurativa sobre a Justiça formal. Há critérios definidos, ora para utilização de uma, ora para utilização de outra, a saber, durante o processo ou mesmo após a aplicação da sentença.

Leonardo Sica complementa: “[...] é possível dizer que a Justiça Restaurativa, no Canadá, não é encarada como um substituto do sistema de Justiça tradicional, mas como apenas uma das respostas possíveis à prática do crime de que se possa dispor conforme o caso”.

No Canadá, três programas de Justiça Restaurativa são praticados: o primeiro, a mediação entre vítima e ofensor; no segundo, inspirado nos modelos da Nova Zelândia, há, inclusive, a participação da família do ofensor; o terceiro modelo é constituído por iniciativas aborígenes, no qual existe a participação da vítima, ofensor, família, comunidade, advogados, policiais. Todos esses se reunirão perante o juiz e decidirão em conjunto a melhor medida para aplicar ao ofensor.

Desta breve explanação sobre os marcos de referência, pelo mundo, sobre a Justiça Restaurativa, infere-se, além da ilação lógica de ampliação dos espaços que utilizam as práticas restaurativas, que as legislações não somente têm se adaptado para recepcionar a Justiça Restaurativa como ela se mostra adaptável a qualquer ordenamento juntamente com seus princípios formadores, que garantem condições de implementação dessa prática.

4 POLÍTICA DE PREVENÇÃO ÀS DROGAS

A discussão veemente na contemporaneidade a respeito das drogas tem chamado a atenção de diferentes setores da sociedade civil e do Estado. A temática “drogas” é assunto de grande interesse, porque atinge a população de modo indiscriminado. Trata-se de discussão sistêmica e complexa, principalmente pelo fato de envolver as famílias, a comunidade nacional e a internacional e o Estado. Assim, delimitar a origem dessa problemática constitui tarefa inócua, posto que sua prática é muito antiga na história da humanidade. Dessa maneira, esse foco aumentado, hodiernamente, pela política de prevenção às drogas advém da amplitude de sua utilização no seio social e em diferentes grupos étnicos, sociais e culturais.

Apesar de a discussão atual ser, majoritariamente, voltada para o consumo de drogas ilícitas, o panorama nacional demonstra que as mais consumidas e que, por conseguinte, causam maior dependência, são as drogas lícitas, como o cigarro e o álcool. O usuário de drogas ilícitas tem recebido tratamento ora como doente, ora como criminoso. Não existe uma harmonização quanto à forma de tratá-lo e as práticas judiciais que lhe são aplicadas têm sido insuficientes e ineficazes.

Sobre o resultado das políticas atuais de combate às drogas, os efeitos constatados são contrários ao que delas se espera, apontando para prejuízos e perdas muito mais graves do que o próprio efeito nocivo das drogas (SANTOUCY, 2008, p.177).

Isso decorre, diretamente, do consenso de que a aplicação de políticas coercitivas e, em muitos casos, penalizadoras, quando há aplicação da pena privativa de liberdade, constitui medida já superada e comprovadamente ineficaz para a dimensão da problemática atual que envolve as drogas.

Entendem alguns teóricos que a política e os programas de prevenção ao consumo de drogas poderiam estar voltados muito mais para o indivíduo e sua interação ao social, para a sua reinserção no mercado de trabalho, por serem capazes de gerar, de fato, mudanças na vida do usuário, ao invés de exercitar políticas moralistas e repressivas (SOARES, p. 1997, p.70).

Numa visão em conformidade com Cássia Baldini Soares e Francisco Inácio Bastos (1996, p.227), a política de prevenção às drogas praticada no Brasil mantém o pensamento de que enfrentar esse problema implica valer-se de estratégias repressivas, que penalizam o usuário, além de acreditar no auxílio à redução da oferta de drogas ilícitas.

A visão desses autores, embora não seja de data recente, demonstra o quão a política de drogas exercitada no País está obsoleta, pois o contexto atual apenas ratifica que o uso da

repressão, instrumentalizado pelo encarceramento visceral carreado por altas taxas de violência, não alcançará o âmbito da prevenção almejado.

Uma breve passagem pela história permite traçar momentos em que se observaram fortes políticas proibicionistas ao uso das drogas. A primeira tentativa remonta a uma conferência ocorrida em Xangai, 1909, a fim de tratar sobre o problema do ópio indiano que estava disseminado pela China. Dessa conferência, resultou o primeiro documento internacional regulamentando a situação (RODRIGUES, p.102, 2004).

Destaca-se também, ainda em um contexto internacional, a criação da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), a fim de reprimir o tráfico de entorpecentes. Sua participação é definida nos termos do artigo 35 da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961. Já em 1971, em Viena, criou-se a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, a fim de fiscalizar e abranger os entorpecentes mais novos, como anfetaminas e a dietilamida ácido lisérgico (LSD). No Brasil, foi assumido, por meio do Decreto n.79.388/77, o compromisso de controlar o uso e comércio de psicotrópicos (ESPINDOLA, 2002, p.19).

De maneira específica, atentando-se para as políticas governamentais brasileiras, foi aprovada, em maio de 2005, a “Política Nacional sobre Drogas” (PND), que considerou os contextos regional, nacional e internacional, além das transformações sociais e políticas pelas quais o País vivia. Nessa política, observou-se, ainda, preocupação a respeito da interação governo e sociedade, alertando sobre a importância de se considerar uma atuação conjunta desses dois segmentos, bem como frisando o caráter democrático da política, de forma que ela fosse preventiva, atuante e eficaz na tratativa do usuário e do traficante de drogas, diferenciando bem esses dois agentes (BRASÍLIA, 2008, p.16).

Da orientação geral fornecida pela PND, entre outras diretrizes, destacam-se (BRASÍLIA, 2008, 16-17):

1.1.2 A execução desta política, no campo da prevenção, deve ser descentralizada nos municípios, com o apoio dos Conselhos Estaduais de políticas públicas sobre drogas e da sociedade civil organizada, adequada às peculiaridades locais e priorizando as comunidades mais vulneráveis, identificadas por um diagnóstico. Para tanto, os municípios devem ser incentivados a instituir, fortalecer e divulgar o seu Conselho Municipal sobre Drogas.

2.1.1 O Estado deve estimular, garantir e promover ações para que a sociedade (incluindo os usuários, dependentes, familiares e populações específicas) possa assumir, com responsabilidade ética, o tratamento, a recuperação e a reinserção social, apoiada técnica e financeiramente, de forma descentralizada, pelos órgãos governamentais, nos níveis municipal, estadual e federal, pelas organizações não governamentais e entidades privadas.

Entre as principais políticas de prevenção, ter entre seus objetivos a busca pela conscientização do usuário e da sociedade sobre os riscos de uso das drogas constitui política, sobretudo, desenvolvida para um país que vive, atualmente, na chamada “guerra contra as drogas”. Tal escopo possibilita que outras formas de trabalho sejam observadas, com o fim de se evitar a utilização de meios repressivos, estes que têm demonstrado o insucesso do Estado em diminuir o consumo de drogas e o tráfico.

No que diz respeito à diferenciação necessária entre usuário e traficante de drogas, a Política Nacional de Drogas, quando elenca em seus pressupostos o reconhecimento de se dispensar tratamento diverso para ambos, está de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), que apresenta a classificação “não usuário, usuário leve, usuário moderado e usuário pesado” (INFODROGAS, 2014):

- 1 – Não usuário: nunca utilizou;
- 2 – Usuário leve: utilizou drogas, mas, no último mês, o consumo não foi diário ou semanal;
- 3 – Usuário moderado: utilizou drogas semanalmente, mas não diariamente no último mês;
- 4 – Usuário pesado: utilizou drogas diariamente no último mês.

Essa gama de pressupostos e objetivos desenvolvidos pela Política Nacional sobre as Drogas, bem como a sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico apenas ganharam destaque a partir da década de 70. Foi o momento em que se acentuou forte política repressiva ao traficante inspirada na Lei n. 6.368/76. Tal política somente foi modificada quando da eleição da Assembleia Nacional Constituinte e da promulgação da Constituição da República, em 1988 (CARVALHO, 2013, p.103).

Apesar de a Carta democrática ter representado, inicialmente, instrumento combativo às respostas repressivas dadas ao problema das drogas, muitos movimentos de política criminal ficaram estarecidos diante das funções restritivas negativas apresentadas pela Constituição Federal. Tais funções que, em relação à temática das drogas, apenas aumentaram os índices de encarceramento. Cita-se como exemplo, a respeito da questão das drogas, a Constituição equiparar seu tratamento ao dos crimes hediondos (CARVALHO, 2013, p.105).

Salo de Carvalho (2013, p.104) atribui isso ao fato de “[...] o processo de elaboração constitucional não apenas fixou limites ao poder repressivo, mas, de forma inédita, projetou sistema criminalizador conformando o que se pode denominar Constituição Penal Dirigente [...]”. A produção de normas penais programáticas é geradora de maiores encarceramentos.

As várias denominações atribuídas a essa situação, como “guerra contra as drogas”, “repressão”, “eliminação”, trazem em seu conteúdo semântico a forma como determinada

política criminal é desenvolvida. Há, destarte, flagrante incoerência de política criminal, quando se atenta a formas consentidas pelo Estado de permitir outras substâncias lícitas, como é o caso do álcool¹¹ e do tabaco,¹² enquanto mantém forte política repressiva às drogas ilícitas. Correlato a isso, salienta-se, quão crescentes são os danos e lesividade produzidos por quem faz uso de substâncias lícitas, comprovando, com isso, que os critérios selecionadores para caracterizar a prejudicialidade de uma dada substância carecem de aspectos científicos razoáveis.

Essa política de guerra às drogas, iniciada na década de 70 pelo governo dos Estados Unidos da América, possuía cunho notadamente repressivo e proibicionista, objetivando erradicar o uso e o tráfico ilícito de entorpecentes.

Na prática, tal política consistia em reduzir a oferta de drogas ao atacar os cartéis do tráfico, refletida na forte busca e conseqüente encarceramento dos seus líderes, para, com isso, enfraquecer as gangues e reduzir a demanda por meio da proibição legal do uso, concedendo tratamento semelhante tanto ao traficante quanto ao usuário (ROSENTHAL, 1996, p.20).

A partir da ineficácia dessa política jungida a outras criadas no Brasil, prima-se questionar, propedeuticamente, a política repressiva, para, depois, entender como desatreladas devem ser as políticas de atenção ao usuário e ao traficante, pois que, mais ou tão importante quanto reduzir o uso e o comércio de drogas é compreender os contextos sociais, o bem jurídico lesado, as relações familiares em que se fomenta seu uso, enfim, buscar meios alternativos de solução para esses conflitos, os quais são, em sua maioria, provenientes de deficiências sociais.

4.1 Complexidade na relação dos indivíduos e as drogas

A concepção sociológica sobre o fenômeno criminal parte do pressuposto de ver o crime como atividade normal e comum a toda a sociedade, bastando, para isso, um olhar atento ao que Émile Durkheim (2004, p. 58-61) expõe:

¹¹A ingestão de álcool provoca diversos efeitos, que aparecem em duas fases distintas: uma estimulante e outra depressora. Nos primeiros momentos após a ingestão de álcool, podem aparecer os efeitos estimulantes, como euforia, desinibição e loquacidade (maior facilidade para falar). Com o passar do tempo, começam a surgir os efeitos depressores, como falta de coordenação motora, descontrole e sono. Quando o consumo é muito exagerado, o efeito depressor fica exacerbado, podendo até mesmo provocar o estado de coma.

¹² A fumaça gerada pela queima do tabaco é composta de, aproximadamente, 4.700 substâncias tóxicas, dentre elas, o monóxido de carbono, amônia, cetonas, alcatrão e partículas e nicotina. O alcatrão é composto de mais de 40 substâncias cancerígenas. Todas as formas de consumo - cigarro, charuto, cigarro de palha - geram algum tipo de prejuízo ao organismo do usuário. Ministério da Justiça do Brasil. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

Estamos, pois, em presença de uma conclusão assaz paradoxal em aparência. Mas é necessário não cair em erro. Classificar o crime entre os fenômenos de sociologia normal não é apenas dizer que constitui fenômeno inevitável, embora lamentável e devido à maldade incorrigível dos homens; é afirmar que é um fator de saúde pública, uma parte integrante da sociedade sã. Este resultado é, à primeira vista, tão surpreendente que nos desconcertou durante muito tempo. Todavia, uma vez dominada a primeira impressão de surpresa, não é difícil encontrar as razões que explicam esta normalidade e, concomitantemente, a confirmam. Em primeiro lugar, o crime é normal porque seria inteiramente impossível uma sociedade que se mostrasse isenta dele. O crime é, pois necessário; ele se liga às condições fundamentais de toda vida social e, por isso mesmo, tem sua utilidade; pois estas condições de que é solidário são, elas próprias, indispensáveis à evolução normal da moral e do direito.

Tal exposição assaz elucidativa já desmonta o rompimento a qualquer tipo de política proibicionista, conforme foi realizado pela prática estadunidense que, apenas, se afastou dos princípios de referência dignos a prevalecer em toda sociedade: o respeito às garantias individuais e às normas fincadas no Estado Democrático de Direito.

De uma análise da conjuntura brasileira sobre o crime, este configura como sendo meio de sobrevivência para muitos marginalizados. Nesse sentido, fatores como a miséria, a injusta distribuição de renda, o desemprego e a falta de acesso à educação de qualidade, entre outros, contribuem para formar terrenos fecundos e prósperos para a criminalidade, além de influenciar, decisivamente, para a alta produção legislativa, criadora de leis criminalizadoras que findam por aumentar o discurso da ineficácia penal e do aumento do uso do cárcere.

Assim, não se pode desatrelar o estudo das drogas de uma análise sistêmica do tecido social conjugado às relações familiares e interpessoais. Ademais, o uso das drogas e sua difusão na sociedade estão muito ligados ao modo de vida desenvolvido na modernidade, por isso, ser predominante o entender de que o seu uso, no mundo contemporâneo ocidental, assume características diversas a depender dos contextos socioculturais e econômicos específicos.

Basta, para compreender tais diferenças, tomar alguns contextos como exemplo. Nos anos 60, a utilização da droga possuía caráter contestatório, seus ideólogos lutavam contra uma “sociedade burocrática, capitalista, uniformizante e convencional” (EHRENBERG, 1991, p. 16).

Em contraposição ao pensar suprarreferenciado, afirma-se que a droga cumpria vários papéis, como criação de laços sociais no grupo, cunho pacificador e forma de rebelião contra a sociedade, isto partindo de análises sobre o movimento *hippie* (OUGHOURLIAN, 1977, p.218).

No Brasil, a partir da década de 70, verificou-se a influência da introdução da maconha por jovens norte-americanos entre jovens da Zona Sul do Rio de Janeiro. A ideia reinante era romper estilos de vida tradicionais e buscar vivências alternativas (VELHO, 1994, p.25).

A utilização das drogas, na atualidade, permanece sustentada por esse caráter histórico e contextual brevemente exemplificado. Trata-se de movimento dinâmico, que tem se difundido na sociedade de maneira mais generalizada, embora não esteja tão enraizado a uma luta comum, pertencente a determinado contexto sociocultural. Nesse sentido, o pesquisador italiano Carlo Buzzi (1993, p.204) assevera que o uso das drogas não parece estar mais associado à conduta desviante ou contracultural, mas sim como experiência normal e bem disseminada.

A atração pelas drogas, no Brasil, decorre, em sua maioria, da falta de outras oportunidades e, por isso, consiste em posição atraente para os jovens de baixa renda. Assim, a carreira criminal é vista como meio de ascensão social, sendo vastos os contextos de uso de drogas. O critério motivador para o uso é maior ainda, seja pela melhoria de desempenho individual, seja por outros aspectos. Fato é que o maior enfrentamento parte da noção da lesividade causada ao usuário; as políticas aplicadas e o terreno escorregadio pela tendência hodierna de aplicar o direito repressivo, a fim de atender aos problemas causados pelos efeitos do uso das drogas.

A sociedade pós-moderna experimentou uma série de transformações que culminaram em mudanças substanciais em sua forma de ver, de idealizar, de consumir e, principalmente, de relacionar-se. Evidentemente que o progresso tecnológico e o do capital tiveram forte impacto nessas mudanças, haja vista ter resultado em diminuição de emprego, do poder aquisitivo e na forte sensação de insegurança. Ao passo em que se observam essas interferências, cresce, igualmente, a sociedade de consumidores, na qual a noção de felicidade – antes desenvolvida no período pré-socrático como um desígnio dos deuses – agora está vinculada na noção de sedução do mercado, impulsionado por ter e comprar (BAUMAN, 1998).

Desse pensar, conclui-se ser elevado o número de pessoas que não podem saciar o seu desejo de compras daquilo que pode satisfazê-las. Há uma nítida separação social, de tal forma que o consumo abundante conduz à fama e ao sucesso e quanto mais proporção na escala de consumo houver, maior será a participação social do indivíduo (BAUMAN, 1998, p. 171).

Na contramão do consumismo desenfreado, estão os efeitos gerados pelo sentimento de insaciedade gerado pelo consumo. Há, neste agir, outra sensível e significativa mudança da sociedade. Todos querem aparentar esse estado de graça e felicidade constantes, ainda que seja temporário e formatado sobre a nuvem da ilusão.

Esse fenômeno, segundo Joel Birman (2000, p.241-5), teve origem na descoberta de novas drogas que combatem a angústia, de modo que os psicofármacos aumentaram seu uso, vertiginosamente, pela população. Essas drogas, que influem nas funções do humor, servem para manter o indivíduo sempre pronto a mostrar uma imagem que corresponde a um estado permanente e satisfatório de felicidade e prosperidade.

Todo esse contexto de evolução ou involução social serviu de terreno fecundo para a ampliação dos espaços ocupados pelas drogas. Seu uso está ligado, neste desenvolver, à satisfação e ao prazer. Eles abstraem as formas de infelicidade e trazem consigo a ideia de bem-estar, por vezes não conseguida pelo fato de não poder seguir o consumismo. Essa análise é salutar para compreender como atuar nessa sociedade, quais outros efeitos nocivos são gerados pelas drogas e como tratar essa questão como um aspecto da própria saúde pública.

Sidarta Ribeiro (2012, p.15-7), sobre o conceito e efeitos das drogas, bem desenvolve:

O que é droga? Se tomarmos como referência as leis norte-americanas (*Food, Drug and Cosmetic Act*) que regulam o uso de remédios e alimentos daquele país, droga é definida como: (i) substância reconhecida por farmacopeia oficial; (ii) substância utilizada no diagnóstico, cura, alívio, tratamento ou prevenção de uma doença; (iii) substância não alimentícia usada para afetar a estrutura ou a função do corpo; (iv) substância usada como componente de um remédio. Do ponto de vista das neurociências, embora não exista convenção formal para o uso do termo, pode-se dizer que toda substância capaz de alterar parâmetros biológicos é uma droga. Portanto, a despeito das circunstâncias legais, políticas e históricas, do ponto de vista biológico, o termo ‘droga’ pode ser atribuído a todos os fármacos e substâncias psicoativas, além de muitos alimentos. Numa sociedade livre e esclarecida, o debate sobre a melhor forma de regular o consumo de drogas deve pautar-se exclusivamente pelo conjunto de efeitos que produz.

O artigo 1º, parágrafo único da Lei n.11.343/2006, traz o conceito legal de droga, considerando-a como “[...] substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Esse conceito está em harmonia com o que a doutrina prega e apresenta como um dos efeitos da droga o fato de ela produzir dano à saúde pública e social (GRECO FILHO, 2007, p.12-3).

A Lei de Drogas de 2006 distingue as drogas lícitas de ilícitas, segundo a portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a qual é atualizada por Resoluções da Diretoria Colegiada (RDC). Com efeito, trata-se de lei penal em branco, que precisa de complementos administrativos para a sua formação integral.

Tão imperioso quanto conhecer o efeito das drogas é identificar o sentido de “ser dependente”. Isso porque, facilmente, se confundem o dependente e o viciado. Alguém pode ser viciado em alguma coisa, porém, não ser dependente.

Nessa esteira de conceituações está o termo “toxicod dependência”, entendido como consumo repetido e compulsivo de uma droga. Possui manifestações diversas que se enquadram em dependência psíquica – o desejo compulsivo de usar a droga manifesta-se por meio de um estado de agitação – e dependência física, segundo a qual o organismo do usuário já está de forma tão desequilibrada que não consegue funcionar perfeitamente se não houver o consumo da droga (GRECO FILHO, 2007, p.12).

Percebe-se, desse modo, que a conceituação de drogas não é tarefa das mais simples, sendo que cada área do conhecimento possui um significado próprio para ela. A Organização Mundial de Saúde define drogas como “qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos”; já a farmacologia conceitua drogas como “todo produto capaz de desenvolver uma atividade farmacológica”, e assim inúmeros conceitos são erigidos” (BRASIL, 2008).

Constata-se que foram os gregos que melhor estabeleceram o conceito de drogas, quando as definem como sendo substância dotada de duplo efeito: remédio e veneno. *Phármakon*, como eles chamavam o termo “droga”, concentra em si o poder de ameaça e de cura e o que faz assumir um ou outro efeito é a proporção da sua dose (ESCOHOTADO, 1998, p.20).

Apesar de ser sutil a linha divisória entre o veneno e o remédio, consoante concepção grega, o princípio do vício, para alguns, tem raízes em problemas psicológicos, como trauma, depressão, aceitação em um determinado grupo, forma de impressionar e uma série de outras motivações.

Antônio Batista Gonçalves (2013, p.86) destaca que o que leva uma pessoa a usar droga pode ser “a oportunidade para experimentar; o uso de drogas pode ser visto como algo excitante e ousado; uma ‘alternativa’ para modificar as emoções [...]”. De fato, as circunstâncias do meio, do tipo sociocultural favorecem bastante para que haja consumo de drogas, aliado, também, a algumas publicidades das drogas denominadas legais. Muito

embora, algumas pesquisas indicam que a automedicação de elementos psicoativos incentiva, majoritariamente, o uso de diversas substâncias psicoativas como cocaína, heroína ou drogas sintéticas.

Infere-se, em apertada síntese, que as diferentes áreas do saber conduzem a interpretações sociológicas, psíquicas e jurídicas discrepantes sobre as drogas. Essas análises diferenciadas permitem concluir que tal deve ser o cuidado na tratativa deste tema por uma questão simplória: os efeitos são variados a depender da quantidade, forma, frequência, expectativa dos consumidores e, sobretudo, de acordo com o usuário.

4.2 Tratamento dado ao usuário frente à nova legislação

A legislação brasileira sobre drogas é disciplinada pela Lei n.11.343/2006, a qual substituiu integralmente os regramentos legais antigos, quais sejam: a Lei n. 6.368/76 e a Lei n. 10.409/02, além do Código Penal de 1940, embora, à época de sua criação, o problema relativo às drogas não tenha merecido atenção específica referente ao usuário.

A mudança legal era um desejo de teóricos da ciência médica, sociológica e criminal, já que os dispositivos legais não explanavam as reais necessidades de uma política criminal preventiva. Ela era muito repressiva, o que apenas aumentava as consequências de um sistema inflado, com níveis altos de encarceramento, tratamento estigmatizante e, por isso, impeditivos de vislumbrar qualquer eficácia nesta tratativa.

Embora tenha havido tamanho clamor por essa alteração, a proposta edificada pela nova Lei de Drogas não representou especial avanço, sob o ponto de vista político-criminal, no que diz respeito às condutas do usuário de drogas. Além da verdade, a não restrição da liberdade para o usuário já era medida aplicada pela legislação brasileira, tendo por base as Leis n. 9.099/95 e 10.259/01, que possibilitaram a suspensão condicional do processo e a transação penal.

As tendências de política criminal em relação às drogas, em termos mundiais, seguem quatro orientações: a primeira diz respeito ao modelo norte-americano, defensor da política de tolerância zero, que acredita serem as drogas problema de polícia e militar, sendo o encarceramento em massa traço característico deste modelo; a segunda tendência é orientada pelo modelo liberal-radical e defende a liberação total da droga, mormente quanto ao usuário. Trata-se de política descrente quanto à restrição da liberdade por entender ser esta seletiva para um determinado público; o modelo de redução de dano, como terceira tendência fundada

e difundida na Europa, acredita que, se houvesse controle e locais adequados para o consumo, haveria redução de danos ao usuário e a terceiros. Trata-se de política tendente à descriminalização gradual das drogas; e como última tendência, há o modelo da Justiça terapêutica, a qual busca tratamento adequado ao usuário (GOMES, 2006, p.100-102).

No Brasil, apesar da mudança legislativa, não ocorreu alteração na política antidrogas. Há, ainda, forte presença de uma política que segue o modelo norte-americano, porém, com vistas a buscar uma alternativa que seja condizente a um sistema de menor repressão. A alteração significativa da parte material trazida pela Lei n.343/06 foi, então, a descarcerização do crime de porte para consumo, de maneira que ao usuário não serão aplicadas medidas de restrição à liberdade, mas sim outras sanções, mantendo, assim, o caráter repressivo.

O artigo 28 da Lei de Drogas, para muito além da discussão sobre descriminalização, trouxe diferença de tratamento para o usuário considerado mais um problema de saúde pública do que propriamente de polícia. Trouxe, ainda, uma série de medidas que consideram o usuário como possuidor de garantias e que, por isso, deve ser tratado com respeito e dignidade. Destacam-se o artigo 4º, inciso I, que trata da autonomia e liberdade, artigo 19, incisos II e IV, sobre a realização de atividades de prevenção que evitem o preconceito, a estigmatização e que reconheçam o “não uso”, o “retardamento do uso” e a redução de riscos e o artigo 20, que aduz sobre a realização de atividades por usuários e dependentes, com vistas à melhoria da qualidade de vida, redução de riscos e danos. O sujeito passivo deste crime é o Estado e o bem jurídico a ser tutelado é a saúde pública, pois o uso dessas substâncias pode levar os sujeitos ao vício e este tornar-se caso de epidemia social (BEZERRA FILHO, 2010, p.15-6).

O parágrafo 2º do artigo 28, quando apresenta o liame diferenciador entre droga para consumo pessoal e para tráfico, baseado na quantidade de droga, deixou a critério do magistrado a determinação da quantidade que seria aviltante.

Essa situação já abriu precedentes para muitas indagações, entre elas, “será que dividir um cigarro de maconha com um amigo pode ser considerado tráfico”? Por conta de questão como esta, há corrente no Congresso Nacional que defende a necessidade de o pequeno traficante receber o mesmo tratamento do usuário, ou seja, não ser criminalizado. A justificativa é a de que o pequeno traficante é um usuário em escala maior e, se este for encarcerado, não será, facilmente, recuperado pelo sistema e, ainda, aprimorar a ameaça social. Nesse caso, considera-se, primeiramente, a figura do usuário, com vias a recuperá-lo e, secundariamente, sinalizar para alternativas à pena de prisão (GONÇALVES, 2013, p.75).

A modificação erigida pela nova Lei de Drogas em relação ao tratamento dispensado ao usuário já apresenta sua visão como sujeito de direitos e, por isso, tem a sua esfera de liberdade resguardada, o que afasta a atuação estatal. Tal mudança apresenta tendências claras de aplicação de sanções e resoluções alternativas.

4.2.1 Críticas à criminalização

Após perscrutar a evolução legislativa das drogas, o tratamento dispensado ao usuário e as mudanças trazidas como benefícios voltados para lançar novo olhar ao crime de drogas, percebe-se que a prática diverge da teoria sugerida. Isso porque, mesmo retirando a pena restritiva de liberdade e, em seu lugar, fazendo prevalecer as penas alternativas, as consequências de criminalizar o usuário continuam latentes.

Maria Dutra de Oliveira Garcia (2012, p.135-155) assim considerou:

[...] a seletividade é estrutural. O delito de porte de drogas para consumo pessoal, provavelmente, é um dos que apresentam as maiores cifras negras e a sua repressão só ocorre de maneira seletiva, pois, do contrário, a sociedade e, sobretudo, aqueles que têm o controle sobre as definições não concordariam com a manutenção de tal prática como delito [...].

A seletividade penal continua marginalizando o usuário, identificando-o de modo a estigmatizar, rotular e excluí-lo. Há que se ter em mente qual é o bem jurídico a ser protegido nos crimes que envolvem drogas, querela que vem há muito tempo e, até hoje, não encontra unanimidade junto à doutrina. Corrente diversa da que acredita ser o bem jurídico a saúde pública sustenta que o uso de drogas causa prejuízo ao indivíduo, não a terceiros. “[...] se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do Direito Penal” (MORONNA, 2012, p.15).

Longe de pacificar a querela, as ações do artigo 28 da nova lei não atingem diretamente terceiros, existe a incriminação porque provoca outros autores a adotarem comportamento que pode ocasionar lesão a terceiro. Assim, este é protegido pela alegação de dano indireto.

A discussão sobre o bem jurídico a ser protegido constitui a principal incriminação ao usuário de drogas, vestida na interpretação de que a tutela é da saúde pública. Maria Lúcia Karam (2009, p.68) conclui: “[...] é evidente que a conduta de uma pessoa que, destinando-se ao seu uso próprio, adquire ou tem a posse de uma substância que causa ou pode causar mal à

saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansividade do perigo [...]”.

A preocupação central, inclusive, assente à ideia trazida pela lei, é como recuperar o usuário, sua vida social e afastá-lo do convívio das drogas. Ademais, a criminalização operacionaliza maiores danos à sociedade e ao usuário do que a própria droga. Concorde com esse afirmar Joel Birman (2000, p.222-223): “Criminalização destes indivíduos impede a aproximação deles de forma produtiva, já que dessa maneira eles são inseridos em um círculo diabólico regulado por acusações e culpabilizações”.

A criminalização, quando posta em um quadro de quantificações de custo, demonstra ser proposta inadequada. Esses custos são divididos em vários âmbitos: individual: consumidores e dependentes; sistema penal e carcerário; sistemas educacional e assistencial; e econômico: mercado. Para o usuário, a consequência da criminalização é sua *junkização*, estigmatização e relação com subculturas criminais. Quanto ao sistema penal e carcerário, a implicação está no elevado número de encarceramentos. Os efeitos no sistema educacional dizem respeito a não previsão de medidas educativas pelas agências estatais. E, como fator de influência no mercado, aponta para o fato dos altos custos de manutenção do sistema repressivo (CARVALHO, 2013, p.240-6).

4.2.2 Direito Penal e sua ineficácia na tratativa das drogas

Ainda que a saúde pública seja considerada a tutela do bem jurídico e fossem postas em evidência todas as considerações reais do atual sistema repressivo, seria possível trabalhar uma política, neste atual sistema, que fosse responsável por consolidar, concomitantemente, as necessidades da sociedade e do usuário de drogas? Fatalmente, a resposta seria não.

Entre os critérios de legitimidade para aplicação das penas, destaca-se a atuação de três princípios nodais: lesividade, intervenção mínima e insignificância. Quanto à utilização deste último, alguns doutrinadores entendem não ser aplicável ao crime de droga, visto que compreendem tratar de crime de perigo abstrato. No entanto, maior relevância para a explanação, em comento, será quanto à aplicação dos princípios da lesividade e intervenção mínima.

Luigi Ferrajoli (2006, p.429) afirma que o princípio da lesividade, por estar ligado ao princípio da necessidade, é idôneo por fazer prevalecer a máxima kantiana, segundo a qual a única tarefa do Direito é a de fazer compatíveis as liberdades de cada um. E, para isso, a

imposição de penas somente deve ser aplicada quando não houver outro meio que responda àquelas condutas praticadas ou ainda seja medida imprescindível para proteger determinado bem jurídico, pelo que se inscrevem os ditames do princípio da intervenção mínima.

Estabelecidos os princípios que devem nortear qualquer ação repressiva ao retomar a criminalização do uso de drogas pelo atual sistema, entende-se que ela diminui moderadamente o consumo e aumenta vertiginosamente a violência (MIRON apud CARVALHO, 2013, p. 256). Pelo que se coaduna a esse pensar Salo de Carvalho, que acrescenta o fato de a realidade brasileira a esta assertiva se enquadrar, considerando as omissões nas esferas sanitária e educacional e o impacto das violências aos direitos e garantias individuais pelas agências repressivas.

Essa política repressiva faz prevalecer, apenas, um discurso: o de que o usuário de drogas é uma figura inimiga e que, por tal razão, deve ser desprezada pela sociedade. As políticas contra as drogas padecem de informação dos seus efeitos nocivos, fala-se pouco, centrando o foco na conduta desviante do usuário, sem estabelecer qualquer forma de diálogo preocupada em cumprir o intuito ressocializador, aspecto que é fim da aplicação da pena. Desse modo, a prisão terá, como consectário, prejuízo para a sociedade e, principalmente, para o usuário de drogas.

Por conseguinte, o uso do Direito Penal em relação ao usuário de drogas não é eficaz para se atingir a tutela pretendida. Isso porque a lógica repressiva traz consigo maiores prejuízos para a pessoa do usuário e não oferece o auxílio necessário para recuperá-lo. A visão atualmente amparada na sociedade é a de que ele representa má influência em qualquer ambiente em que se encontre. Esse afastamento social oferecido ao usuário desmonta o enfraquecimento do ideal penal em promover a ressocialização.

Helena Regina Lobo da Costa (2005, p.110-111), firme no entendimento de ineficácia do Direito Penal para resolver a questão das drogas, ainda pondera que, além de se mostrar inapto a resolver os conflitos, impede que outras instâncias de controle social atuem para lidar com esse problema.

As alternativas penais aplicadas ao usuário, ainda que não constituam medidas restritivas de sua liberdade, são sanções que apenas reforçam determinados padrões de comportamentos. E a pena, segundo o postulado do Direito Penal moderno, não pode servir de reforço a um comportamento negativo. Salo de Carvalho (2013, p.261) salienta, ainda, o fato de que o critério de que a norma penal deve se voltar para os fatos, e não para o autor, também foi violado:

[...] A assunção do pluralismo cultural, portanto, é máxima fundante dos Estados Democráticos de Direito. Neste quadro, os princípios da lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bem alheios, condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras).

Normas que proíbem uso pessoal enunciam preceitos morais que não se confundem aos penais. O discurso da punição faz inverter a própria função social do Direito Penal, haja vista não ser este próprio para formular preceitos incriminadores de atos que atingem a esfera da moralidade.

Reflete Luigi Ferrajoli (apud CARVALHO, 2013, p.137) que, ao se punir o consumo, “se acaba, inevitavelmente, na punição da toxicod dependência enquanto tal, isto é, de uma trágica e infeliz condição pessoal de dependência e sofrimento que exclui, em grande parte, nos casos extremos, a própria vontade da pessoa”. E continua o autor a afirmar que tais pessoas precisam de assistência no lugar de punição. Talvez isso se deva ao fato enraizado no imaginário da maioria de que confia às penas a solução dos problemas que extrapolam a competência penal, de cunho social e existencial. Em que, finaliza o autor sobre tal gravidade: “[...] a punição de uma condição pessoal enquanto tal, a qual contradiz o clássico princípio do Estado de Direito, aquele segundo o qual se pode ser punido apenas pelo que se faz, e não pelo que se é, como se age, e não pela própria identidade”.

Os argumentos levam à conclusão de que a criminalização sob o pressuposto de tutela pública verte-se numa total incongruência de um sistema que já demonstra, há tempos, sinais de descrédito por parte da sociedade. Basta, para isso, observar o descaso das autoridades públicas com a prestação de serviços ligados à saúde ou, ainda, à própria educação, economia, etc. Então, a argumentação de que pune-se determinada conduta porque afeta a saúde pública restou fragilizada, quando não desprovida de significado. Na verdade, a tutela pretendida serviu apenas como justificativa para uma maximização da intervenção punitiva.

Em relação às medidas aplicadas à Lei de Drogas, notadamente ao usuário, a falta de programas de recuperação ligados ao direito à saúde foi abafada pela ansiedade criminalizadora, sacrificando a saúde do indivíduo em nome de manter a máquina repressiva em total ação. Efeito perverso, gerador de danos à saúde pública por falta de ação. Nota-se, ainda, ofensa comissiva à saúde individual, revestida pelo discurso da tutela da saúde pública não fornecida. Resumido nas palavras de Helena Regina Lobo da Costa (apud CARVALHO, 2013, p.264): “Para proteger a indefinida e vaga ‘saúde pública’, negligencia-se a proteção da

saúde individual e concreta [...]. Este paradoxo faz com que a sanção penal se torne, paulatinamente, um marco decorativo, desprovido de qualquer sentido de justiça”.

Destaca-se não ser objeto, neste explanar, fincar a impunidade para o usuário de drogas ou ainda a liberação do uso, mas ressaltar a necessidade de adequação da punibilidade à atual realidade social. Questionam-se a desproporcionalidade da punição concedida pelo sistema penal ao usuário e a total inação de políticas públicas quanto à situação social do mesmo, em respeito às suas garantias constitucionais. Isso se observa porque, ao apontarem essa desproporcionalidade, a qual desemboca na ineficácia do Direito Penal, vários postulados principiológicos, em sua maioria, edificados pelo próprio sistema penal, estão agora à margem de qualquer efetividade. Princípio da Humanidade, tendo em vista a desproporcionalidade entre as penas aplicadas ao usuário e ao traficante; Princípio da Ofensividade, por incriminar conduta de perigo abstrato e desatenção nefasta à pessoa do usuário, entre outros que informam o Estado Democrático de Direito.

Se a punição prevista pelo sistema repressivo no estrito cumprimento de sua finalidade mostra-se inadequada a prevenir e remediar os males provocados pelo uso de drogas e o que se verifica é trilhar em direção oposta a este objetivo, nova via de solução desses conflitos deverá surgir. Entende-se, neste diapasão, tratar a Justiça Restaurativa de proposta a ser pensada para aplicar aos casos do usuário de drogas e até do pequeno traficante no que for aplicável.

Helena Regina Lobo da Costa (2005, p.117) analisa a ineficácia penal atual e pondera:

A pena no crime de uso de entorpecente não atinge a finalidade de proteção do bem jurídico saúde pública e não conseguirá atingir tal finalidade, pois não possui aptidão para tanto. Nenhum critério para que a pena tenha capacidade de revalidação de valores é preenchido pela pena no que concerne ao uso de entorpecentes.

A insistência na utilização da pena pode levar a uma desconfirmação do valor, em vez de sua proteção, ressaltando que este processo ocorre independentemente de se aplicar ou não a pena privativa de liberdade.

Desta forma, a descriminalização do uso de entorpecentes ganha importância, já que também por meio da descriminalização se podem reforçar valores, optando-se por uma via mais efetiva para a proteção do bem jurídico.

A via alternativa diante da ineficácia de um sistema repressivo para responder a demandas que se apresentam foi solução pensada, não apenas no Brasil, mas, também, em outros países que se viram diante dessa mesma ineficácia do sistema penal. María Pilar Sánchez Álvarez e Margarita Martínez Escamilla (2011, p.342) destacam a realidade de Portugal: “La crisis le legitimidade del Derecho Penal y el deseo de reinsertar al infractor

drogodependente, llevó em todo el mundo a buscar alternativas eficazes que rompieran esse esquema drogas-delitos-prisión, al que hacíamos referencia”¹³.

4.3 A política de estratégia de redução de danos

Conforme já disposto em linhas anteriores, as drogas fazem parte da sociedade há tanto tempo que sua origem se confunde com a da própria origem da humanidade. Assim, ao partir da premissa de que o objetivo abolicionista de eliminar o uso de drogas na sociedade constitui ideal não atingível, muitas teorias foram desenvolvidas pelo mundo e, inclusive, no Brasil, a fim de criar uma política que minimizasse os efeitos das drogas para o usuário e, também, para a sociedade.

Essas políticas implicaram, decisivamente, a forma de os países pensarem a problemática das drogas, de maneira que os usuários não deixassem de ser assistidos por políticas de saúde pública e que tivessem respeitados seus direitos e garantias fundamentais.

Entre os modelos tradicionais que vieram a ser substituídos, posteriormente, pela política de redução de danos, cita-se o modelo jurídico-moral, o qual almejou eliminar o uso de drogas por meio da ameaça e punição, disseminando a noção de que seu uso era considerado desvio de comportamento e, por isso, merecedor de punição. Tal ameaça era intensificada pelo sistema repressivo instrumentalizado por meio de leis duras (ACSELRAD, 2000, p.177).

Já o modelo médico ou de doença vê o uso de drogas como uma doença, logo, carecedora de tratamento. Nele, a droga era tida como inimigo gerador de comportamentos estranhos para quem dela fizesse uso. Entre os efeitos, cita-se o poder de corromper a moral entre os adultos e, entre os adolescentes, fomentar sentimentos de estranheza (GARCIA, 1997, p.28).

O Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas (CETAD/UFBA) (NUÑEZ, 2010) apresenta como estratégias para o controle do uso de drogas: a redução da oferta, por meio de repressão ao tráfico e uso de drogas; a redução da demanda, ao introduzir uma prática de desestimulação do consumo e a redução de danos, compreendida como uma série de medidas para reduzir os riscos e danos sociais e de saúde, decorrentes dos diversos usos de drogas e práticas sexuais desprotegidas.

¹³ “A crise de legitimidade do Direito Penal e o desejo de reinserir o infrator viciado em drogas, conduziu, em todo mundo, a buscar alternativas eficazes que romperiam esse esquema de drogas-delitos-prisão, ao que fazemos referência”.

4.3.1 Política de redução de danos

A partir de meados da década de 80, impulsionado pelo crescimento dos infectados com HIV – a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) – entre usuários de drogas injetáveis na Europa, os modelos jurídico-moral e médico ou de doença foram substituídos pela política de redução de danos. Nela, a atenção foi voltada para os efeitos do comportamento aditivo (QUEIROZ, 2007, p.153-4). Os usuários de drogas injetáveis, considerados grupo de risco, foram os que primeiramente receberam a política de redução de danos.

Contrasta com os modelos anteriores por observar a pessoa do usuário para que fosse retirado da marginalização e, com isso, facilitar a gradual desintoxicação. Não apenas visualizando o usuário com uma patologia, mas oferecendo uma série de procedimentos com vistas a reduzir os efeitos prejudiciais das drogas. Sem requerer, assim, que o usuário ficasse com abstinência completa, porém, que utilizasse droga de efeito menos danoso. Esse modelo considera que, como o consumo de drogas não pode ser integralmente eliminado, a melhor maneira de ação seria reduzir os seus danos.

Na fase inicial da implementação da política de redução de danos, destacam-se duas políticas de ação: a primeira, concernente à distribuição de material higiênico para consumo de drogas (p.ex.: agulhas, seringas descartáveis); e a segunda ação resume-se na criação dos programas de prescrição da metadona. Após cadastro, os dependentes recebiam doses diárias gratuitas de metadona para consumo em lugares pré-fixados. Isso objetivava que o dependente mantivesse relação com a rede pública de saúde, o que favoreceria no processo de abandono da dependência. Isso reduziria, conseqüentemente, a aquisição de doenças infectocontagiosas, bem como restringiria os processos de intervenção penal, posto que o dependente não mais precisasse praticar delitos de furto ou roubo para comprar drogas, não gerando a vitimização (CARVALHO, 2013, p.283-4).

A Holanda, em termos de política de redução de danos, foi o país-alvo que mais sofreu retaliações por aderir a essa política. Os Estados Unidos da América e alguns países europeus, como França e Suécia, por possuírem políticas proibicionistas de drogas, muito criticaram aquele país. Muito disso se deve à falsa impressão de que lá o consumo de drogas é livre e indiscriminado, quando, na verdade, a Holanda aderiu à política de venda limitada ao consumo com vistas a reduzir os danos, e não a incentivá-los.

Em 1976, a Holanda editou a Lei do Ópio (*Opium act*), formadora de mais uma

polêmica, pois que nela previa a posse de até 5 (cinco) gramas de maconha e o cultivo de até 10 (dez) pés de maconha para uso pessoal. Esses números eram maiores, porém, sofreram redução por causa da grande quantidade de turistas que atraiu para a Holanda. Outra disposição expressa na Lei do Ópio refere-se à classificação das drogas com base no risco, sendo as de risco inaceitável a heroína, as anfetaminas e o LSD, e as drogas de menor risco, a maconha e o haxixe (REGHELIN, 2002, p.84-7).

O marco da política reducionista ocorreu com a 1ª Conferência Internacional realizada em Liverpool, no ano de 1990. Após a sua realização e da 3ª Conferência Mundial, o movimento ganhou amplitude e inúmeros países da Europa aderiram à política. Sobre os resultados, a avaliação foi realizada pelo Institut de Police Scientifique et de Criminologie (IPSC) da Universidade de Lausanne, na França. Os indicadores de violência em todos os níveis apresentaram declínio. Para a pesquisa, utilizaram-se dados advindos de condenações penais, contatos com a polícia, entrevistas de vitimização e delinquência autorrevelada (CARVALHO, 2013, p.288).

As principais diretrizes da política reducionista foram sintetizadas por Riley e O'Hare (*apud* WEIGERT, 2010, p.116-7):

- 1 – Pragmatismo: o uso de determinadas substâncias para 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;
- 2 – Valores humanitários: respeito à dignidade e aos direitos dos consumidores de drogas;
- 3 – 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;
- 4 – Balanços 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 em comparação a outras medidas;
- 5 – Hierarquia de objetivos: o intuito é de analisar prioridades e começar o trabalho exatamente por elas.

Esses modelos oferecidos ao usuário de drogas fundamentam-se a partir de uma construção histórica e estabelecem formações com base em uma cultura, de um perfil social concedendo mecanismos para melhor cuidar do problema das drogas. Essa política demonstra que, a depender da peculiaridade de cada local e sociedade, pode ser pensada forma específica para abordagem do uso e abuso de drogas que não aquela imersa na repressão. Principalmente, aceita-se o fato de as drogas estarem imersas em todas as culturas, apresentando riscos para as sociedades e que a possibilidade de trabalhar com a proposta de um mundo sem drogas é quase inexistente.

4.3.2 Redução de danos no Brasil

Impera no Brasil a política proibicionista ao uso de drogas, motivo pelo qual a política de redução de danos aqui encontra pouco espaço. Ainda assim, por conta do crescimento do número de infectados pela AIDS ter sido uma realidade, não somente em outras nações, mas, também, aqui, encontram-se atualmente alguns programas de redução de danos espalhados pelo País.

O primeiro caso notificado de AIDS entre usuários de drogas no Brasil data de 1983. Desde esse ano, inúmeros outros casos foram identificados, de modo que 7 das 10 cidades brasileiras que contabilizaram casos de AIDS foram por motivo de contágio por uso de drogas injetáveis. Assim, em 1989, na cidade de Santos (SP), desenvolveu-se o primeiro programa de distribuição de seringas descartáveis a usuários de drogas injetáveis. No entanto, esse programa não ganhou força, pelo contrário, sofreu inúmeras represálias, vindo até a se tornar objeto de ação judicial promovida pelo Ministério Público, que provocou o Judiciário para determinar o fim do programa sob a alegação de que havia apologia, instigação e indução ao uso de drogas (POTTER, 2010, p.25-6).

Apesar dessas práticas objetivando a proibição do programa, fato é que ele continuou, ainda que sensivelmente, a se espalhar pelo País. Em março de 1995, ele chegou a Salvador, incentivado pelo Ministério da Saúde e pelo Centro de Estudos e Tratamento de Abuso de Drogas (CETAD), da Escola de Medicina da Universidade Federal da Bahia. Já em 1998, aconteceu no Brasil a 9ª Conferência Internacional para Redução de Danos Causados por Drogas. E, a partir desse encontro, duas associações foram criadas: a Associação de Redução de Danos de São Paulo (APRENDA) e a Associação de Redução de Danos (ABORDA), esta de âmbito nacional. Em termos legislativos, ainda neste ano, o Estado de São Paulo regulamenta a Lei de Redução de Danos, por meio do Estatuto n.9.758/97, em seguida, outros Estados aprovaram leis nesse sentido (OBID, 2007).

Os resultados apontados pelo Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (OBID) indicam que, em várias regiões do País, houve declínio das taxas de infecção por HIV. Em termos numéricos, aponta a pesquisa que, na cidade do Rio de Janeiro, as taxas de infecção caíram de 25% para, aproximadamente, 8% e, com isso, o declínio concomitante de outras doenças, como hepatite B e C. A pesquisa ainda aponta como causas de declínio das taxas a transformação dos redutos de compartilhamento e uso de drogas, mudanças de

comportamento dos usuários e o papel dos programas de prevenção que em muito contribuíram para reforçar tais mudanças (OBID, 2007).

O sucesso desses programas dependerá da integração de alguns fatores como: a realidade local; as políticas voltadas para a saúde pública, além da autonomia de vontade concedida aos usuários para que determinem a livre vontade de deixar de usar drogas. Esse princípio da autonomia da vontade se coaduna ao modelo de Justiça Restaurativa. Assim, a nova política criminal sobre drogas, ao contrário do que sustentam alguns, alinha-se à Justiça Restaurativa, posto que a atenção, quanto à reinserção social do usuário de drogas, constitui objetivo fundamental. Inclusive, um dos requisitos da prática restaurativa é a concordância do infrator em participar do processo.

Além do mais, essa política visa, primeiramente, ao usuário, o que permite desenvolver o sentido de responsabilidade sobre si mesmo e sobre as pessoas do círculo de relação, uma vez que a proposta da Justiça Restaurativa envolve a responsabilização e reparação do dano e distribui o papel de responsabilidade, tanto para a vítima, quanto para a sociedade. Nesse sentido, Samaniego (apud DUARTE, 2011, p.314) conclui: “[...] esta nova Justiça contribui para que cada parte assuma a responsabilidade por sua conduta e para proteger a dignidade das pessoas [...]”.

A política de redução de danos encontra outro aspecto que se integra aos princípios da Justiça Restaurativa, qual seja, o de conferir ao infrator o poder de resgatar do monopólio do Estado resolução da lide. De fato, a Justiça Restaurativa representa um aspecto de empoderamento muito mais patente que o Direito Penal atual. Numa aplicação da Justiça Restaurativa sob o prisma do Estado Democrático de Direito, não apenas há a concretização dos direitos humanos, como garantia de liberdade e igualdade dos indivíduos, como, também, proporciona o diálogo em benefício de toda a sociedade, legitimando a cidadania plena a cada componente dela (DIEL; GIMENEZ, 2013, p.9).

Nestas linhas gerais sobre a política de redução de danos no Brasil e o modelo de Justiça Restaurativa, ambas estão em sintonia quanto à redução de danos ao indivíduo, visto que práticas de tolerância zero ou que, apenas, admitem a abstinência não funcionam se aplicadas à atual realidade brasileira.

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PORTE DE DROGAS ILÍCITAS

Propedeuticamente, ao adentrar no mérito dos debates centrais acerca da incriminação ou despenalização do uso de drogas e, ainda, qual medida atual mostra-se mais adequada a tratar das questões das drogas, imperioso trazer a lume, conforme já foi tratado no texto a respeito do marco teórico, que a legitimidade de uma intervenção penal estatal vem sendo justificada na proteção aos direitos fundamentais e contra agressões mais graves aos bens jurídicos, quando não houver outro meio menos repressivo para atuar com vistas a essa proteção. O Direito Penal, neste proceder, numa concepção minimalista, é tido como de uso somente quando necessário.

Trazida esta visão, quais são as justificativas para a criminalização do uso de drogas? Ainda, houve, de fato, a descriminalização ou despenalização? Existe o entendimento de que a criminalização do uso de drogas tem, por escopo, atingir futura extinção do tráfico de drogas, por ausência de clientela. Aliada a esse entender está a preocupação de que o tráfico de drogas traz consigo uma série de outros crimes, como lavagem de dinheiro, lesões corporais, ameaças, homicídios, lesando, em muito, a coletividade.

Nesta linha discursória e argumentativa fundamentada na suposta eficácia preventiva da pena, não se observa qualquer preocupação com a pessoa do usuário, na verdade, ele é observado em um contexto mais genérico, sendo o centro dos debates, apenas, a coletividade.

A questão é complexa e envolve discussões mais amplas que devem partir, necessariamente, para ver o problema por outras lentes. E a lente da Justiça Restaurativa, instrumentalizada pelas medidas alternativas à repressão, ocupa espaço maior e de igual aceitação no âmbito da sociedade brasileira. Não somente por trazer um foco de resposta criminal diferente do modelo tradicional – respostas ligadas à reparação do ofensor, por exemplo – mas também, e principalmente, por ver no conflito um problema no qual estão inseridas pessoas que necessitam de respostas judiciais compatíveis aos seus valores e às práticas dispostas no Estado Democrático de Direito. Em sentido correlato, embora sejam observadas lacunas e imprecisões na Lei de Drogas, esta trouxe importante desenvolvimento no que se refere à tutela do bem jurídico “saúde pública”, bem como trouxe, subsidiariamente, real limitação do poder de punir estatal, destacando o usuário como envolvido principal para a resolução do conflito.

O tratamento diferenciado concedido ao usuário está expresso em cada artigo da nova lei. Embora ainda haja fortes traços da política proibicionista, a lei retirou a possibilidade de

aplicar privação de liberdade ao usuário, estabelecendo sanções de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo àquele que adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas. Ademais, evidenciou o tratamento diferenciado do usuário em relação ao traficante de drogas.

Outras alterações e discussões surgiram, como a mudança da expressão “Para uso próprio” agora constando “Para uso pessoal”. Isso porque, pela expressão anterior, se o usuário estivesse portando a droga para uso próprio e ele compartilhasse com terceiro, já seria capitulado no crime de tráfico. Pela nova aceção, o usuário não pode possuir a droga com a intenção de disseminação.

5.1 O tratamento do porte de drogas na Lei n.11.343/06

A Lei n. 11.343/06 trouxe como principal alteração a não possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade ao usuário de drogas, no entanto, outras sanções penais serão aplicadas, ainda de caráter repressivo (WEIGERT, 2010, p.68).

Apesar de ter havido essa mudança de tratamento em relação ao usuário de drogas, o que ainda se percebe é uma confusão quanto ao tratamento que lhe é dispensado, pois ora é tratado como doente, ora como criminoso.

É cediço que ambos os tratamentos conduzem o usuário à estigmatização, assim como limitam a compreensão do fenômeno. Por isso, Luiza Barros Santoucy (2015, p.177) afirma que as abordagens repressivas aplicadas ao drogadito têm se mostrado insuficientes e ineficazes, sendo, inclusive, responsáveis pelo aumento da violência associada ao universo das drogas.

A Política Nacional sobre Drogas (PNAD, 2005), atenta à promoção de uma sociedade livre do uso de drogas ilícitas, compreendendo, ademais, a necessidade de se destinar ao usuário de drogas tratamento diferenciado ao que vinha sendo concedido pela legislação anterior, previu, em suas diretrizes, a necessária diferenciação entre usuário e traficante, ações coordenadas para afastar da sociedade os danos provocados pelo uso e tráfico de drogas, além de tentar aplicar uma política de prevenção sobre a repressão.

Incontestemente, portanto, que a Lei n. 11.343/06, ainda que não tenha resolvido a questão das drogas, especificamente do usuário, de maneira a primar pela efetividade da política de prevenção às drogas, representou, em contexto histórico, relevante modificação legislativa ao tratamento concedido ao drogadito.

5.1.1 Análise da descriminalização

Antes de explanar a respeito dos aspectos gerais e as inovações trazidas pela Lei n. 11.343/06, abordar-se-ão os principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da polêmica: se houve despenalização, descriminalização ou uma mera descarcerização.

Há os que entendem¹⁴ ter a Lei de Drogas descriminalizado a posse de drogas para consumo pessoal ao não cominar ao usuário nenhuma espécie de privação da liberdade, embasando sua argumentação no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1941), que determina:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Por isso, em não havendo previsão de pena restritiva de liberdade, a conduta prevista no artigo 28 da Lei n.11.343/2006 teria sido excluída do rol das condutas criminosas, permanecendo como ilícita, uma vez que contraria a ordem jurídica. E a condenação é, assim, considerada como *sui generis* (GOMES, 2006).

De forma diversa à corrente que entende ter havido descriminalização formal, há a corrente minoritária, a qual sustenta ter havido uma “descriminalização substancial” (BATISTA, 2010):

O artigo 28 não pertence ao Direito Penal, mas sim é uma infração do Direito judicial sancionador, seja quando a sanção alternativa é fixada em transação penal, seja quando imposta em sentença final, no procedimento sumaríssimo da lei dos juizados, tendo ocorrido a descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*.

Contrários a esse pensamento, posicionam-se no sentido de não ter havido descriminalização, mas sim despenalização. Ariel Dotti (1998, p.266) conceitua a despenalização como “excluir ou reduzir a incidência das penas privativas de liberdade”, assim, o caráter ilícito do uso de entorpecentes foi mantido, no entanto, o Estado aplicará, ao invés de uma pena privativa de liberdade, pena alternativa ou medida educativa.

¹⁴ Nesta senda de compreender, destaca-se o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2006), para o qual houve descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, pelo que entende o autor, que restou claro que o Direito Penal tornou-se ineficaz na problemática das drogas e, para isso, deve deixar espaço para os demais ramos do Direito e instâncias de controle social. Ainda entendendo pela descriminalização, Raul Cervini (2002) menciona que a “descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal, certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.

Ao seguir essa linha de entendimento, Eduardo Viana Portela Neves (2015) compreende que existem quatro classificações possíveis para a despenalização: despenalização substitutiva, que ocorre quando há previsão de uma pena privativa de liberdade, porém esta, depois de aplicada, pode ser substituída por uma medida alternativa; já a despenalização condicional, observa-se quando, depois de aplicada pena privativa de liberdade, sua execução é suspensa por um período previamente determinado e, se houver descumprimento dos pressupostos da suspensão, gerará a revogação do benefício; ainda há a despenalização premial, quando o juiz deixa de aplicar a pena, posto verificar atendidos determinados requisitos legais, como, por exemplo, o perdão judicial; e, por fim, despenalização educativa ou impeditiva, pela qual, primeiramente, o juiz deve aplicar medida educativa (NEVES, 2007).

Ao afastar essas opiniões, a maioria da doutrina se posicionou no sentido de não ter havido nem descriminalização, mas alteração das sanções impostas, denominada de descarcerização. A alteração seria apenas quantitativa.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho (2007, p.44) afirma:

A lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal, nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, como adiante se comentará, mas a conduta continua incriminada. A denominação do Capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais.

Além do mais, ao se falar em medidas alternativas, elas também constituem penas. Os defensores do entendimento sobre a descriminalização compreendem que a previsão de penas não privativas de liberdade seria descriminalização da posse para uso pessoal, sustentando que somente condutas punidas com reclusão ou detenção seriam consideradas crimes (KARAM apud GRILLO, 2011, p.135).

A querela não é tão pacífica assim, de modo que chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário n.430.105/RJ, que acatou o entendimento de que as condutas descritas no artigo 28 continuam sendo crimes, embora recebam apenas com medidas diversas da restritiva de liberdade (BRASIL, 2009).

Talvez o fato de o artigo 28 expressar menor severidade na aplicação da sanção tenha conduzido ao entendimento equivocado da descriminalização. No entanto, recebem a aplicação de uma sanção e esta ainda possui caráter repressivo.

Pela pena de advertência, expressa no artigo 28, houve divergência de entendimento quanto à sua natureza, havendo a compreensão de que não possuía caráter de pena, assim

como houve afirmações de que não possuía caráter retributivo e preventivo (MENDONÇA, 2012, p.28).

Refuta essas divergências o entendimento de Salo de Carvalho (2013, p.424):

O ato de admoestação, em razão do caráter de reprovabilidade real ou simbólica, adquire natureza punitiva, adequando-se na proposital lacuna deixada pelo texto constitucional. Com a crise da pena privativa de liberdade e o movimento internacional de reforma dos sistemas punitivos, a Constituição abriu espaço à criação e à proposição de alternativas ao cárcere, fixando os limites possíveis de punibilidade a partir do respeito à dignidade da pessoa humana, e tendo como norteadores da sanção, os princípios da proporcionalidade, da individualização, da pessoalidade e da humanidade. Em não sendo, pois, a admoestação modalidade de privação de liberdade ou multa, nota-se que se aproxima, de forma atípica, das penas restritivas de direito.

Em contexto dessa discussão, o que se apresenta mais premente é a adoção de políticas descarcerizantes, aliadas a respostas penais eficientes, capazes de atingir as funções da pena e, no trato, especificamente, do usuário de drogas, ofertar maior atenção à sua reabilitação, por meio de investimentos em programas de execução e acompanhamento das penas alternativas.

5.1.2 Bem jurídico tutelado

O Direito Penal constitui ramo do Direito que tutela bens jurídicos imprescindíveis para que haja convivência harmoniosa na sociedade. Há, portanto, para cada tipo penal descrito em lei, a eleição de quais os bens que serão protegidos pelo Direito, e tal escolha será pautada nos valores fundamentais de determinada sociedade, fazendo-se relevante porque o Direito Penal, sendo meio mais repressivo, não deve cuidar de todas as lesões realizadas aos bens jurídicos.

Ao que se refere o bem jurídico tutelado pela Lei n.11.343/06, no que concerne ao usuário de drogas ilícitas, é a saúde pública. Conforme Vicente Greco Filho aduz, “o bem jurídico protegido pelo direito é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social” (2007, p.86).

Maria Pílar Sánchez Álvarez (2011, p.353) destaca que a vítima do crime de porte de drogas não tem cara nem nome, pois que a vítima seria a sociedade como um todo. E que, em um procedimento de mediação, caberia a utilização de vítimas simbólicas, como a mãe do usuário, considerando que os malefícios do uso de drogas atingem não somente a pessoa do usuário, mas também a família e a sociedade.

A esse posicionamento, no entanto, contrapõe-se o de que o uso de drogas se insere na categoria de crime sem vítima, pois não há qualquer sentimento de dano por parte da suposta vítima, não há participantes demandantes da proteção penal (CERVINI, 2002, p.208).

No entanto, quando se afirma ser a saúde pública o bem jurídico tutelado pela lei, quer significar o alcance desse uso, ou seja, o uso de droga não provoca dano apenas ao usuário, mas à família e à sociedade, em razão de crimes violentos que são praticados para manter o uso.

Desse modo, pelo artigo 28 da Lei n.11.343/06, a norma penal resguarda como bem jurídico imediato a saúde pública e mediatos, a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas (GOMES, 2006, p.121).

Salo de Carvalho (2013, p.263-264), contrário à ideia de que a saúde pública seja o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas, afirma que “[...] opera espécie de espiritualização metafísica do bem jurídico, em absoluta dicotomia com a nervura da realidade cotidiana”. A dicotomia, para Salo de Carvalho, está em sustentar um discurso de tutela de saúde pública, quando, no mínimo, é “temerária a gestão pública desse sistema”. E, por isso, ele afirma que essa tutela serviu, apenas, para justificar a maximização da intervenção pública.

Raul Cervini (2002, p.208) sustenta a ideia de que não é a saúde pública o bem jurídico a ser tutelado, pois que o uso de drogas se insere na categoria dos “crimes sem vítimas”, em que “a participação dos autores no fato é consensual, não há participantes demandantes pela proteção das agências penais; não há qualquer sentimento de dano por parte da vítima; oferecem-se bens socialmente desaprovados, mas amplamente desejados”. Entende, assim, que não há ofensa à sociedade, para que se justifique a tutela “saúde pública”.

Passando de uma análise legalista para uma visão crítica mais analítica, ainda que se considere não ser a “saúde pública” o bem jurídico tutelado, certo é que a lei assim considera, e, como esta prevê aplicação de sanções ao usuário, necessário se faz analisar uma forma de utilizar medida mais eficaz ao usuário de drogas, de modo a ver prevalecer formas de prevenção ao uso em detrimento de modos repressivos.

5.1.3 Porte de drogas e penas aplicadas

Apesar de a preocupação legislativa no Brasil ter se iniciado nas Ordenações Filipinas, a primeira legislação brasileira a tratar, de fato, foi o Código Penal Brasileiro de 1940, que trouxe em seu artigo 281 a seguinte redação: “Importar ou exportar, vender ou

expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar a consumo substância entorpecente”. Na sequência, veio a Lei n. 6.368/76, que previu tratamento tão somente punitivo aos usuários e traficantes (SICA, 2005, p.186-192).

O projeto da Lei n.11.343/06, Projeto n.7134/2002, justificou a necessidade de alteração legislativa sobre as drogas, para sanar a insegurança provocada pela Lei 6.368/76, a fim de também normatizar, de forma mais clara, a questão das drogas (LAZARINI, 2009, p.1675).

O advento da Lei n.11.343/06 trouxe modificações que vão além do tratamento dispensado ao usuário de drogas. Ainda que calcada em uma política proibicionista, a normatização disciplinada no artigo 28 da referida lei retirou a possibilidade de aplicação da pena restritiva de liberdade ao usuário de drogas que for flagrado usando e/ou portando substância entorpecente. Assim, o artigo 28 da Lei 11.343/06 expressa:

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.

Pela leitura do texto de lei acima transcrito, o uso de drogas não é mais passível de punição, sendo que a pena privativa de liberdade não será mais aplicada. As medidas dispostas nos incisos II e III do artigo 28 durarão, no máximo, cinco meses, já em caso de reincidência, o período é de dez meses. Quando o usuário incorrer na tipificação expressa no artigo 28, o procedimento será encaminhá-lo, pelo agente policial, ao juízo competente. De se destacar que o usuário será submetido a exame de corpo de delito e, em seguida, liberado. Esse procedimento será regulado pela Lei dos Juizados Especiais, a Lei 9.099/95, salvo se houver conexão aos crimes previstos no artigo 33 a 37 da Lei de Drogas.

Determinar se a droga se destinava para consumo próprio ou tráfico dependerá de uma análise discricionária da autoridade judiciária. “Frisa-se que, no Brasil, a única alternativa que se tem é a de o juiz considerar o fato atípico, através da aplicação ao caso concreto do princípio da insignificância”. Não possuir critérios objetivos para a mensuração do consumo pessoal e do tráfico “só tende a recrudescer o punitivismo penal, fazendo com que ações menos danosas sejam processadas e punidas como se tráfico fossem” (WEIGERT, 2010, p.94).

Afora a questão procedimental, a norma trazida pela Lei 11.343/06, no que diz respeito à política de atenção ao usuário, trouxe, em seu artigo 1º, a instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que, como vaticinam Duarte e Dalbosco (2011, p. 18), objetiva:

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; promover as políticas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

A lei, verdadeiramente, andou bem ao estabelecer tratamento descarcerizador àquele que consome drogas. Apesar de algumas lacunas, essa tratativa trouxe a possibilidade de se aplicar abordagens alternativas à criminalização, além de já estabelecer uma importante limitação do poder estatal, uma vez que os envolvidos atuam, de maneira ativa, no desenvolver do processo criminal e têm minimizados o etiquetamento e estigma social causados pela privação de liberdade.

Afirma Salo de Carvalho (2013, p.325), como critério diferenciador dos tipos expressos nos artigos 28 e 33, ambos da Lei de Drogas, “[...] a necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais, seja do artigo 33 como do artigo 28 da Lei n. 11.343/06”.

O critério de análise da quantidade de substância, como fundamental para diferenciar entre usuário e traficante, ainda causa grande celeuma na prática do Judiciário. Isso ocorre em virtude dos inúmeros processos em que, com base na natureza e quantidade da droga, a fixação da pena-base é acima do mínimo legal. Além de configurar essa desproporcionalidade, há constantes ataques ao *bis in idem*, pois que os critérios de natureza e quantidade da pena têm sido valorados tanto na primeira fase de fixação da pena quanto na terceira fase. Por isso, o STF firmou entendimento de que esses critérios devem ser analisados pelo juiz, apenas, em uma das fases da dosimetria da pena. Aguarda-se, assim, o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, pelo STF. Acredita-se que, dificilmente, firmará critérios objetivos de definição da quantidade de droga que uma pessoa pode portar (BRASIL, 2013).

Ainda que essa discrepância de tratamento legal concedido ao usuário e ao traficante seja decorrência inovadora dessa lei, fato é que não clarificou o sentido, e a questão ainda é

passível de entendimentos diversos por parte da doutrina e jurisprudência. Após a edição da Lei 11.342/06, originaram-se três posições: aos que concebem tratar de crime entendimento que se refere a uma infração penal *sui generis* e aqueles que entendem não ser fato típico e pertence a uma questão de saúde pública; há, ainda, a posição de quem entende haver violação ao Princípio da Ofensividade, ao da Intimidade e ao da Igualdade (vez que consumir álcool ou tabaco não é crime) se conferir tratamento ao usuário como criminoso (DINIZ, 2008).

5.2 Atuação da CEAPA de Vitória da Conquista (BA) em relação aos usuários de drogas que praticaram o delito previsto no Artigo 28

Como discutido no corpo deste trabalho, existe hoje um forte discurso sobre a necessidade de se buscar meios alternativos para resolução dos conflitos penais a fim de conceder-lhes, de maneira prática, as funções penais e atingi-las de modo a superar tamanha ineficácia da pena.

Em razão dessas discussões, com o objetivo de verificar, além do plano teórico, a respeito da medida recebida pelos usuários de drogas ilícitas que são encaminhados pelo Judiciário, por meio do Juizado Especial Criminal, procedeu-se a levantamento de campo junto à Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CEAPA), da cidade de Vitória da Conquista (BA), nos anos de 2013 e 2014.

5.2.1 Método da pesquisa

Trata-se de pesquisa essencialmente quantitativa, na qual a população para estudo foi formada por todos os indivíduos usuários de drogas ilícitas, encaminhados pelas três varas do Juizado Especial Criminal da Comarca de Vitória da Conquista (BA), atendidos na CEAPA nos anos de 2013 e 2014, isto é, 75 (setenta e cinco) pessoas, cujos dados foram coletados por meio de verificação dos relatórios mensais desse órgão.

Optou-se por uma pesquisa quantitativa devido à complexidade para ter acesso aos usuários com vistas à realização de entrevista pessoal. Desse modo, foram verificados nesse proceder: a quantidade de processos nestes dois anos, a faixa etária dos cumpridores, sexo; escolaridade; cor; medida alternativa recebida; prazo de cumprimento e quantidade de descumprimentos.

5.2.2 Enfoque do programa CEAPA e procedimento

A fim de diminuir o uso da pena privativa de liberdade em todo o mundo, iniciou-se uma política, inclusive no Brasil, demonstrando vários aspectos negativos da aplicação indiscriminada desse tipo de sanção. Assim, o Brasil adotou, em seu sistema jurídico, diversos dispositivos legais que possibilitavam aplicar alternativas penais, como as Leis n: 7.209/84; 9.714/98 e 9.00/95. Para aliar uma política pública que fomentasse a instrumentalização dessas leis, o Ministério da Justiça, em 2000, criou a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), subordinada à Secretaria Nacional de Justiça. A Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas da Bahia (CEAPA) compõe o sistema formado por 306 centrais e núcleos estaduais de penas e medidas alternativas existentes no Brasil e integram a política nacional de penas e medidas alternativas, instituída no ano 2000 pelo Ministério da Justiça (CEAPA, 2010).

Após a criação da CENAPA, efetivaram-se convênios nos Estados para implementação de núcleos de funcionamento em cada ente federado. As CEAPAs são “[...] núcleos que desenvolvem procedimento de avaliação – análise do perfil do beneficiário e de entidade de parceria; encaminhamento – assegurar a relação formal entre o juízo da execução, o beneficiário e a entidade parceira, e o acompanhamento [...] da pena ou medida alternativa”. (PRADO, 2005, p. 336).

O programa CEAPA foi implantado em fevereiro de 2002, na cidade de Salvador. O núcleo, na cidade de Vitória da Conquista (BA), foi criado no ano de 2008. Iniciou suas ações mediante convênio firmado entre o Ministério de Justiça e o Governo do Estado da Bahia, por meio da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Inicialmente mantida por recursos federais, logo em seguida passou a ser provida por recursos estaduais (ILANUD, 2006, p.128).

O núcleo é composto por uma coordenadora e quatro assistentes técnicos: um advogado, um psicólogo e uma assistente social. Possui uma estrutura mínima para proporcionar aos cumpridores o atendimento sigiloso e atender às necessidades básicas exigidas.

O programa prevê atendimento a pessoas submetidas, por meio do Judiciário, a cumprimento de penas e medidas alternativas. São penas que podem ser de prestação de serviços comunitários, ou, ainda, prestação pecuniária.

O procedimento consiste em encaminhar cumpridores à CEAPA, por meio de ofício expedido pelo Juizado Especial Criminal, para cumprir alguma transação penal ou condições estabelecidas em suspensão condicional do processo. Após o cumpridor chegar à CEAPA, munido desse ofício, ele será conduzido para a realização de entrevista psicossocial e, se for cumprir prestação pecuniária, é convidado a comparecer ao grupo de encaminhamento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2011).

A entrevista psicossocial (PSC) é composta de perguntas de cunho pessoal, dados do processo e identificação pessoal do cumpridor, formação educacional; dados profissionais e socioeconômicos; situação econômica individual; horário de trabalho; situação familiar; história de vida e aspectos de saúde. Trata-se de avaliação que ajuda a definir o perfil do cumpridor, o que contribuirá para a adequação do encaminhamento.

Após a realização dessa entrevista, o cumpridor segue para a entidade ou escola em que realizará o cumprimento da medida. Salienta-se que, mensalmente, deverá ir à CEAPA e apresentar o “relatório de frequência”, a fim de ser este um critério orientador para que a Central acompanhe em caso de descumprimento da medida. Ademais, todo mês, a ela presta informações ao Juizado Especial, via relatório, discorrendo sobre o cumprimento da medida.

Além desse atendimento pessoal, a equipe da Central fica à disposição para prestar qualquer esclarecimento durante a execução da medida, bem como mantém acompanhamento, tanto que, sempre que possível, a assistente social da CEAPA se dirige aos locais de cumprimento de medida para verificação do exercício das atividades pelo cumpridor.

Depois de finalizado o cumprimento da prestação de serviço comunitário, que corresponde ao período de, no máximo, 3 (três) meses, a entidade envia documento à CEAPA informando sobre a finalização da medida imposta, momento em que o psicólogo da Central realiza o chamado “grupo de fechamento” e desenvolve um diálogo com os participantes sobre qual foi o aprendizado obtido nesse período, quais as atividades realizadas e o que sentiram ao realizar determinada ação social. Trata-se de etapa importante para compartilhamento das experiências e ressignificante para a melhoria da autoestima dos beneficiários.

5.2.3 Perfil dos cumpridores do CEAPA e análise dos resultados

Os levantamentos sobre faixa etária, sexo, cor, escolaridade e medida alternativa recebida conduzem à formatação dos perfis dos usuários de drogas ilícitas, porém, de logo,

cumpra assinalar que não existe um perfil único dos usuários de drogas. Isso decorre da influência de múltiplos fatores, como de ordem psicológica, predisposição orgânica e social (ALBERT EINSTEIN, 2015).

Com base nos relatórios mensais, em referência aos anos de 2013 e 2014, de um total de 75 processos, analisando-se o sexo, foram obtidos os seguintes dados:

Tabela 1 - Gênero registrado pelo programa CEAPA

GÊNERO	Total de relatórios	Percentual
		34
Masculino	31	91,17%
Feminino	3	8,82%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2013.

Tabela 2 - Gênero/ registrado pelo programa CEAPA

GÊNERO	Total de relatórios	Percentual
		41
Masculino	33	80,48%
Feminino	8	19,51%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2014.

Nas tabelas acima, percebe-se que nos dois anos de estudo, qual seja, 2013 e 2014, 91,17% e 80,48%, o percentual maior é do gênero masculino. Marilise Fraga de Souza e outros atribuem a isso a responsabilidade da mulher na socialização dos filhos, e são as mulheres as maiores vítimas da violência praticada pelos companheiros ou, até mesmo, pelos seus próprios filhos, evidenciando que os maiores usuários de drogas ainda são os homens (FRAGA et al., 2008).

Tabela 3 - Faixa etária/registrada pelo programa CEAPA

FAIXA ETÁRIA	Total de relatórios	Percentual
		34
Entre 18 e 29 anos	26	76,47%
Entre 30 e 39 anos	6	17,64%
Entre 40 e 49 anos	2	5,88%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2013.

Tabela 4 – Faixa etária

FAIXA ETÁRIA	Total de relatórios	Percentual
		41
Entre 18 e 29 anos	32	78,04%
Entre 30 e 39 anos	8	19,51%
Entre 40 e 49 anos	1	2,43%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2014.

Os números que compreendem a faixa etária entre 18 e 29 anos constituem as taxas percentuais mais elevadas, nos dois anos de referência. Há algumas inferências relevantes desses resultados. Segundo relatório do Instituto de Medicina Social e de Criminologia¹⁵, essas faixas etárias da adolescência são consideradas vulneráveis às drogas por serem irreverentes, além de uma falta de percepção, por parte do adolescente, de que ele possa tornar-se dependente de uma substância. Aliado a esses fatores, há o aspecto social no uso da droga, ao afirmar que a sociedade não traz motivações para esse adolescente.

Tabela 5 – Cor/Raça registrados pelo programa CEAPA

COR	Total de relatórios	Percentual
		34
Branca	4	11,76%
Negra	6	17,64%
Parda	19	55,88%
Morena	5	14,70%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2013.

Tabela 6 – Cor/ Raça registrados pelo programa CEAPA

COR	Total de relatórios	Percentual
		41
Branca	8	19,5%
Negra	4	9,75%
Parda	24	58,53%
Morena	5	12,19%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2014.

¹⁵ Relatórios referentes à Pesquisa de Diagnóstico Rápido entre usuários de drogas injetáveis, da OMS, 1998. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

As proporções de pessoas que se declaram brancas e pardas apresentaram as maiores taxas, o que revela a situação populacional da cidade, bem como a distribuição do uso da droga em diferentes parcelas da população.

Tabela 7 – Escolaridade/registrados pelo programa CEAPA

ESCOLARIDADE	Total de relatórios	Percentual
		34
Ensino Médio completo	2	5,88%
Ensino Médio incompleto	10	29,41%
Ensino Fundamental completo	8	23,52%
Ensino Fundamental incompleto	12	35,29%
Ensino Superior completo	1	2,94%
Ensino Superior incompleto	1	2,94%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2013.

Tabela 8 – Escolaridade/registrados pelo programa CEAPA

ESCOLARIDADE	Total de relatórios	Percentual
		41
Alfabetização	1	2,43%
Ensino médio completo	4	9,75%
Ensino médio incompleto	13	31,70%
Ensino fundamental completo	5	12,19%
Ensino fundamental incompleto	14	34,14%
Ensino superior completo	--	--
Ensino superior incompleto	4	9,75%

Fonte: Banco de dados de pesquisa 2013.

Quanto ao grau de escolaridade, constatou-se que a maioria possui o Ensino Fundamental incompleto. E este é um dado que se aproxima do quadro geral de escolaridade apresentado no país. Segundo o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID) (2000), a baixa escolaridade atinge, pelo menos, um terço no Brasil, pois essa parcela tem apenas o Ensino Fundamental incompleto.

Tais dados auxiliam a análise sobre o impacto da educação sobre a criminalidade no País, na medida em que comprovam que quanto menor o grau de escolaridade, maior a propensão para crimes (TEIXEIRA; KASSOUF, 2011). Embora, numa visão crítica, deva se esclarecer que os dados são formados por aqueles casos que chegam até à Justiça, sem contar aqueles que sequer vão ao Judiciário e, por isso, não são computados.

Sobre a medida imposta, todos foram submetidos ao cumprimento da prestação de serviço à comunidade. O tempo varia de 1 mês a cada duas horas semanais, até 3 meses a cada duas horas por semana, respeitadas as condições de trabalho e estudo do usuário. Após todos esses levantamentos, quando da análise do número de descumpridores, apenas 1 pessoa falhou, isso no ano de 2013, pois que, em 2014, não foi notificado nenhum descumprimento.

Percebeu-se que a taxa de descumprimento da medida alternativa é baixa, considerando-se a quantidade de cumpridores nos anos de 2013 e 2014. Configura-se o descumprimento quando o beneficiado deixa de executar a medida por mais de 1 mês, sendo a CEAPA notificada pela entidade onde ele realiza as atividades. De posse da frequência do beneficiado e do ofício do jurídico da CEAPA, o Juizado recebe essas informações e, por meio de oficial de Justiça, o juiz determina a intimação do cumpridor. Normalmente, antes de oficiar o Juizado sobre as faltas, a CEAPA entra em contato com o beneficiário para incentivá-lo a dar continuidade ao cumprimento. Na maioria dos casos, esse aviso é suficiente para fazê-lo retornar à realização da medida alternativa, isso porque, segundo o psicólogo da Central, os beneficiários têm “medo” de sofrer penalidade pior.

Se não houver cumprimento até a 3ª chamada, a CEAPA notifica o Juizado, que marca uma audiência de advertência. Nessa audiência, o beneficiário é cientificado da importância de ele cumprir determinada medida alternativa, bem como da consequência do descumprimento, qual seja, o processo é enviado ao promotor a fim de que ofereça a denúncia.

Nas observações desta pesquisa, notou-se que a coleta de dados dos aspectos delineados sobre o usuário cumpridor da medida, aliada ao conhecimento do procedimento realizado pela CEAPA, conduziu à verificação de algumas deficiências. A primeira delas diz respeito à falta de um estreitamento comunicacional entre a CEAPA e o Juizado. Percebeu-se que a atuação deste último circunscreve-se, apenas, a dois momentos: no primeiro, quando encaminha o usuário à Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas e, no segundo, quando há descumprimento da medida imposta ao beneficiário. Mormente, neste último aspecto, se não cumprir a medida, o beneficiário vê-se novamente atrelado a um processo repressivo. Então, apesar do acompanhamento psicossocial, assistencial ofertado pela medida alternativa, o cumpridor “inadimplente” não recebe um tratamento restaurativo.

Não obstante a previsão de medidas alternativas, em detrimento da privação de liberdade, como resposta para o usuário de drogas seja, verdadeiramente, um avanço, tal alteração não solucionou o problema dos efeitos negativos gerados na pessoa do usuário.

Produz, contudo, a manutenção do *status* de infração penal à sua conduta. Muitas vezes, o cumpridor da medida alternativa aceita recebê-la por temer um processo ou imaginar que pode ter privada a sua liberdade. Não se verifica, nesse procedimento, a transformação do usuário. O procedimento continua, assim, arraigado à repressão, sem tratá-lo, com o objetivo de fazer nascer o senso de responsabilidade e a compreensão de que pode corrigir o que fez.

A utilização de medidas humanizadas, atentas ao trato social, por meio da CEAPA, sinaliza que o caminho para a edificação de uma política criminal de drogas deve seguir essa lógica de tratamento, assim como indica que a atuação da Justiça Criminal deve estar alerta aos interesses do usuário, de sua saúde, da sociedade e de como ele será reinserido no contexto social.

Afere-se, dessa forma, que as medidas alternativas oferecidas pela Lei n.11.343/06, apesar de serem métodos de resolução de conflitos, de forma a atenuar a reprimenda estatal, não devem ser entendidas como métodos restaurativos.

Insigne a isso, a questão relevante de que não há, por meio da Justiça Penal, informação sobre os reflexos da pena na pessoa do beneficiário, visto que a audiência de fechamento, realizada com um grupo de cumpridores, pelo psicólogo da CEAPA, não analisa individualmente esse ponto de vista restaurador. Observou-se que a atenção é mais centrada no acompanhamento e cumprimento da pena a ter que qualificar suas consequências aplicadas na vida do beneficiário.

Desse modo, conforme a política brasileira de drogas tem agido, os seus objetivos, de “atenção e reinserção social do usuário”, como declarado no Texto legal, serão inatingíveis. E, ciente dessa constatação, sustenta-se a necessidade de pensar a aplicação da Justiça alternativa como meio de resolver a questão do usuário de drogas ilícitas.

Partilham dessa compreensão Roberto Portugal Bacellar e Adriana Accioly Gomes (2011, p.337), para os quais “o modo de fazer justiça, em uma perspectiva restaurativa, consiste em dar uma resposta às infrações e suas consequências, contando com a participação de todos os envolvidos, inclusive a comunidade, na resolução dos conflitos”.

5.3 A Justiça Restaurativa como meio eficaz à tratativa do usuário de drogas

No decorrer do texto, foram apresentadas as bases, justificativas e os delineamentos para aplicação da Justiça Restaurativa, por meio da mediação penal, visando à resolução dos

conflitos atinentes aos usuários de drogas. Voluntariedade, possibilidade de resolução da lide por meio das próprias partes; redução de processos nos tribunais; restauração das relações; restabelecimento do convívio do usuário ao seio social; revalorização, transformação, restabelecimento da paz e, sobretudo, tratamento humano concedido aos envolvidos no conflito. Estas, entre outras, são as características próprias do procedimento restaurativo.

Há, no Brasil, inúmeras aplicações da Justiça Restaurativa, como exemplifica Neemias Moretti Prudente (2013, p.228-338):

- 1 Belo Horizonte – MG (Projeto Mediar, 2006);
- 2 Santana – SP (Projeto Experimental Cantareira de Mediação Penal Interdisciplinar, 2005);
- 3 Campinas – SP (“Justiça e Educação – Novas Perspectivas”, 2008);
- 4 Joinville – SC (“Projeto Mediação”, 2003);
- 5 Heliópolis e Guarulhos – SP (Projeto Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: Parceria para a Cidadania”, 2006);
- 6 São Caetano do Sul-SP (“Justiça, Educação e Comunidade: Parcerias para a Cidadania”, 2005);
- 7 Brasília-DF (Projeto no Juizado Especial Criminal do Núcleo de Bandeirante, 2005); e
- 8 Porto Alegre – RS (Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, 2005).

A inserção da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro é compatível, principalmente, diante da permissão constitucional no seu artigo 98, I, como também a Lei n. 9.099/1995, em seus artigos 72,73 e 79 (OLIVEIRA, 2009).

A Lei n.13.105, de 16 de março de 2015, a entrar em vigor no próximo ano, que trata do novo Código de Processo Civil, por estar sensível às demandas já resolvidas por meio da mediação, tratou de discipliná-la como instrumento para utilização no próprio Judiciário, conforme disciplina o artigo 334 dessa lei.

Diante da política criminal brasileira vigente, bem como dos modelos já aplicados pelo Brasil e pelo mundo, acredita-se em sua eficácia. Além do mais, seus propósitos restaurativos têm se mostrado mais condizentes ao Estado Democrático do que as práticas vividas com a Justiça tradicional. É certo que investimentos para a aplicação de técnicas e pessoal capacitado para as práticas restaurativas devem existir, porém, devem existir dentro de uma política de visibilidade dessa forma de resolução de conflito, objetivando, também, o surgimento de uma cultura que busca a solução consensual e participativa de seus conflitos.

Ressalta-se que há diversas barreiras para que a Justiça Restaurativa seja implementada em todo o território nacional, e isso se deve, em muito, à cultura do cárcere, da imputação da culpa a outrem, do sentimento de justiça realizada apenas quando visualiza o

outro sendo penalizado, a falta de diálogo durante a resolução de lides nos tribunais e a dificuldade de acesso à Justiça. Apesar de o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ter intensificado, em suas campanhas, a importância da conciliação, mediação, do acordo e do diálogo, muitas políticas públicas de incentivo e conscientização dessas práticas restaurativas precisam acontecer. Aglutine-se a isso o fato de que a Justiça Restaurativa não restringe seu âmbito de aplicação apenas aos tribunais, consoante já expresso neste texto, as práticas restaurativas tiveram sua origem em tribos, escolas e demais círculos. Assim, as políticas públicas ressaltarão esses alcances, a fim de fazer nascer o conhecimento dos objetivos e resultados atingíveis por meio da Justiça Restaurativa.

A abordagem multidisciplinar da Justiça Restaurativa e sua aplicação a situações concretas têm, de fato, demonstrado um ambiente propício para essa modalidade de prestação jurisdicional no País. Trata-se de forma alternativa que confere aos envolvidos a possibilidade de escolha quanto à participação e ainda obter maior satisfação do que na Justiça tradicional.

A eliminação do estigma e da marginalização constitui fator típico da Justiça Restaurativa e não consiste em aspecto somente diferencial da Justiça tradicional, mas milita o campo da efetividade, de modo que aquele que se viu marginalizado pela prática de uma conduta criminosa sinta-se capaz de reparar o que fez, compreenda o alcance da sua conduta e contribua, finalmente, para a decisão do procedimento restaurativo.

O olhar restaurativo vai além da vítima, possibilitando que todos os atingidos pela ofensa realizada expressem seus sentimentos, anseios e proponham uma solução pacífica para aquele conflito. Durante as sessões restaurativas, tenta-se obter a satisfação dos interesses tanto da vítima quanto do ofensor e também da comunidade.

Nesses campos de inserção da Justiça Restaurativa, vê-se que ela pretende, como finalidade institucional, ser um instrumento de aperfeiçoamento da Justiça formal. De acordo com o já sustentado neste trabalho, a adoção da Justiça Restaurativa não implica excluir a Justiça tradicional, mas adequar a utilização de ambas como complementares. Vista por essa lente, a Justiça Restaurativa representará um acréscimo de eficiência à Justiça Penal.

A partir do que foi construído ao longo do texto, permite-se afirmar que as razões para aplicar a Justiça Restaurativa ao artigo 28 da Lei n.11.343/06 estão para além de tutelar o bem jurídico “saúde pública”, mas também proteger o usuário da marginalização, da feroz estigmatização social, típicas do sistema tradicional. E a aplicação das práticas restaurativas ao artigo 28 da nova Lei de Drogas pode ser realizada no próprio âmbito dos Juizados Especiais Criminais, utilizando-se da mediação penal.

No âmbito dos Juizados, torna-se possível aplicar a Justiça Restaurativa, pois, além de nele prevalecerem os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, há traços menos repressivos (NETO; JÚNIOR, 2011, p.73):

[...] a principal atribuição conferida aos Juizados Especiais reside na busca da autocomposição em face dos resultados positivos que proporciona aos consumidores do Direito, na medida em que serão eles, os litigantes, na qualidade de partes integrantes dos dois polos da relação jurídico-processual, a encontrar, conjuntamente, de maneira não adversarial e com maior grau de satisfação, a solução efetiva e rápida para o conflito instaurado e convertido em lide jurídica, em qualquer uma de suas modalidades (transação, reconhecimento do pedido, renúncia ao direito).

A mediação penal, como instrumento da Justiça Restaurativa, e não único, pode ser aplicada em momento processual. No que se refere ao usuário de drogas ilícitas, antes da realização da audiência de mediação, poderá ser-lhe oferecida proposta para participar dessa audiência. A mediação envolve a participação do ofensor, da vítima e do mediador. E nessas tratativas envolvendo usuário de drogas, a participação do representante do Ministério Público se faz necessária, tendo em vista que se busca tutelar o bem jurídico “saúde pública”. Destarte, participam da mediação penal: o usuário, familiares, representante do Ministério Público, o mediador, pessoas da comunidade, como professor, diretor da escola, assistente social, médico, empregador, CAPS-AD (Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas). Importante mencionar a necessidade de haver uma pré-mediação, ou primeira fase, na qual o mediador escuta as partes e já sente como será a mediação.

Nessas audiências, o usuário terá a oportunidade de falar, ser ouvido e compreender a intensidade dos danos ocasionados por meio de sua conduta. Sustentam alguns que apenas o usuário seja o único a sofrer pelo uso das drogas. No entanto, se observar apenas pelo viés do uso da droga, de fato, o usuário será o principal prejudicado. Porém, ampliando as lentes dessa objetiva, a família e a comunidade também recebem, ainda que indiretamente, os efeitos nocivos desse uso.

A Justiça Restaurativa é a forma consensual de justiça que se apresenta mais adequada para a situação do usuário de drogas. Duarte e Andrade (2011, p.335) destacam o que leva o indivíduo à droga: uma série de fatores psicológicos, hereditários, familiares e sociais que abalam sua autoestima, expondo-o ao preconceito e à rejeição. A sociedade vê o uso de drogas como algo que merece punição. E assim, manter esse olhar para o usuário seria o mesmo que lançá-lo à criminalidade. Deve-se compreender, primeiramente, que o usuário de drogas é uma pessoa que requer auxílio, muitas vezes, está sofrendo por algum motivo e,

nesse momento, a apresentação do diálogo, respaldado nas práticas restaurativas, mostra-se como importante caminho para a reabilitação.

Diante do cenário de incertezas, ineficácia e descréditos na Justiça Penal, é preciso aumentar os espaços de utilização da Justiça Restaurativa, posto que ela se apresenta afim com o artigo 28 da Lei 11.343/06, na medida em que tenta estabelecer novo olhar sobre o indivíduo que comete delito e às consequências desse ato e procura identificar, reforçando a dignidade da pessoa humana, as causas que o levaram às drogas.

O procedimento, após a vinculação do usuário à prática restaurativa, consistirá, segundo (BACELLAR; MASSA, 2011, p.335-337) em:

Ampliar a rede social do indivíduo que faz uso de drogas; possibilitar a identificação de seu padrão de uso de drogas por meio de avaliações individuais e grupais; possibilitar a vivência em grupos que visem à obtenção de prazer por meio de comportamentos saudáveis; oferecer suporte social para o pleno exercício da cidadania, visando à garantia de seus direitos sociais; promover ações político-sociais voltadas para o enfrentamento do uso de substâncias psicoativas.

De forma geral, os discursos no seio da sociedade vêm ganhando força e tem-se percebido, com a seriedade que a situação requer, que medidas penais, da forma como têm sido aplicadas, não têm resolvido o problema. Isso porque se faz necessária a conjunção de ações integradas para que a atenção, prevenção e reinserção social de usuários de drogas, objetivos consagrados na Lei 11.343/06, sejam concretizadas.

Para demonstrar o uso da mediação penal para usuários, Maria Pilar Sánchez Álvarez (2011, p.341) aponta como um processo possível e que, desde os anos oitenta, começou a trabalhar com a tese de que se o infrator drogodependente fosse submetido ao tratamento, superado o vício, a pessoa não se veria mais impelida a cometer novos delitos. O sucesso e a aposta nesse tipo de resolução, segundo a autora, se devem a alguns fatores, como a idoneidade do tratamento, que possibilita ao infrator demonstrar a origem do uso de drogas; a voluntariedade do tratamento; e, por fim, a comprovação, pelo infrator, de que é capaz de levar uma vida sem necessidade de recorrer às drogas.

A Justiça Restaurativa é eficaz tanto se admitida a concepção da criminalização do uso de drogas, já que será uma medida não repressiva, quanto se entender que o uso de drogas trata de questão de saúde pública e, assim, aplicam-se penas mais brandas e adequadas à situação do usuário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo analisar o uso da mediação penal como principal instrumento da Justiça Restaurativa e sua aplicação ao artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Para tal, foi necessário empreender observações sobre o conflito, como ele se desenvolve na sociedade, a fim de entender a necessidade da criação de formas alternativas de resolução de conflitos.

Antes de verificar qual ou quais as formas de solução de conflitos se apresentam, foi realizada, a partir de um olhar atento e não tendencioso, análise sobre o sistema penal vigente. Para isso, empreendeu-se exame sobre o processo penal brasileiro, seus princípios, formas de punição de que ele dispõe e a função que elas exercem. O sistema penal retributivo, tão enaltecido, desde a sua promulgação, transformou-se em sistema aflitivo, ineficiente e pouco atento aos reclames sociais.

Evidenciou-se, nesse momento, a crise do sistema penal. Os delineamentos dessa crise apresentaram diversas ramificações, de modo que atingiram até a sua estrutura funcional. Ramificações que são constatadas na crescente utilização do *jus puniendi*, superlotação carcerária, anseios prementes por criação legislativa, geradores da legislação simbólica; crescimento das taxas de criminalidade; acúmulo de processos nos tribunais; sensação de impunidade e, enfim, descrédito no Judiciário.

Apesar dessas constatações, o sistema processual penal apresenta um instrumento que pouco se parece à essência repressiva própria da Justiça tradicional. Os Juizados Especiais Criminais, ainda que hoje já não consigam concretizar seu princípio da celeridade, constituem criação salutar e, em seu âmago, são informados por princípios fundamentais próprios de uma justiça negocial.

Compreender os meandros dos mecanismos de atuação penal e seus objetivos foi decisivo para perceber que o Estado Democrático Brasileiro, como conjunto de princípios que afirmam os direitos fundamentais, requer convivência pacífica entre os direitos constitucionalmente tutelados e a restrição desses direitos, quando necessário for.

Atentando-se a essa necessária adequação, passou-se ao exame das formas alternativas de resolução de conflitos. A Justiça Restaurativa não pode ser elevada à condição de sistema de Justiça ideal, as constatações feitas em relação a essa forma alternativa de resolução de conflitos passaram pela análise de sistemas alienígenas ou pela observância de práticas já utilizadas no Brasil.

Há um foco voltado à Justiça Restaurativa por dois motivos: o primeiro, em razão de o

sistema tradicional se mostrar ineficaz, fragilizado diante das vicissitudes atuais, e o segundo, pelos resultados que as práticas restaurativas têm demonstrado ao resolver os conflitos. Nessa ótica, várias são as demandas, inclusive penais, nas quais a Justiça Restaurativa tem apresentado resposta condizente às necessidades daqueles que a buscam. A comparação à Justiça Penal é irrefutável e, por outro lado, mostra-se necessária para a ampliação dos espaços de atuação de um tipo de justiça que tem demonstrado vantagens.

A prática restaurativa apresenta como núcleo essencial o uso da negociação. Desse núcleo, decorre o desenvolvimento do diálogo, a voluntariedade, o sigilo de suas práticas, a preocupação com o interesse do ofensor e da vítima, suas necessidades e abalos sofridos, e a oportunidade para que os envolvidos falem, expressem seus sentimentos e sejam colaboradores para a resolução do conflito que é deles.

O chamamento da vítima ao processo, que há muito se quedou silente, foi substancial para fazer nascer nela o espírito da revalorização. Sua neutralidade, durante muito tempo, fez com que prevalecesse sobre os olhares atentos apenas a figura do ofensor. A manifestação da Justiça Restaurativa, neste compreender, visa não somente aos direitos humanos, mas à reconstrução do vínculo social por meio de suas práticas.

Das práticas restaurativas fazem parte: mediação, as conferências de famílias, círculos restaurativos e círculos decisórios. Para cada uma destas práticas existe um campo de atuação específico, além de ampliar o alcance de participação na resolução dos conflitos. Por inserir a família, a comunidade nas sessões e conferências, essa prática amplia o empoderamento dos envolvidos, de modo a gerar efeitos tanto para o ofensor, que se sente valorizado, quanto para a vítima, que tem a oportunidade de ouvir participantes da comunidade, muitas vezes, atingidos indiretamente pela conduta delitiva.

Com efeito, a mediação, como prática principal da Justiça Restaurativa, ampliou os espaços de participação, sem, contudo, afastar a prestação jurisdicional exercida pela Justiça Penal. Inclusive, essa foi a proposta do trabalho, incluir a mediação penal na resolução dos conflitos relativos aos usuários, ainda em fase processual, em sua fase inicial, o que respeita o princípio da voluntariedade, posto que, se o ofensor se recusar a comparecer à audiência de mediação, o processo seguirá o procedimento da Justiça Penal tradicional.

A mediação penal não configurará a solução para todos os males, em especial, o das drogas. Não se desejou sustentar aqui a infalibilidade de um procedimento frente ao uso de drogas, até porque a mediação penal aplicada nesta tratativa deverá ser conjugada a políticas públicas, políticas de redução de danos, assistências, bem como à participação de

profissionais da área de saúde. Isso é importante clarificar, nesta análise, ao partir do entendimento de que o problema do uso de drogas requer mais que a aplicação de uma sanção, almeja, sobretudo, identificar a pessoa do usuário como sujeito que precisa de tratamento, atenção e reabilitação, a fim de evitar e prevenir o uso de drogas.

A mediação penal constitui-se uma prática que não necessita de inovações legislativas para ser aplicada. A comprovação desta assertiva está na possibilidade de seu uso nos Juizados Especiais Criminais. Estes oferecem bases para a adequação de mediação ao seu procedimento. Além disso, as similitudes entre os dois institutos são notórias. Informalidade, oralidade, consensualidade são princípios que norteiam ambas as práticas e, inclusive, já vêm sendo utilizados em alguns Estados brasileiros, a exemplo de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Ainda existe muita resistência à aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil. E tal renitência deve-se, em grande parte, ao enraizamento dos preceitos retributivos vinculados na mentalidade e prática processual, para aqueles que militam no exercício do Judiciário. Há, também, os que pensam ser a Justiça Restaurativa prática substitutiva do sistema tradicional. Não sentem segurança na aplicação de uma justiça que não se fundamenta nos rigores punitivos ou legais, ao invés disso, apoiam-se nas suas práticas na restauração.

Por mais que existam essas barreiras transponíveis, as experiências restaurativas, tanto internas quanto externas, já demonstram que a tendência é a ampliação dos espaços que fazem uso da Justiça Restaurativa, pois que os resultados têm sido satisfatórios. Ademais, o próprio ordenamento jurídico brasileiro alberga a compatibilidade dessa medida alternativa, não somente permitida pela Constituição Federal como também por legislação infraconstitucional, como a Lei n.9099/95.

O problema das drogas constitui umas das preocupações mais latentes em toda sociedade. A “Política Nacional das Drogas”, ao formular suas diretrizes, o fez em consonância aos contextos nacional e internacional, a fim de implementar medidas que fossem pontuais para prevenir, evitar e reinserir o uso das drogas. E a nova Lei de Drogas concedeu tratamento mais condizente à situação do usuário do que a lei anterior, apesar de ter deixado espaço para interpretações variadas quanto à questão da retirada da previsão de pena restritiva de liberdade e aplicação de outras sanções. Porém, o que se verificou é que não houve nem descriminalização, tampouco despenalização. O uso das drogas ilícitas continua sendo crime, então, houve, apenas, atenuação das penas.

Nesse diapasão, o artigo 28 da Lei n. 11.343/06, referente ao usuário de drogas,

configura prática exercitável por meio da Justiça Restaurativa. Trouxe-se à baila, nesta pesquisa, a análise do tratamento recebido pelo usuário de drogas ilícitas quando da realização de medidas alternativas na CEAPA. Constatou-se, nesta análise, o quanto o sistema penal vilipendia a figura do usuário de drogas. Tal inferência não diz respeito ao trabalho efetuado por aquela Central de Apoio, que se mostra preocupada e atenta à pessoa do usuário. Porém, a constatação diz respeito à falta de atenção às condições de prevenção, reinserção e atenção provindas do próprio sistema penal e que são elevadas como objetivos de sua política.

Ao passo que se admite a ineficácia do sistema penal vigente frente às demandas hodiernas, mormente no que diz respeito aos usuários de drogas, comprova-se a eficácia da Justiça Restaurativa para resolução desses conflitos. Basta, para isso, observar que o tratamento humano, atencioso e valorativo, necessário a ser dispensado àquele que usa drogas ilícitas, pode ser verificado nos procedimentos restaurativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Gilberta. A educação para a autonomia: a construção de um discurso democrático sobre o uso de drogas. In: **Avessos do prazer: drogas, AIDS e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

ALBERT EINSTEIN. Sociedade Beneficente Israelita Brasileira. 2015. **Qual o perfil de um usuário de drogas?** Disponível em: <<http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/atualizacoes/ps.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**. 2010. In: MEDIARE. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/08artigos_13_mediacaoeconciliacao.html>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ÁLVAREZ, María Pilar Sánchez; ESCAMILLA, Margarita Martínez. **Justiça restaurativa, mediação penal y penitenciária: um renovado impulso**. 1 ed. Madrid: Réus, 2011.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Rubinzal-Culzoni, 2003.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Consenso e oportunidade**. Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código Penal. Lisboa: CEJ, 1989.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: WUNDERLICH, A. et al. **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal; MASSA, Adriana Accioly Gomes. Prevenção ao uso de drogas nos Juizados Especiais Criminais. In: DUARTE, Paulina do Carmo A. Vieira; ANDRADE, Arthur Guerra de. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

BAHIA. Secretaria da Justiça. CEAPA: a construção de uma política pública. Salvador, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARRETO, Vicente. Interpretação constitucional e Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 203, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Francisco Inácio. **Ruína e reconstrução** – AIDS e drogas injetáveis na cena contemporânea. Rio de Janeiro: Dumaré, 1996.

BATISTA, Claudinei José. **Artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006**. Da posse de drogas para consumo pessoal. 2010. Disponível em: <<http://www.revista.universo.edu.br/index.php/>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Nações Unidas. **Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente - ILANUD**. Levantamento Nacional sobre Aplicação e Execução de Penas Alternativas: relatório final de pesquisa. Brasília: MJ, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE 430.105/RJ**. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoandamento>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF reafirma jurisprudência sobre aplicação da quantidade e natureza da droga na dosimetria**. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/noticias>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

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

_____. **Lei n. 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 a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2006.

_____. **Lei n.13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

_____. **Lei de introdução ao Código Penal**. Lei n.3.914, de 9 de dezembro de 1941. Brasília. DF: Senado, 1941.

_____. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. DF: Senado, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BEZERRA FILHO, Aluizio Bezerra. **Lei antidrogas aplicada e comentada**. 3. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010.

BINDER, Alberto. **O descumprimento das formas processuais**. Elementos para uma crítica da teoria unitária: das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BIRMAN, Joel. **Mal estar na atualidade: A psicanálise e as novas formas de subjetivação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2. ed. Tradução de João Ferreira; Carmem C. Varriala e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1909.

_____. **O futuro da democracia**. Lisboa: Dom Quixote, 1988.

BODERO, Edmundo René. **Orígens y fundamentos principales de la Victimologia**. Ver. De Ciênc. Jur. e Soc.Unipar. v. 2.1999.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Justice réparatrice et médiation pénale: versa denouveaux modèles de régulation sociale?. In: JACCOUD, Mylène. (Dir.). **Justice Réparatrice et médiation pénale**. Convergences ou divergences? Paris: L'Harmattan, 2003 (Collection Sciences Criminelles).

BUSH, Baruch Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la mediacion: como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento**. Buenos Aires: Granica, 2008.

BUZZI, Carla. **Transgressioni, devianza e droga**. Bologna: A. Cavalli e A. Lillo editores, 1993.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, José Nereu. **Direito Penal do Inimigo – noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal**. Orientado para a vítima do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves de. **Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 2002.

_____. Bases do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Impulso**, Piracicaba, n.9, 1997.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia Restaurativa: posible repuesta para el delito cometido por personas menores de edad.** Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

CARVALHO, Luís Gustavo Grdineti Castanho de. **Processo Penal e Constituição.** Princípios constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CEBRID. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicótóxicas. **Comparações do uso na vida, no ano e uso no mês do conjunto das 107 maiores cidades do Brasil com as mesmas variáveis para os Estados Unidos.** 2000. Disponível em: <<http://www.cebrid.epm.br>>. Acesso em 17 jul. 2015.

CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONGRESSO NACIONAL DE ALTERNATIVAS PENAIAS, 7. [2011] [Campo Grande – MS] Melhores Práticas de Penas e Medidas Alternativas. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Decisão - Quadro do Conselho relativa ao estatuto da vítima em processo penal,** JOCE, série L, p. 82/1 e ss, de 22-03-2001 – Disponível em: <<http://www.app.parlamento.pt>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Análise das finalidades da pena nos crimes de tóxico – uma abordagem da criminalização do uso de entorpecentes à luz da prevenção geral positiva. In: REALE, Júnior, Miguel (Coord.). **Drogas: aspectos penais e criminológicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. **Revista de Ciências Penais.** São Paulo, v.1, n.1, p.09-37, jul./dez.2004.

DGPJ. Direcção-Geral da Política de Justiça. **Mediação penal.** Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Código Penal português de 1982 e a sua reforma. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, n. 8, out./dez. 1994.

_____. **Questões fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A Justiça Restaurativa e a Política de Redução de Danos na Nova Lei de Drogas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E JUSTIÇA RESTAURATIVA. Santa Cruz do Sul. **Anais**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2013.

DINIZ, L. **TJ-SP diz que porte de droga não é crime** – maio de 2008. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editoriais/2008/cid>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUARTE, Paulina do Carmo A. Vieira; ANDRADE, Arthur Guerra de. (Org.). **Integração de competências no desempenho da atividade Judiciária com usuários e dependentes de drogas**. Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EHRENBERG, A. **Idividus sous influence: drogues, alcools, médicaments psychotropes**. Paris: Editions Esprit, 1991.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. rev. e ampl. Madrid: Alianza, 1998.

ESPINDOLA, Alexandre Olympio de Souza. **O controle das drogas no Direito brasileiro e as políticas públicas de prevenção - programa escola sem drogas**. 2012. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et alii. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra, 2006.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos**. v. XXI. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- GARCIA, Maria Dutra de Oliveira. **Descriminalizastf**. Um manifesto antiproibicionista ancorado no empírico. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10. n 46. jul., Porto Alegre, 2012.
- GARCIA, S.I. Perdas e danos: violência e a subjetividade do usuário. In: BAPTISTA, M.; INEM, C. **Toxicomania**: uma abordagem multidisciplinar. Rio de Janeiro: Sette Letras, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRILLO, Carolina Christoph; POLICARPO, Frederico; VERISSIMO, Marcos. A “dura” e o “desenrolo”: efeitos práticos da nova lei de drogas no Rio de Janeiro. **Revista Sociologia Política**, v. 19, n.40, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio (Coordenação) et al. **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.
- GONÇALVES, Antônio Baptista. A descriminalização do usuário de drogas e do pequeno traficante. A justiça restaurativa. In: REVISTA SÍNTESE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. Ano XIV, n.81. ago/set. Porto Alegre, 2013.
- HAMBER, B.; Kibble, S. (1998), From Truth to Transformation: South Africa’s Truth and Reconciliation Commission. Disponível em: <<http://www.csvr.org.za/papers/>>. Acesso em: 14 jul. 2015.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**, versão digital, 2009.
- ILANUD. Brasil. **Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa**: Relatório Final-31 de janeiro de 2006. Disponível em: < <http://www.ilanud.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- INFODROGAS. Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo (IMESC). Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/infodrogas/usar>>. Acesso em: 19 abr. 2015.
- JOFFILY, T. **Direito e compaixão**: discursos de (des) legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 179.
- KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos**: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando os sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LAZARINI, Pedro. **Código Penal Comentado e Leis Penais Especiais Comentadas**. São Paulo: Primeira Impressão, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Dykinson, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada**. Uno studio comparato, su giustizia riparativa e mediazione penale. Milão: Giuffrè, 2003.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça e educação: Parceria para a Cidadania - Um Projeto de Justiça Restaurativa – São Caetano do Sul/São Paulo. In: REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS. Porto Alegre/RS: Fonte do Direito, ano VI, n. 22, 2006.

MELIA, Manuel da Costa. **La exclusion de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima**. Argentina: Universidad Externado de Colombia, 1998.

MENDONÇA, M. V; SCHMIDT, B. **A redução de danos no contexto jurídico psicossocial**. Brasília, DF, 2006.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão (Org.). **Lei de Drogas: Lei n. 11.343/06**. Comentada artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MEZGER, Edmundo. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo 1. Buenos Aires: Valletta, 2004.

MIERS, David. Estudo comparativo de sistemas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIKÊ, 1., 2003, Lisboa. **Protecção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa**. Lisboa: APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Mediação Penal: Conselho da União Europeia**. (2013?) Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

MORONNA, Cristiano Ávila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. n.167, ano 20. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: Ibccrim, biênio 2011/2012.

NETO, Fernando da Costa Tourinho; JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEUMAN, Elias. **Victimologia: el rol de la victima em lós delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Universidad, 1984.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como limitador da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, 2008.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A Lei de Drogas: Primeiras reflexões críticas sobre art. 28. 2007. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/a-lei-drogas/a-lei-drogas.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

NUÑEZ, Maria Eugênia. Redução de danos. **Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas**. 2010. Cetad/UFBA. Disponível em: <<http://www.cetadobserva.ufba.br>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Sistemas penais e a nova lei de drogas: do uso, da pena e de outras questões**. In: PANÓPTICA – DIREITO, SOCIEDADE E CULTURA. v. 2, n. 7. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/view>> 19. Acesso em: 21 abr. 2015.

PNDU. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014**. Seguridad ciudadana com rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Nova Iorque/Estados Unidos: nov.2013. Disponível em: <<http://www.latinamerica.undp.org>>. Acesso em: 08 jul.2015.

OBID. Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas. 2007. **Programas de redução de danos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/web>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

OLIVEIRA, Priscila de Fátima Barros. Mediação Penal: Alternativa para Construção de uma Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. v 9. n. 53. Dez/jan. Porto Alegre, 2009.

ONU. **Conselho Econômico e Social**. Resolução nº 2002/12. Tradução de Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

OUGHOURLIAN, A. **La persona del toxicómono**. Barcelona: Lurder, 1977.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

_____. Justiça Restaurativa e cultura jurídica brasileira: análise crítica do projeto de lei n.7006/2006. **Revista dos Estudos criminais**, n. 50. jul/set. 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** Ministério da Justiça. Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento - PNDU, 2005.

POTTER, Raccius Twbow. **Crack, é melhor penar** – um estudo sobre o proibicionismo e as alternativas oferecidas pela política de redução de danos em Porto Alegre. 2010. 246 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal emel estado social y democrático de derecho**. Ariel, S.A: Barcelona, 1994.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Regras de Tóquio e as Penas Restritivas de Direitos: histórico e retratos do Brasil. In: REFLEXÕES SOBRE OS 60 ANOS DA ONU. (Orgs. Araminta de Azevedo Mercadante, José Carlos de Magalhães). Ijuí, 2005.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça restaurativa: marco teórico, experiências brasileiras, propostas e direitos humanos.** Florianópolis: Bookess, 2013.

_____. **Estado, pena y delito.** Maestros del Derecho Penal, n. 21. Julio César Faira: Buenos Aires, 2006.

QUEIROZ, Isabela Saraiva de. Adoção de Redução de Danos direcionados aos usuários de drogas: concepções e valores de equipes do programa de saúde da família. n.2 v.1. mar/ago. **Pesquisas e práticas psicossociais.** São João Del-Rei, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições do Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Instituições do Direito Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REGHELIN, Elisângela Melo. **Redução de Danos: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Sidarta; MALCHER, Renato Lopes; MENEZES, João. Drogas e neurociências. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM,** ano 20, ed. especial, out. São Paulo: Ibccrim, 2012.

RICOEUR, Paul. **Autonomia e vulnerabilidade.** A justiça e o mal.1999.

RODRIGUES, Thiago M. S. **A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente.** Ano16, v.2. São Paulo, 2002.

RODRÍGUEZ, Esther Pascual. La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid. In: ESCAMILLA, Margarita Martínez; ÁLVAREZ, María Pilar Sánchez (Coord.). **Justiça Restaurativa, Mediación Penal y Penitenciaria: Un renovado Impulso.** Madrid, 2011.

ROSENTHAL, Ed. **Why marijuana should be legal.** Nova Iorque: Ideal Publishing, 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Luiz Natscheradetz. 3. ed. Vega, 1998.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê, para quê e como?** 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

SANTOUCY, Luiza Barros; CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; SUDBRACK, Maria Fátima Oliver. **A compreensão dos operadores de direito do Distrito Federal sobre o usuário de drogas na vigência da nova lei.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/prc>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Funções Manifestas e Latentes da Política de War on Drugs. In: REALE JUNIOR, Miguel (Coord.). **Drogas: Aspectos penais e criminológicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Cultura punitiva, direito de defesa e algumas propostas de reforma penal. In: FÖPPEL, Gamil (Org.). **Novos desafios do direito penal do terceiro milênio: estudos em homenagem ao Professor Fernando Santana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Justiça Restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, ano VIII, n.47, dez-jan, São Paulo, 2008.

_____. Bases para o modelo brasileiro de Justiça Restaurativa. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n.12, jan./jun., 2009.

_____. Bases para o modelo brasileiro de Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). **Novas direções na governança da Justiça e da Segurança.** Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <<http://www.ipan.org.br/arquivos/artigos/BasesparaomodeloBrasileiroJusticaRestaurativa.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SCHUNEMANN, Bernd. **Fundamentos do Direito Penal** – parte 1. Tradução de Luis Greco, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Correa. **Pena e Constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Teoria da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Criminologia.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Marco Antônio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica Del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 34, 2001.

II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Carta do Recife sobre Justiça Restaurativa. Recife, 12 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j.21>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

SOARES, Cássia Baldini. **Adolescentes, drogas e AIDS: avaliando a prevenção e levantando necessidades**.1997. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação: Universidade de São Paulo, São Paulo, 1997.

SOUZA, Marilise Fraga de; KOHLRAUSCH, Eglê Rejane; MAZONI, Cláudia Galvão et al. Perfil dos usuários de drogas. In: REVISTA DE PSIQUIATRIA DO RIO GRANDE DO SUL. **Perfil dos usuários do serviço de teleatendimento sobre drogas de abuso VIVAVOZ**, v. 3., ano 2008, p.187. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 17 jul.2015.

TARUFFO, Michele. Racionalidad y crisis de la ley procesal. In: TARUFFO, Michele. **Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil**. Tradução de Beatriz Quintero. Bogotá: Editora Temis, 2006.

TEIXEIRA, Evandro Camargos; KASSOUF, Ana Lúcia. **Impacto da Educação Defasada sobre a criminalidade no Brasil**, 2011. Disponível em: <<http://www.reap.org.br>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão do Conselho n.10575/02, de 4 de julho de 2002. Cria uma Rede Europeia de Pontos de Contato Nacionais para a Justiça Restaurativa. Jornal Oficial, Bruxelas, 04 jul.2002. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acesso em: 19 fev.2015.

VASCONCELOS, C.E de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações**. São Paulo: Método, 2008.

VELHO, Gilberto. A dimensão cultural e política do mundo das drogas. In: ZALUAR, A. (Org.). **Drogas e cidadania: repressão ou redução de riscos**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAGALLO, Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio. **A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade.** 2010. 102 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

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

Normas da ABNT usadas:

- NBR 6023:2002 – Referências
- NBR 14724:2011 – Apresentação
- NBR 10520:2002 – Citações em documentos
- NBR 6027:2012 - Sumário

ANEXO