

APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA A USUÁRIOS E DEPENDENTES DE DROGAS ILÍCITAS: UMA ALTERNATIVA AO FRACASSO DO SISTEMA PENAL TRADICIONAL

The applicability of restorative justice for users and addicts to illicit drug: an alternative to traditional criminal system failure

Selma Pereira de Santana¹

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharelada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia, FESMIP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1410037874765018>

Camila Ribeiro Hernandes

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia(2013) e especialização em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador(2016). Atualmente é Associada do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, Advogada da Vieira Advocacia Criminal e Pesquisadora da Universidade Federal da Bahia.² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1779058246701519>

Recebido: 12.02.2017 | Aprovado: 17.07.2017

RESUMO: Partindo da constatação acerca da ineficácia da política criminal de drogas aplicada no Brasil, o presente trabalho objetiva analisar a viabilidade da Justiça Restaurativa especificamente voltada a usuários e dependentes, notadamente em virtude das medidas de atenção e reinserção social introduzidas pela Lei nº 11.343/2006 e a necessidade de buscar alternativas à marginalização e estigmatização promovidas pela Justiça Penal tradicional. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo, o artigo aborda a aplicação do modelo restaurativo no que concerne ao tratamento dado ao consumidor de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de drogas. Consumo de drogas. Proibicionismo. Direitos Humanos. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: Based on the observation about the ineffectiveness of the criminal policy for narcotics applied in Brazil, this study

aims to analyze the feasibility of Restorative Justice specifically focused on users and addicts, especially because of the measures of attention and social reintegration introduced by the Law n. 11.343/2006 and the need to seek alternatives to marginalization and stigmatization promoted by traditional criminal justice. Using the deductive method of approach, the article discusses the application of restorative model regarding the treatment of the drug user.

KEYWORDS: Drug Act. Drug consumption. Prohibitionist. Human rights. Restorative Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A política criminal de drogas no Brasil: 2.1. O tratamento dado ao usuário frente à nova legislação; 2.2. A questão do bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 – 3. Justiça Restaurativa e o porte de drogas para uso pessoal: uma alternativa viável. 4. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Brazilian criminal policy for narcotics: 2.1. User's received treatment according to the new legislation; 2.2. The issue of the legal interest protected by the article 28 of the Law n. 11.343/2006 - 3. Restorative Justice and the possession of narcotics for recreational purposes: a viable alternative. 4. Final considerations. References.

1. INTRODUÇÃO

A política criminal de drogas que dominou o mundo a partir do século XIX não surtiu os efeitos desejados sobre o uso, a fabricação e a circulação de substâncias entorpecentes ilícitas, produzindo, ao revés, índices ainda mais elevados de consumo e de violência. Atualmente, embora seja consenso que as drogas podem causar dependência, verifica-se uma tendência global em buscar alternativas à repressão, reconhecendo-se a autonomia do indivíduo e as conseqüências devastadoras do sistema penal, especialmente sobre os usuários.

Lado outro, a Lei nº 11.343/2006 reformulou em seu texto uma nova concepção de justiça dispendida ao usuário/dependente de substâncias ilícitas, calcada no afastamento de penas privativas

de liberdade e sua substituição por penas alternativas, visando a ressocialização e reinserção daqueles ao meio social. Esta assertiva confere respaldo à aplicação da Justiça Restaurativa como instrumento de política pública antiproibicionista e de fortalecimento das medidas preventivas de redução de danos nos conflitos envolvendo o consumidor de drogas no âmbito dos Juizados Especiais.

Para tanto, faz-se necessário discorrer brevemente sobre a política criminal de drogas no Brasil, seus principais instrumentos e consequências, passando para o tratamento dado ao agente consumidor na legislação atualmente em vigor e a problemática relacionada ao bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Ao final, a análise recairá sobre a eficácia da Justiça Restaurativa, como forma alternativa de solução de conflitos, aplicada a usuários/dependentes.

2. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Nada obstante a origem remota da criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil remonte à instituição das Ordenações Filipinas³, é correto afirmar que o surgimento de uma política proibicionista sistematizada apenas se deu a partir da década de 40, com a autonomização das leis incriminadoras (Decretos nº 780/1936 e nº 2.953/1938) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei nº 891/1938, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra, ocorrida em 1936)⁴.

No ano de 1940, o Código Penal tipificou o delito de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, previsto no artigo 281 com 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 ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. De acordo com Salo de Carvalho,

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 30, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada.

No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar), se inicia na legislação pátria – não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial – amplo processo de descodificação, cujas conseqüências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal).⁵

Conquanto o mencionado artigo 281 do Código Penal proporcionava, originalmente, a punição apenas do comerciante de drogas, em conformidade com o discurso internacional pautado na diferenciação entre traficantes e usuários, o Decreto-Lei nº 385/1968 explicita na legislação pátria a criminalização do uso, acrescentando àquele dispositivo algumas figuras equiparadas ao comércio ilegal, dentre as quais a conduta daquele que “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (...)”

A identificação entre usuários e traficantes aparentemente seria corrigida com a Lei nº 5.726/1971, que destinava capítulo apartado ao tema da “recuperação dos infratores viciados”⁶ e previa, em relação aos dependentes que praticassem os crimes previstos no artigo 281 do Código Penal, a internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico. Nada obstante, o referido diploma manteve a previsão de idêntico apenamento a comerciantes e consumidores de drogas ilícitas, punidos com reclusão de um a seis anos, além de multa.

Surge, então, nova lei especial, diferenciando as penas previstas para a posse para uso pessoal. A Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976⁷, estabeleceu em seis meses a dois anos de detenção a sanção do agente que “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, triplicando, porém, as penas para as condutas identificadas ao tráfico, que passaram a ser de três a quinze anos de reclusão.

Em 28 de fevereiro de 2002 foi promulgada a Lei nº 10.409⁸, que visava suprir lacunas na norma anterior, mas cujas impropriedades resultaram em inúmeros vetos apostos pelo Presidente da

República Fernando Henrique Cardoso, especialmente no tocante às definições de crimes e de penas. Assim, entrou em vigor somente a parte processual da nova legislação, o que motivou a quase imediata apresentação de novo projeto que, aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado em agosto de 2006, resultou na Lei nº 11.343/2006⁹.

Além de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e criar um sistema de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes, a Lei nº 11.343/2006 também elenca os crimes relacionados à posse para consumo pessoal e ao tráfico e dispõe acerca do procedimento penal aplicado.

De acordo com o parágrafo único de seu artigo 1º, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Trata-se, pois, de norma penal em branco, que tem seu conteúdo alcançado pela leitura conjunta da Portaria SVS/MS nº 344/1998¹⁰, consoante estabelece o artigo 66.

Um dos aspectos marcantes da atual legislação foi o fim da pena privativa de liberdade para usuários de substâncias entorpecentes ilícitas, aos quais restou destinada a adoção das penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programa ou curso educativo (artigo 28, incisos I, II e III). Na medida em que o tema, por sua relevância ao presente estudo, será abordado em tópico separado, cumpre apenas relevar, por ora, as considerações feitas por Salo de Carvalho à novel disciplina, para quem

Apesar de fundada na mesma base ideológica da Lei 6.368/76 (ideologia da diferenciação), é possível estabelecer importantes distinções entre os estatutos criminais. Se na Lei 6.368/76 há nítida sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno), cujo efeito foi densificar a repressão ao comércio ilícito e suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes – notadamente após a edição da Lei 9.099/95 –, a Lei 11.343/06 nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com

respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.¹¹

Aplicam-se ainda às criminalizadas condutas relacionadas à produção e ao comércio das drogas ilícitas os dispositivos constantes de outras leis especiais, a exemplo da Lei nº 8.072/1990 que, dispondo sobre os crimes hediondos, inclui o tráfico como figura equiparada¹², marcando, segundo Maria Lúcia Karam, “o início da edição de leis de emergência ou de exceção após a redemocratização do Brasil.”¹³

Somando-se à normatização interna, o Brasil é signatário de três convenções das Nações Unidas sobre o controle de drogas, complementares entre si: a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988)¹⁴. A principal proposta das duas primeiras é sistematizar as medidas de controle internacional com o objetivo de assegurar a disponibilidade de drogas narcóticas e substâncias psicotrópicas para uso médico e científico, e prevenir sua distribuição por meios ilícitos. Ademais, os aludidos diplomas internacionais também incluem medidas gerais sobre o tráfico e o abuso de drogas, servindo de parâmetro às nações subscritoras.

A política pública brasileira sobre drogas é comandada pela Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas - Senad, criada pela Medida Provisória nº 1669/1998 e posteriormente transferida para a estrutura do Ministério da Justiça pelo Decreto nº 7.426/ 2011, assim como o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD e a gestão do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD¹⁵.

Não há dúvidas, contudo, de que as políticas repressivas de combate às drogas adotadas nas últimas décadas vem produzindo resultados contrários ao que delas se esperam, apontando para prejuízos e consequências mais graves e negativas do que o próprio efeito nocivo dos entorpecentes.

Com efeito, o Brasil possui um enorme custo social e econômico decorrente da violência associada ao combate ao tráfico de

drogas, e a estratégia focada na repressão acarreta no aumento da corrupção, da marginalização da juventude das periferias, na violação de muitos direitos e no crescimento da população carcerária de baixo potencial ofensivo¹⁶. Conforme leciona Maria Lúcia Karam,

[...] A alegada negatividade da produção, da distribuição e do consumo das drogas etiquetadas de ilícitas não só permanece sendo uma das principais fontes de busca de legitimação e de alimentação do agigantado poder punitivo, como, frequentemente, tais atividades são associadas aos demais fenômenos (reais ou imaginários) acenados para operar essa legitimação.¹⁷

Os últimos números publicados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, de dezembro de 2014, informam que o país já ultrapassou a marca de 622 mil pessoas privadas de liberdade em estabelecimentos penais, chegando a uma taxa de mais de 300 presos para cada 100 mil habitantes. Com esse contingente, o país é a quarta nação com maior número absoluto de presos no mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia.¹⁸

A lei de drogas é apontada como principal motor desse crescimento. De acordo com o mesmo relatório, a posição destacada do Brasil na lista dos maiores países encarceradores é fruto do elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas, em especial dos presos provisórios e das prisões relacionadas ao tráfico de drogas, principal motivo, também, do encarceramento de mulheres, que registrou um aumento de mais de 567% (quinhentos e sessenta e sete por cento) nos últimos quinze anos. Ao apontar a natureza dos crimes cometidos por pessoas condenadas em privação de liberdade, o relatório menciona que

Se considerarmos os tipos penais propriamente ditos, temos que os crimes de roubo e tráfico de entorpecentes respondem, sozinhos, por mais de 50% das sentenças das pessoas condenadas atualmente na prisão. É importante apontar o grande número de pessoas presas por crimes não violentos, a começar pela expressiva participação de crimes de tráfico de drogas - categoria apontada como muito provavelmente a principal responsável pelo aumento exponencial das taxas de encarcera-

mento no país e que compõe o maior número de pessoas presas.¹⁹

Ainda que com certa resistência, o reconhecimento de que a “guerra às drogas” fracassou, como demonstrado, vem sendo incorporado dentro das instituições de poder, em âmbito estrangeiro e nacional²⁰. O jurista Luís Carlos Valois²¹, contudo, ressalta com muita propriedade que “a principal dificuldade está mesmo na mudança de pensamento, na quebra do padrão punitivista encarcerador que se espalhou em todos os níveis sociais, independentemente do pensamento político.”

A partir do insucesso da política criminal sobre drogas adotada no Brasil, pois, prima-se questionar a estratégia repressiva para, enfim, buscar meios alternativos de solução para esses conflitos, indo além da resposta criminalizadora para regular de forma eficaz a distribuição e o uso de substâncias entorpecentes ilícitas.

2.1. O TRATAMENTO DADO AO USUÁRIO FRENTE À NOVA LEGISLAÇÃO

Conforme explanado anteriormente, a legislação referente a drogas no ordenamento pátrio, a partir da revogada Lei nº 6.368/1976, resulta da chamada “ideologia da diferenciação”, que se traduz na separação das condutas previstas para traficantes e usuários, a partir do elemento subjetivo. Orlando Zaccone²² destaca que, se inicialmente a distinção estava traduzida no rigor das penas (reclusão ao primeiro, detenção ao segundo), com o passar dos anos a resposta penal às condutas definidas para cada agente vem aumentando, considerando-se aquele que comercializa drogas ilícitas como autor de conduta equiparada a crime hediondo, ao passo que o consumidor não mais se sujeita à pena privativa de liberdade.

A Lei nº 11.343/2006, nada obstante mantenha a política proibicionista, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, com finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com “a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas” (artigo 3º, I), e que adota como um de seus princípios o

respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade (artigo 4º, I).

Na mesma linha, o artigo 19 da Lei elenca os princípios e diretrizes a serem observados quando das atividades destinadas a usuários e dependentes de drogas, destacando-se, para os fins deste trabalho, os incisos II e VI, sobre a realização de atividades de prevenção que evitem o preconceito e a estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam, e que reconheçam o “não uso”, o “retardamento do uso” e a redução de riscos como resultados desejáveis. Por sua vez, o artigo 20 dispõe que “Constituem atividades de atenção ao usuário e dependente de drogas e respectivos familiares [...] aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e à redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas.”

O caráter preventivo que se pretende dar ao tratamento do usuário/dependente é reforçado, também, diante da postura legislativa de colocar o crime de porte de droga para consumo dentro do Título III do diploma normativo em vigor, destinado às atividades de prevenção, atenção e reinserção dos consumidores de drogas ilícitas²³. Somando-se as condutas elencadas no *caput* e parágrafo primeiro do artigo 28, contudo, há que se notar um considerável aumento nas hipóteses de incidência típica, que passam a totalizar um número de oito: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, semear, cultivar e colher.

De acordo com o dispositivo em comento,

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

Como se vê, a atual legislação promoveu a descarcerização do delito de porte de droga para consumo pessoal, de maneira que ao usuário, mesmo reincidente, não serão aplicadas medidas de privação à liberdade. A bem da verdade, neste particular, considerando que o revogado artigo 16 da Lei nº 6.368/1976 cominava pena de detenção, de seis meses a dois anos, àquele que viesse a “Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, então a utilização de soluções despenalizadoras ao usuário já era realidade na legislação brasileira, ante a aplicabilidade dos institutos previstos na Lei nº 9.099/1995.

Destarte, em virtude de não constar, entre as sanções previstas para as condutas referidas no artigo 28 retro, pena privativa de liberdade, levantou-se no Supremo Tribunal Federal Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 430.105, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, relativa à eventual extinção da punibilidade do fato. Naquela oportunidade, assentou a Corte, entretanto, que a supressão da sanção de detenção ou reclusão para as condutas relacionadas à posse de drogas para uso pessoal não desfigura a natureza penal das figuras ali tipificadas.²⁴

Grande discussão existe, outrossim, em torno da ausência de critérios bem estabelecidos para a distinção entre consumidores e ditos traficantes. O artigo 28, em seu §2º, menciona somente que a definição sobre se a droga destinava-se a consumo pessoal deve considerar a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente, o que evidentemente denota grande subjetividade e não impede que, na prática, os usuários flagrados na posse de drogas fiquem sujeitos ao arbítrio policial – e, após, também ao arbítrio judicial –, pela alta generalização dos critérios elencados com vistas a determinar o “especial fim de agir” do indivíduo.

Estudos sobre o perfil das pessoas encarceradas por tráfico no Brasil mostram que, na maioria dos casos, os agentes foram presos em flagrante e, de acordo com os indicativos levados em consideração pelo legislador, poderiam ser facilmente enquadrados como meros usuários de drogas. A título exemplificativo, importante re-

latório elaborado pelo Observatório de Prática Penal da Escola Superior da Defensoria Pública da Bahia, divulgado em fevereiro de 2014, aponta que a maior parte dos presos por suposta prática do crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 era muito jovem (54,84% tinham menos de 25 anos), portava pequena quantidade de um único tipo de droga (72,59%) e estava desarmada no momento da prisão (96,77%).²⁵

Por todas as questões suscitadas, cada vez mais forte tem sido a pauta pela descriminalização da posse de droga para consumo pessoal, bem assim a adoção de critérios que orientem a distinção entre quais condutas estão relacionadas ao uso e quais estão relacionadas ao tráfico de substâncias ilícitas.

A insistência na política proibicionista, especialmente neste particular, revelou-se um impeditivo ao investimento em prevenção, redução de danos e tratamentos eficazes e à busca por esses serviços por parte de usuários, além de contribuir para a estigmatização e etiquetamento do consumidor, ainda que afastada a pena privativa de liberdade. Isso porque,

En la medida que el consumo de drogas está penalizado o estigmatizado, las poblaciones más vulnerables al consumo problemático se ven inhibidas de recurrir a la información oportuna, a los servicios de salud pública y, en general, a los programas de prevención y tratamiento. La prohibición oscurece la realidad de la drogodependencia de cara a la comunidad y a los servicios correspondientes, en lugar de hacerla más transparente y, con ello, susceptible de abordaje oportuno para evitar mayor deterioro personal, familiar y comunitario. Por ende, el consumo de drogas podría considerarse tanto una consecuencia como una causa de la exclusión social. Este consumo puede provocar, por un lado, un deterioro considerable de las condiciones de vida. Por otra parte, los procesos de marginación social pueden constituir un elemento determinante para el consumo problemático de drogas.

Como parte del mismo proceso de exclusión, las representaciones sociales tienden a considerar al usuario problemático de drogas como una suerte de “minusválido” o de “desviado” social, generalmente asociado a delincuencia, violencia, peligrosidad y amenaza para la sociedad. Por ello el usuario problemático de drogas es excluido de los espacios cotidianos, de los

espacios socio-afectivos, de los espacios de integración social y, en múltiples ocasiones, incluso de los mismos programas de tratamiento para su propia dependencia. Esta exclusión dificulta las perspectivas de resiliencia y reintegración social. El estigma del drogadicto o de quien tiene antecedentes penales por consumo o tráfico de drogas opera negativamente sobre las opciones de acceso al empleo legal y de permanencia en el mismo y a diferentes servicios sociales y beneficios públicos. La sociedad reacciona de manera refractaria ante estas personas y tiende a discriminarlas y cerrarles las puertas de inclusión, a pesar de su voluntad de rehabilitarse. El resultado final es un porcentaje importante de recaídas y reingresos, lo que limita en gran medida las posibilidades de superación de los problemas de adicciones y reduce sustancialmente la eficacia de la inversión, aún pequeña, que se realiza en el ámbito de tratamiento.²⁶

Em sentido semelhante, sobre as marcas negativas que a sociedade ainda relega a usuários de drogas ilícitas, na contramão das políticas descriminalizadoras que vem sendo adotadas em inúmeros países,

Informações simplistas e distorcidas pela mídia e pelas instituições interessadas na manutenção do pânico social fazem as pessoas acreditarem que a maior responsabilidade pelo visceral aumento da criminalidade tem no usuário um dos seus maiores vilões. É uma ingenuidade, para não afirmar algo mais forte, buscar no consumidor de droga a significativa origem dos problemas sociais que redundam na violência criminal. Repete-se a todo momento que se não houvesse o usuário o tráfico não seria alimentado. [...] Ora, esta é uma forma que transfere o problema da esfera social para a individual, em mais uma faceta dos interesses neoliberais, privilegiando e respaldando o indivíduo em detrimento dos interesses coletivos. Mas, é preciso pensar por que não são focalizadas as inúmeras violências reais e simbólicas a que o ser humano está sujeito neste mundo. Porque se opta sempre pela solução mais à mão que, no final das contas, coisifica o ser humano. O cerne da questão é muito mais complexo. Recrimina-se o tráfico na favela, deixando banalizada a indagação essencial, qual seja, que mundo é este em que favelas (no sentido mais tradicional) existem? Recrimina-se

o usuário incentivador do tráfico e banaliza-se a fundamental questão de se perquirir e se enfrentar seriamente os múltiplos motivos de cunho social e estatal que fazem o tráfico florescer.²⁷

O debate chegou até o Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 635.659, em que se alega a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988²⁸. Sustenta-se, em síntese, que o dispositivo constitucional referido protege as escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não ofensivas a terceiros, e que, portanto, a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio não se reveste de lesividade apta a justificar a incidência do Direito Penal, compreendido como *ultima ratio*.

O voto do relator, Ministro Gilmar Mendes²⁹, promove a análise da norma impugnada à luz do princípio da proporcionalidade, mediante exame de sua adequação e necessidade, afirmando que “[...] a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção à saúde e à reinserção social, circunstância a denotar clara incongruência em todo o sistema”. Ao final, no que toca à descriminalização, o eminente julgador entendeu pela inconstitucionalidade, sem redução de texto, do artigo 28 da Lei de Drogas, de forma a dele afastar qualquer efeito de natureza penal, mantendo, todavia, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa.

Ao pronunciamento do relator seguiram-se os votos dos Ministros Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, que, apesar de acompanharem o Ministro Gilmar Mendes, divergiram sobre a extensão da decisão, a qual somente deveria atingir os casos de quem *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal*, maconha. Após pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, o julgamento foi suspenso, permanecendo nesta condição até a elaboração do presente trabalho.

Ante todo o exposto, verifica-se que os resultados da “guerra às drogas” são catastróficos para as pessoas que, no discurso ofi-

cial, se pretende acolher, sem qualquer ganho visível no pretenso objetivo de prevenir o uso indevido, atentar e reinserir socialmente usuários e dependentes de drogas³⁰. Não por outro motivo, constata-se a emergente busca por alternativas ao proibicionismo e a reversão de seus efeitos colaterais, bem como, mesmo nas legislações que optam pela criminalização – a exemplo do Brasil, ao menos até os dias atuais –, há uma clara tendência de destinar ao tipo de posse para consumo a aplicação de sanções e resoluções diversas da prisão.

2.2. A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

O Direito Penal, como reação mais forte do Estado contra o cidadão, deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando tal desiderato puder ser obtido por outros meios, os quais serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais³¹. Nesta linha, para que um bem jurídico possa ser considerado, em sentido político criminal, como bem jurídico-penal, seu valor social deve estar em consonância com a gravidade das conseqüências próprias daquele ramo do direito, o que significa dizer, noutros termos, que tal bem deva ser considerado fundamental para o indivíduo e a sociedade³².

Conforme doutrina mais tradicional, o bem jurídico imediato tutelado pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 é a saúde pública, ao passo que, mediamente, seriam protegidas a vida, a integridade física e a saúde física e psíquica dos usuários³³. A questão, entretanto, está muito longe de ser pacificada, havendo contundentes posicionamentos em sentido diverso.

Juan Bustos Ramírez³⁴ aponta para a evidente contradição no discurso oficial acerca do bem jurídico uma vez que, sendo todas as drogas nocivas para a saúde, inexistente justificativa para que algumas tenham seu consumo e produção, se não estimulados, ao menos permitidos pelo Estado. Ademais, tampouco as drogas tidas por ilícitas aparecem como aquelas revestidas de maior danosidade social, sendo notórios os problemas decorrentes do uso abusivo de álcool e tabaco, ambas drogas legalizadas.

O Delegado de Polícia Civil Orlando Zaccone vai além, afir-

mando que “A atual política criminal da chamada ‘guerra contra as drogas’ evidentemente ofende mais a saúde pública que a própria circulação destas substâncias”³⁵, fazendo referência à violência empregada no combate ao narcotráfico, que atinge níveis de homicídios em índices alarmantes. No mesmo sentido,

[...] a identificação de bens jurídicos sob a chancela do interesse público (*v.g.* saúde pública) estabelece espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela. No caso das drogas, sob a justificativa da tutela da saúde pública, inúmeros danos à saúde e à autonomia e à liberdade de pessoas *de carne e osso* (Ferrajoli) são cometidos. Esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal.³⁶

Também o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do mencionado Recurso Extraordinário nº 635.659, afastou a saúde pública como bem jurídico protegido pelo artigo 28 da Lei de Drogas, entendendo que a conduta causaria danos apenas à própria pessoa que faz uso do entorpecente. Destacou que haveria, então, de um lado, “o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação”.

Nesta situação de aparente conflito de direitos fundamentais, o relator concluiu que os conceitos de saúde pública e de segurança pública apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas à posse de drogas para uso exclusivamente pessoal, apontando que a intervenção com a criminalização não se mostra necessária, afetando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Mesmo antes do julgamento definitivo do caso levado ao Supremo Tribunal Federal, todavia, várias decisões em primeira instância já se orientam no sentido da inaplicabilidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, comumente pautadas na questão do bem jurídico tutelado pela norma. Dentre as mais recentes, destacamos o posicionamento do Juiz de Direito Mauricio Fabiano Mortari, que rejei-

tou denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina nos autos da Ação Penal n. 0003070-29.2015.8.24.0075 por ausência de justa causa, tendo considerado atípica a conduta de consumo de drogas para uso pessoal.

De acordo com a decisão, que ressalta também a seletividade da repressão, e se utiliza de argumentos lançados em precedente anterior³⁷,

[...] o único verdadeiramente lesado pelo uso continuado das drogas – sejam elas lícitas ou ilícitas – é o próprio usuário, ideia que traz à tona outra vertente importante para sustentar a atipicidade da conduta. É a aplicação do princípio da alteridade, pois aqui a lei pune conduta absolutamente inofensiva a direito de terceiros – uma vez que se afaste a lesão abstrata à saúde pública – e, por via transversa, também atenta contra o direito inalienável da liberdade, ou seja, o direito que cada um tem de conduzir sua existência da forma que melhor lhe convir desde que não sejam atingidos direitos alheios.³⁸

Aliados aos argumentos decorrentes do princípio da lesividade, da autonomia individual e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, Luigi Ferrajoli reflete sobre os custos individuais da política repressiva, pontuando que o principal efeito da lei penal sobre os toxicodependentes é levá-los a “esconder sua condição, refutar o contato com aqueles que poderiam ajudá-lo, mas também denunciá-lo, e com os serviços de assistência pública, e, sobretudo, a integrar-se cada vez mais no mundo da droga por força de sua maior dependência do mercado ilegal.”³⁹

Partindo de outro viés, Raul Cervini, citado por Ana Maria Pereira de Souza⁴⁰, sustenta a ideia de 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 pretensa tutela da saúde pública.

O afastamento de qualquer ofensa a direitos de terceiros,

como se percebe, remete ao discurso utilizado na defesa da descriminalização das condutas atribuídas a usuários/dependentes, dentro da perspectiva de que o Direito Penal se revela inapto a resolver os conflitos, além de impedir que outras instâncias de controle social possam atuar de forma efetiva. A política repressiva, com efeito, para além de exigir a destinação de vultosas quantias que poderiam ser melhor investidas em programas de recuperação e reinserção social de dependentes, promove a estigmatização do consumidor de drogas, não raro demovendo-o do desejo de buscar auxílio médico e psicológico.

Nada obstante, ainda que se entenda a alternativa da descriminalização como a mais harmônica com as políticas de redução de danos, partindo da atual realidade brasileira, onde a posse de drogas para consumo ainda é tipificada e ocasiona a aplicação de sanções ao usuário, necessário perquirir sobre mecanismos alternativos de menor ofensividade na esfera pessoal do consumidor/dependente, de modo a ver prevalecer formas de prevenção ao uso abusivo em detrimento de modelos repressivos.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL

No intuito de focalizar a atenção no consumidor/dependente, existem no Brasil diversas iniciativas que lidam com a prevenção, a redução de danos, o tratamento, a reinserção social ou a articulação política em torno do debate e mudanças na legislação pátria sobre drogas ilícitas⁴¹. Neste sentido, faz-se necessário realizar um aprofundado debate sobre os novos rumos que devemos buscar, a fim de superarmos tanto os problemas decorrentes do uso e do abuso de entorpecentes, quanto os problemas gerados pelos impactos negativos de nossa política de drogas atual.

Corroborando-se, diante destas premissas, a utilização da Justiça Restaurativa como alternativa para lidar com a questão discutida no presente trabalho, notadamente diante do multicitado fracasso da justiça penal retributiva.

Buscando uma nova ótica conceitual, a Justiça Restaurativa, como forma de resolução de conflitos, consiste em um paradigma não punitivo, baseado em valores, que tem como principal obje-

tivo a reparação dos danos oriundos do delito causados às partes envolvidas – vítima, ofensor e comunidade – e, quando possível, a reconstrução das relações rompidas. De acordo com Rafaela Alban Cruz, a Justiça Restaurativa “propõe reconstruir a noção de crime, especificando que este é mais que uma transgressão de uma norma jurídica ou uma violação contra o Estado; é, também, um evento causador de prejuízos e consequências.”⁴²

De inspiração anglo-saxônica, a Justiça Restaurativa tem origem nos modelos de organização social das comunidades pré-estatais, européias e nas coletividades nativas, que privilegiavam as práticas de regulamentação social voltadas aos interesses coletivos sobre os interesses individuais. A sua implementação nas sociedades ocidentais centra-se nas tradições indígenas do Canadá, dos Estados Unidos e da Nova Zelândia, destacando-se, ademais, que a Irlanda é um país pioneiro no emprego dos procedimentos restaurativos, especificadamente no que versa a resolução de conflitos juvenis⁴³.

Acerca das distintas intervenções perpetradas pelo modelo restaurativo e o modelo penal tradicional, temos que

[...] a justiça restaurativa e a justiça penal não devem ver-se enquanto modelos mutuamente excludentes de reação ao delito. Pelo contrário, pode afirmar-se uma certa *complementariedade*, comprovada pelas vantagens que para cada um dos modelos resultam da existência do outro. Em resumo apertado: se as práticas restaurativas contribuem para o pretendido caráter mais residual da resposta punitiva estatal, favorecendo-a nessa medida; a justiça penal dá uma resposta ao conflito naquelas que seriam hipóteses mais problemáticas para a justiça restaurativa, mantendo-a dentro daqueles que devem ser seus limites⁴⁴.

Trata-se, com efeito, de um processo multidisciplinar que busca a resolução do conflito suscitado entre as partes, de modo não intervencionista e não formal, a fim de evitar a estigmatização oriunda da justiça penal. São características próprias do procedimento restaurativo, entre outras: voluntariedade, no sentido de que a participação envolve um interesse sério e uma vontade livre,

esclarecida, atual acerca dos direitos, da natureza do processo e das consequências possíveis; possibilidade de resolução da lide por meio das próprias partes; redução de processos nos tribunais; restauração das relações; restabelecimento do convívio do agente no seio social; revalorização, transformação, restabelecimento da paz e, sobretudo, tratamento humano concedido aos envolvidos no conflito⁴⁵.

A fim de realizar um panorama genérico sobre Justiça Restaurativa, vale ressaltar a seguinte passagem de Leonardo Sica:

Como se propõe a alteração de paradigma, importa redefinir a noção de comportamento criminal. O ponto de partida para o novo é a inversão do objeto. Assim, o objeto da justiça restaurativa (e do saber que se pretende construir ao seu redor) não é o crime em si, considerado como fato bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Na justiça penal como já foi dito, o crime (objeto) é uma infração da norma penal e contra o Estado, reconhecido com ofensa do indivíduo contra o Estado; na restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano a outra pessoa ou à comunidade (dano não necessariamente material), reconhecido na sua dimensão racional (tanto na relação entre as pessoas, como na relação destas com as instituições e as normas) e como um conflito interpessoal, logo, é reconhecido o próprio valor do conflito (BERISTAIN, 2000) como elemento caro à evolução e compreensão das inter-relações sociais⁴⁶.

Para a discussão que ora se busca travar e diante dos comentários postos nos tópicos anteriores, importante mencionar brevemente, ainda, a questão relativa à aplicabilidade da Justiça Restaurativa aos chamados “crimes sem vítima”, a qual envolve duas questões básicas: em primeiro plano, o cabimento, ou não, de programas restaurativos quando cometido um crime do qual não resultam vítima concretamente identificáveis e que compreendam a sua vitimização; em segundo lugar, acaso afirmativa a resposta antecedente, a identificação de quem participará de tais iniciativas⁴⁷. Para Manuel da Costa Andrade, citado por Cláudia Cruz, nesta ca-

tegoria estariam os chamados crimes de *willing victim*, equiparados aos crimes sem vítima em sentido estrito, a exemplo do consumo de droga⁴⁸.

Retomando o tema deste estudo, observa-se que, desde as primeiras restrições, o tratamento legal dispensado às drogas passou por diversas transformações em todo o mundo. Na experiência brasileira, a Lei nº 11.343/2006, mesmo mantendo em suas bases a política proibicionista, trouxe novas abordagens ao usuário/dependente de drogas, visando estabelecer a proteção e reinserção social destes atores sociais⁴⁹.

Entretanto, as alternativas penais aplicadas ao usuário no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, ainda que não constituam medidas restritivas de sua liberdade, são sanções que, de todo modo, culminam no etiquetamento do agente, porquanto ainda submetido ao paradigma tradicional, calcado na punição do suposto mal causado pelo crime. Outrossim, a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/1995, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo, na prática dificilmente levam em conta o paradigma restaurador, preocupando-se apenas com o cumprimento do benefício concedido.

Desse modo, consoante demonstrando, a política criminal de drogas aplicada no Brasil não consegue alcançar os seus objetivos de “atenção e reinserção social do usuário”, como declarado no texto legal. E, ciente de tal constatação, sustenta-se a necessidade de pensar a aplicação da Justiça Restaurativa como meio de resolver a questão do usuário/dependente de drogas ilícitas.

As práticas restaurativas enfraquecem o processo de exclusão dos indivíduos ao possibilitarem a humanização e a pacificação das relações envolvidas em um conflito, eis que, ao contrário da justiça penal, não buscam a mera resposta punitiva aos transgressores, mas propõem um processo colaborativo entre todas as partes envolvidas no fato delituoso. Voltado especificamente para indivíduos enquadrados no tipo penal de porte de droga para consumo pessoal, este modelo busca evitar o etiquetamento e estigmatização dos agentes enquanto não se opera a esperada descriminalização da conduta, que já é realidade em diversas nações e, entre nós, constitui objeto de julgamento atualmente em curso no Supremo Tribunal Federal.

No caso em tela, a questão reside, em grande medida, justamente na discussão acerca de qual seria a lesão a bem jurídico alheio promovido pelo consumo pessoal de substâncias entorpecentes ilícitas, inclusive porque tão definição se revela imprescindível na escolha de qual prática restaurativa seria a mais indicada, assim como quem seriam as pessoas envolvidas.

Como visto, a indicação da saúde pública como valor que se pretende tutelar pela criminalização do uso de drogas produz acirrado debate, sobretudo na doutrina, na medida em que a destinação pessoal da substância não se compatibilizaria com o perigo para interesses jurídicos de terceiros. Tampouco a argumentação no sentido de que a punição do consumo visa a atingir futura eliminação do tráfico de drogas, por ausência de clientela, retira a coletividade do centro do debate, em detrimento do próprio usuário/dependente.

Numa primeira análise, o entendimento em lume, por considerar que a única vítima do uso de drogas, se houver (tendo em vista que, segundo estudos, apenas 10 a 20% dos usuários se torna, efetivamente, viciado, ao passo que a esmagadora maioria consegue compatibilizar o consumo de substâncias entorpecentes com as atividades comuns do cotidiano⁵⁰), seria o próprio agente, parece tornar inviável a utilização da Justiça Restaurativa.

Entretanto, a ausência de vítimas imediatas não exclui a possibilidade de serem atingidos, ainda que mediatamente, pessoas do círculo familiar e afetivo do usuário/dependente, os quais poderiam integrar, pois, círculos restaurativos com aquele. Não raro, cumpre frisar, o consumo de substâncias entorpecentes, especialmente quando de modo abusivo, está associado ao enfraquecimento ou ausência de vínculos interpessoais, de modo que, também por este aspecto, a Justiça Restaurativa serviria ao restabelecimento dos laços eventualmente rompidos, atuando na perspectiva de reinserção do agente.

Noutro giro, ainda que admitida a saúde pública como bem jurídico alvo da tutela promovida pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, como leciona parte da doutrina e da jurisprudência, entendemos de igual modo pelo cabimento da Justiça Restaurativa. Isso porque, como ressalta a doutrina, mesmo nos casos em que a infração atingir interesses supraindividuais ou coletivos, haverá um ou mais

indivíduos “particularmente ofendidos” pela conduta e, nessa medida, intervenientes em um conflito de natureza intersubjetiva com o agente⁵¹.

Maria Pílar Sánchez Álvarez ⁵², destacando que a vítima do crime de porte de drogas seria a sociedade como um todo, defende que, em um procedimento restaurativo, caberia a utilização de vítimas simbólicas, como a genitora do usuário ou outros familiares. Neste caso, contudo, acrescentamos que a presença de membro do Ministério Público seria necessária para promover a representação da comunidade.

Em semelhante sentido, mas optando pela mediação como método mais apropriado à hipótese,

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 uso⁵³.

Destarte, diante do cenário de ineficácia do sistema penal tradicional no que tange às questões relacionadas ao consumo de dro-

gas ilícitas, é preciso aumentar os espaços de utilização da Justiça Restaurativa, posto que tal proposta se apresenta em consonância com o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e os objetivos declarados (mas não cumpridos) da política criminal voltada a usuários/dependentes, na medida em que tenta estabelecer novo olhar sobre o indivíduo, afastando sua estigmatização e reforçando a dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ainda não contar com uma política nacional que rompa com o ultrapassado paradigma da proibição e da repressão como estratégias prioritárias, o que vem ocorrendo em diversos países com resultados importantes, o Brasil empreendeu mudanças na legislação penal aplicada às drogas, abrindo precedente para a inserção de novos modelos de atuação.

Com efeito, a desencarcerização do usuário/dependente, aliada à instituição de um Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, possuindo entre suas finalidades a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de consumidores de entorpecentes, denota um avanço no tratamento, no sentido de perceber que a questão do uso de drogas requer abordagem diversa da mera aplicação de uma sanção.

As medidas alternativas oferecidas pela Lei nº 11.343/2006, todavia, embora constituam métodos de resolução de conflitos, de forma a atenuar a reprimenda estatal, não devem ser entendidas como instrumentos restaurativos, na medida em que ainda estão submetidos ao propósito eminentemente retributivo do sistema penal tradicional, contribuindo, pois, para a estigmatização do agente.

Ao passo que se admite a ineficácia do sistema penal vigente frente às demandas hodiernas, mormente no que diz respeito aos usuários de drogas, e embora se entenda a alternativa da descriminalização como a mais harmônica com as políticas de redução de danos, na atual realidade brasileira é necessário buscar mecanismos alternativos que tanto menos ofendam os direitos individuais do consumidor/dependente.

Nesta linha intelectual, visualiza-se a viabilidade de aplicar a

Justiça Restaurativa como modelo de solução de conflitos tendente a reverter ou, ao menos, minimizar as consequências dos paradigmas adotados nas últimas décadas, ao retirar as rotulações dos atores sociais envolvidos e buscar a reinserção destes ao núcleo social.

REFERÊNCIAS

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas**: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. **Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998**. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. Presidência da República. Poder Legislativo. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cvivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

CAMPOS, Marcelo de Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Edição Especial Drogas**, outubro/2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 17 out. 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. **Tribunal Virtual IBCCRIM**, ano 1, ed. 2, março de 2013.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DIEL, Aline Ferreira da Silva; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A política criminal de drogas como expressão máxima do controle social

e punitivismo do sistema penal contemporâneo. **Anais do Salão de Pesquisa da Faculdade EST**. São Leopoldo: EST, v. 13, 2014. Disponível em: <anais.est.edu.br/index.php/salao/article/download/405/183>. Acesso em: 18 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

INSTITUTO IGARAPÉ. Políticas de drogas no Brasil: a mudança já começou. **Artigo estratégico 16**, março de 2015. Disponível em: <<https://igarape.org.br/politicas-de-drogas-no-brasil-a-mudanca-ja-comecou/>>. Acesso em: 15 out. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. **Law Enforcement Against Prohibition – LEAP Brasil**, abril 2010. Disponível em: <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/drogas_legisla%C3%A7%C3%A3o_brasileira_e_viola%C3%A7%C3%B5es_a_direitos_fundamentais.html>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. **Proibições, riscos, danos e enganos**: as drogas tornadas ilícitas. Escritos sobre a liberdade, v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**, de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Secretaría general. **El problema de las drogas en las Américas**. Washington, 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/documentos/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMÍREZ, Juan Bastos. **Coca-cocaína**: entre el derecho y la guerra. Segunda edición. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. **O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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.** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, novembro/2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/18191>>. Acesso em: 18 out. 2016.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** São Paulo: Método, 2008.

NOTAS

1. Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia, FESMIP. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito - FFD. Especialização em Processo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. Possui curso Aperfeiçoamento em Ciências Criminais e Dogmática Penal Alemã pela Georg-August Universität Göttingen, GAUG - Alemanha. Promotora do Ministério Público Militar da União. Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). Parecerista técnico do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Conselho Científico

do Boletim da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público Militar. Membro do Conselho Editorial da Revista do CEPEJ. Membro do Colegiado do Programa da Pós-Graduação em Direito PPGD/UFBA. Parecerista do Corpo de Especialistas da Editora da Universidade Federal da Bahia (EDUFBA). Integrante do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Parecerista da Revista Brasileira de Direito. Parecerista da Revista de Estudos Empíricos em Direito. Parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais. Possui experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Penal e Direito Penal Militar.

2. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – Salvador/BA. Advogada. E-mail: camilarhernandes@gmail.com
3. Notadamente em seu Livro V, Título LXXXIX (“que ninguém tenha em casa rozalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”).
4. Para um resgate histórico mais completo acerca da criminalização das drogas na legislação brasileira, vide: CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57 e ss.
5. CARVALHO, ob.cit, p. 60-61.
6. Vide capítulo II da Lei, disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 out. 2016.
7. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.
8. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

9. BRASIL. Presidência da República. Poder Legislativo. Lei n. 11.3434, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.
10. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saude-legis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 15 out. 2016.
11. CARVALHO, ob. cit, p. 141.
12. Vide artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.
13. KARAM, Maria Lúcia. Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais. Law Enforcement Against Prohibition – LEAP Brasil, abril 2010. Disponível em: <http://www.observasmj.uff.br/psm/uploads/drogas_legisla%C3%A7%C3%A3o_brasileira_e_viola%C3%A7%C3%B5es_a_direitos_fundamentais.html>. Acesso em: 15 out. 2016.
14. Os textos originais das três convenções, com as respectivas traduções, estão disponíveis no sítio eletrônico do United Nations Office on Drugs and Crime – UNPDC: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.
15. Para maiores informações sobre o Senado, sua composição e competências, vide: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/copy_of_Politicas-sobre-Drogas>. Acesso em: 16 out. 2016.
16. INSTITUTO IGARAPÉ. Políticas de drogas no Brasil: a mudança já começou. Artigo estratégico 16, março de 2015, p. 1-2. Disponível em: <<https://igarape.org.br/politicas-de-drogas-no-brasil-a-mudanca-ja-comecou/>>. Acesso em: 15 out. 2016.
17. KARAM, Maria Lúcia. Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. Escritos sobre a liberdade, v. 3. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.
18. Os relatórios do Infopen, de 2000 a 2014, estão disponíveis em:

- <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em: 16 out. 2016.
19. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, de dezembro de 2014, p. 33. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.
 20. Destacamos como exemplo a Law Enforcement Against Prohibition – LEAP, criada em 2002 e formada por integrantes das forças policiais e da justiça criminal (na ativa e aposentados) que falam claramente sobre a falência das atuais políticas de drogas. No Brasil, a LEAP “advoga a eliminação da política de proibição das drogas e a introdução de uma política alternativa de controle e regulação”, conforme informações que podem ser acessadas em: <<http://www.leapbrasil.com.br/>>. Acesso em: 17 out. 2016.
 21. VALOIS, Luís Carlos. O direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 526.
 22. D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 100.
 23. BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. Nova lei de drogas: comentários à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39.
 24. EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1o da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5o, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expres-

são “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1o e 5o), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO/RJ, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 13.2.2007, Primeira Turma, DJ 274.2007).

25. O relatório, em português e em inglês, está disponível em: <<http://idpc.net/publications/2014/04/quarterly-report-on-drug-related-crimes-in-bahia-brazil>>. Acesso em: 17 out. 2016.
26. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Secretaría general. El problema de las drogas en las Américas. Washington, 2013, p. 75-76. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.
27. BIZZOTTO; RODRIGUES, ob. cit, p. 39.
28. Artigo 5º, XX, Constituição Federal/1988 - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
29. O voto, na íntegra, está disponível em: <<http://jota.info/drogas-a-integra-do-voto-do-ministro-gilmar-mendes>>. Acesso em: 17 out. 2016
30. CAMPOS, Marcelo de Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Crimi-

- nais – Edição Especial Drogas, outubro/2012, p. 3. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4738-O-julgamento-do-recurso-extraordinario-635659-pelo-fim-da-guerra-as-drogas>. Acesso em: 17 out. 2016.
31. SANTIAGO, Mir Puig. Direito penal: fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.
 32. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.
 33. Neste sentido, por todos: GOMES, Luiz Flávio (coord.). Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 121.
 34. RAMÍREZ, Juan Bastos. Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1996, p. 91-93.
 35. D'ELIA FILHO, ob. cit. p. 37.
 36. CARVALHO, ob.cit. p. 406-407.
 37. A decisão, em diversas oportunidades, faz referência às alegações formuladas pelo juiz catarinense Alexandre Morais da Rosa ao rejeitar denúncia oferecida nos autos nº 0000010-03.2015.8.24.0090, cuja íntegra se encontra disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/juiz-reconhece-a-nulidade-parcial-sem-reducao-do-texto-do-art-28-da-lei-n-11-34306-nos-casos-de-uso-de-droga-para-consumo-proprio/>>. Acesso em: 17 out. 2016.
 38. A íntegra da decisão está disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/consumo-de-drogas-para-uso-pessoal-nao-e-crime-diz-juiz-em-sentenca/#_ftn1>. Acesso em: 18 out. 2016.
 39. FERRAJOLI apud CARVALHO, ob. cit. p. 241.
 40. CERVINI apud 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. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, novembro/2015, p. 113. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/18191>>. Acesso em: 18 out. 2016.
 41. INSTITUTO IGARAPÉ, 2015, p. 1.

42. CRUZ, Rafaela Alban. Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal. Tribunal Virtual IBCCRIM, ano 1, ed. 2, março de 2013, p. 76.
43. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008.
44. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 587-588.
45. SOUZA, ob. cit. p. 124.
46. SICA, Leonardo. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27-28.
47. SANTOS, ob. cit. p. 594.
48. Idem, ibidem, p. 597.
49. DIEI, Aline Ferreira da Silva; GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A política criminal de drogas como expressão máxima do controle social e punitivismo do sistema penal contemporâneo. Anais do Salão de Pesquisa da Faculdades EST. São Leopoldo: EST, v. 13, 2014, p. 23. Disponível em: <anais.est.edu.br/index.php/salao/article/download/405/183>. Acesso em: 18 out. 2016.
50. Vide, por exemplo, entrevista concedida por Carl Hart, respeitado neurocientista que se dedica ao estudo dos efeitos de substâncias como cocaína e crack em seres humanos: <<http://www.otempo.com.br/interessa/de-80-a-90-dos-usu%C3%A1rios-de-drogas-n%C3%A3o-s%C3%A3o-viciados-1.865602>>. Acesso em: 18 out. 2016.
51. SANTOS, ob. cit. p. 598.
52. ÁLVAREZ apud SOUZA, ob. cit. p. 112.
53. SOUZA, ob. cit. p. 126.