



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Novo Código Penal sob a ótica da Criminologia Crítica

Julianna de Pinho Dória

Rio de Janeiro
2013

JULIANNA DE PINHO DÓRIA

O Novo Código Penal sob a ótica da Criminologia Crítica

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de PósGraduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2013

O NOVO CÓDIGO PENAL SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Julianna de Pinho Dória

Graduada pela Universidade
Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.
Advogada

Resumo: O presente artigo analisa questões relevantes envolvendo a nova redação no Código Penal. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise histórica da criminologia, passando pela evolução da criminologia crítica. Na segunda parte são estudadas as estatísticas do sistema carcerário no Brasil atual. A terceira parte dedica-se ao estudo do Novo Código Penal, propriamente dito, onde se tecem críticas às novas condutas criminalizadas, bem como ao modelo punitivo adotado. A quarta parte é reservada à questão principal do presente trabalho, ou seja, a apresentação de modelos alternativos à justiça retributiva atualmente aplicada, neste capítulo há sugestões e exemplos de punições aplicados em regiões do Brasil, diferentes do modelo clássico de encarceramento.

Palavras-Chave: Novo Código Penal. Justiça Retributiva. Justiça Restaurativa. Modelos alternativos à pena.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos gerais da Criminologia. 1.1. Estudo sobre o Novo Código Penal Brasileiro. 2. Retrato do presídios brasileiros. 2.1. Quem é preso no Brasil?. 3. O Novo Código Penal Brasileiro. 3.1. *Bullying*. 3.2. Redução da pena do crime de furto. 3.3. Aborto. 3.4. Usuário de drogas. 4. Medidas Alternativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto pretende levantar questionamentos acerca do texto presente no projeto de lei do Novo Código Penal. Através de posicionamentos críticos, bem como por meio de dados objetivos, este artigo visa a argumentar as mudanças que tramitam no Senado para a aprovação do Novo Código.

Para tal, se estabelece a necessidade de apresentar um outro modelo de punição, sobretudo com a adoção das chamadas medidas alternativas, como a justiça restaurativa e a justiça terapêutica que têm se mostrado bastante eficazes nos locais em que são aplicadas.

Diante desse panorama, pretende-se contextualizar a nova redação legislativa com a realidade social brasileira a fim de analisar a relação entre a finalidade trazida pelo novo regramento e melhoria da qualidade de vida da população.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica qualitativa, parcialmente exploratória.

1.ASPECTOS GERAIS DA CRIMINOLOGIA

Tradicionalmente, a Criminologia é ciência que se ocupa do estudo dos crimes, do criminoso, das vítimas e controle social dos delitos. O estudo criminológico terá o seu resultado alterado a depender do seu objeto de análise. Cesare Lombroso¹, pioneiramente, em sua obra “L’Uomo Delinquente” (1876), tinha como centro de seu estudo o próprio delinqüente, isto é, acreditava-se no “delinqüente nato”, ou seja, um arquétipo de criminoso que era formado a partir de análises das condutas ilegais praticadas. Rousseau², evoluindo esse entendimento organicista, passou a defender que as condutas agressivas praticadas por um ser humano não se fixavam a ele por questões biológicas, mas sim por influência da própria sociedade. Com esse entendimento, tirou-se do delinqüente o estigma de que “uma vez nascido criminoso, morreria criminoso”.

Atualmente, fala-se no elemento bio-psico-social de estudo, onde se verifica a atuação do delinqüente através de um caráter plurifatorial, com influências biológicas, portanto, internas (como as psicopatologias) e influências externas.

A Criminologia crítica, por sua vez, vai de encontro a toda essa construção, pois o objeto de estudo desloca-se da Criminalidade para a Criminalização e o método aplicado deixa de ser o etiológico, das determinações causais de objetos naturais (internos ou externos)

¹ LOMBROSO, Cesare. *L’Uomo Delinquente*. Milan: Hoepli. 1876.

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.314

e passa a ser o método interacionista e dialético de construção social de crime e da criminalidade. Melhor dizendo, há uma mudança de foco do indivíduo para o sistema de justiça criminal, com inserção social do crime e da criminalidade no contexto da contradição Capital/trabalho assalariado.

A Criminalização, segundo Hassemer³, apresenta-se como uma realidade construída, “mostrando o crime como qualidade atribuída a comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal, que constitui a criminalidade por processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais”.

Assim, a criminologia crítica aparece como uma evolução da criminologia tradicional e muito mais condizente com a realidade social em que se vive, por óbvio, a análise crítica acerca no Projeto do novo Código Penal deve ser feita a partir dessa ótica, consentânea com a realidade brasileira.

1.1 ESTUDO SOBRE O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Como visto, o projeto do novo código penal deve ser estudado sob o olhar crítico da ciência criminológica.

Muitos doutrinadores, dentre eles, Juarez Cirino dos Santos têm tecido críticas pontuais ao projeto do novo código, motivo pelo qual é importante se ater a uma observação mais ampla das mudanças trazidas pela reforma.⁴

Percebe-se, pela simples leitura do projeto de lei, que o novo código traz em si características punitivas bem marcantes. Punitivas, claro, por se tratar de um diploma penal, mas mais punitivas se comparadas com o código vigente (que data de 1941).

³ HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: Verlag C.H. Beck, 1990, p. 60 s.

⁴ O NOVO CÓDIGO PENAL. Palestrante: Juarez Cirino dos Santos . Rio de Janeiro. EMERJ. 2012.

Na introdução deste artigo destacou-se a evolução do pensamento criminológico, aliás, é natural que os processos de coerção ou correção se tornem mais eficazes conforme o homem se aprimora em seu conhecimento, no entanto, parece que o que acontece com a redação do novo diploma penal é justamente o inverso, uma involução.

Convém ressaltar que não há estudo científico capaz de comprovar que o encarceramento de uma pessoa é capaz de ressocializá-la (como pretende o vigente sistema punitivo), muito pelo contrário, a experiência mostra que esse sistema de punição está fadado ao fracasso.

Foucault⁵ atribuía a essa conduta reiterada de insistência em um modelo fracassado o nome de “Isomorfismo Reformista”, marcado por uma eficácia invertida, pois no lugar de reduzir a criminalidade, introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência; já Zaffaroni⁶ diz que “esse modelo legitima a repressão seletiva das camadas sociais inferiores”.

Latente é a intenção do legislador em elaborar um código repressivo, atendendo aos anseios e clamores populares de um país pobre e, talvez por isso, violento. O presente trabalho tem por objetivo exatamente mostrar o papel da miséria, da desigualdade e até da mídia na influência da redação do novo código, ao longo dessa exposição será apresentada a concepção crítica acerca das mudanças trazidas pela reforma, serão mencionados também os pontos positivos e serão dados exemplos de modelos alternativos de “punição” que têm apresentado ótimos resultados em alguns lugares do Brasil.

2. RETRATO DOS PRESIDIOS BRASILEIROS

⁵ FOUCAULT, *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977, p. 239.

⁶ ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 98-109.

Embora o foco deste artigo não seja exatamente o estudo do sistema carcerário nacional, é importante trazer alguns dados estatísticos sobre essa realidade paralela sentida por todos os condenados pelo sistema judicial penal.

Como dito, o projeto do Novo Código Penal visa a criminalizar condutas e majorar algumas penas já previstas no atual Código, ou seja, se o intuito é repreender e facilitar a condenação, nada mais lógico do que analisar as atuais condições do sistema que irá receber esses novos condenados.

Em atual pesquisa realizada pelo CNJ, há um déficit de 168.934 vagas para acolher todos os condenados e, ainda, 196.960 réus aguardam a sua condenação na qualidade de presos provisórios.⁷

Esse quadro demonstra que o atual sistema de presídios não dá conta das condenações decorrentes do atual sistema penal, o que significa dizer que um aumento do número de condenados iria simplesmente causar um colapso nos presídios. Se já é nacionalmente sabido que os presos se submetem a situações degradantes e desumanas, com o aumento do número de condenados essas situações beirariam a uma tortura descomunal.

Parece que a intenção da nova legislação é atender aos anseios populares de punição a todo custo, trata-se de mesquinha política que poderá ter dois desfechos: A piora do sistema carcerário, violando todos os princípios de direitos humanos, com situações aberrantes onde veremos verdadeiros depósitos de presos sem as mínimas condições de ressocialização; ou a própria derrota da nova lei, na medida em que as penas não poderão ser cumpridas por falta das condições mínimas que viabilizem tal objetivo.

Outra observação que merece destaque é o estudo sobre as características que aglutinam a grande massa carcerária do Brasil, pois, como se sabe, o presidiário possui um estereótipo bem definido que já induz a sua condenação. O novo texto reforça essa

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1024&h=768&pular=false>>. Acesso em 10. Abr. 2013.

segregação, na medida em que intensifica a punição dos crimes praticados pelos agentes de classes menos favorecidas enquanto deixam intocáveis outros crimes de natureza grave como os crimes políticos.

2.1 QUEM É PRESO NO BRASIL?

Infelizmente, não é novidade nenhuma a notícia de que a imensa maioria da população carcerária é formada por homens jovens, negros e de classes sociais mais baixas. Esses dados talvez justifiquem o descaso em relação a esse problema, já que quem elabora as leis e quem exige um sistema mais repressivo de condenação estaria de certa forma, “imune” ao encarceramento – não por não cometer crime - mas por ter condições financeiras de arcar com uma defesa que promoverá os infundáveis recursos que não o colocarão atrás das grades.

Juarez Cirino dos Santos, diz que a prisão orienta uma seletividade social em estruturas que remontam a seletividade por meio da lei; a estigmatização do indivíduo e, por fim, a repressão penal por meio do encarceramento.

De fato, a ordem social desigual é assegurada pela seletividade do sistema de justiça criminal nos níveis de definição legal, de aplicação judicial e de execução penal, assim estruturado: a) em primeiro lugar, a definição legal seletiva de bens jurídicos próprios das relações de propriedade e de poder das elites econômicas e políticas dominantes (lei penal); b) em segundo lugar, a estigmatização judicial seletiva de indivíduos das classes sociais subalternas, em especial dos marginalizados do mercado de trabalho (justiça penal); c) em terceiro lugar, a repressão penal seletiva de indivíduos sem utilidade no processo de produção de mais-valia e de reprodução ampliada do capital (prisão).⁸

Assim, verifica-se todo o processo de seletividade que “escolhe” quem será preso. Não é nenhum absurdo afirmar que, embora o modelo punitivo seja dirigido a todos os cidadãos, a efetiva punição recai somente sobre alguns, não só pela presença de um Estado garantidor de relações sociais desiguais, mas também por um modelo processual penal

⁸ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da pena*. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 35.

truncado, onde quem tem melhores condições consegue postergar a sua condenação por longos períodos.

3. O NOVO CODIGO PENAL BRASILEIRO

Feitas as devidas críticas, passa-se ao objeto principal deste estudo, qual seja, a mudança trazida pela reforma operada no novo código penal.

Em um primeiro momento deve-se destacar a ampliação do rol pertencente aos crimes hediondos que passará a incluir em sua lista os crimes de trabalho escravo, racismo, financiamento ao tráfico de drogas, tráfico de pessoas, crimes contra a humanidade, tortura terrorismo (esses últimos já equiparados a crime hediondo na atual redação do artigo 2º, da Lei n. 8072 de 1990.)

Aparentemente, a inclusão desses crimes no novo rol pode parecer benéfica para a sociedade, no entanto, ao analisar profundamente a real intenção do legislador, percebe-se que o objetivo não foi beneficiar a população, mas sim acalmar seus ânimos, pois a ideia de que criminosos desse porte ficarão atrás das grades por mais tempo induz ao pensamento de que a justiça está sendo feita.

No mesmo momento, em que se homenageia o clamor popular, se resguarda a classe socialmente privilegiada. Nesse sentido, o crime de corrupção política que também seria alvo de hediondez, foi rejeitado pela comissão de juristas do senado.

Ora, se a intenção era punir mais gravemente alguns crimes aclamados pela população, por que a seleção passou por um critério que leva em conta quem deve ser ou não punido?

Volta-se à Zaffaroni⁹ que afirma que o sistema tem por finalidade selecionar as camadas menos privilegiadas economicamente, ou melhor dizendo, aumenta-se o tempo de cárcere, inclui novos crimes no modelo hediondo-punitivo, conduzindo a uma sensação de satisfatividade à população, mas não estende esse critério à classe política, ou seja, aquela que mais deveria dar o exemplo.

É nesses moldes que se opera toda a reforma do código, fazendo verdadeiro malabarismo para tentar preservar as classes privilegiadas e reservar a punibilidade aos economicamente pobres.

Além dos exemplos acima mencionados, o aumento da pena para o financiador do tráfico de drogas, também contempla o mesmo raciocínio supra.

O fato notório é que a criminalização de condutas e o aumento de penas, bem como a ampliação do rol de crimes hediondos, não resolve o problema penal. Essas medidas, por si sós, não diminuem os índices de violência do país.

3.1 BULLYING

Voltando a análise do novo código, percebe-se a influência da mídia nas decisões tomadas pela comissão de juristas encarregada da elaboração do novo código penal.

Que o *bullying* é uma das grandes novidades do novo código, isso não se discute. O que é preocupante é saber se será possível enquadrá-lo no seu real conceito.

Por se tratar de tema cuja relevância é internacional (o que justifica a difusão do nome em inglês), o crime de *bullying* ou intimidação vexatória (termo usado pela comissão do CP) encontrou muito espaço na mídia, sendo, inclusive, alvo de inúmeras reportagens e temas de novelas.

⁹ ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 98-109.

De fato, a modalidade mais preocupante é o chamado *bullying* escolar. Nessa modalidade encontram-se histórias trágicas de suicídios e automutilações praticadas por alunos vítimas das intimidações.

Não se questiona a gravidade desses atos, mas não se pode deixar de tecer algumas críticas a esse novo tipo penal.

Em primeiro lugar, todas as estatísticas são fornecidas por um Estado Estrangeiro, os Estados Unidos. No Brasil não há um estudo que comprove a necessidade premente de criar um tipo penal de intimidação vexatória. Ao contrário, a realidade desses dois países é tão diferente que no Brasil o *bullying* acabou se tornando qualquer desavença ou aborrecimento causado a um estudante. Se um professor fala de uma forma mais ríspida ou se um colega de classe faz alguma brincadeira mais grosseira, no Brasil, já é considerada a prática de *bullying*. Pelo menos é assim que pais, alunos, e mídia têm encarado essa questão.

Interpreta-se essa discrepância com a análise de contexto social e cultural do nosso país. Nos EUA, a notícia de massacres em escolas é corriqueira, lá o problema deve ser encarado mais seriamente, pois as taxas de suicídio e homicídios são altas e envolvem as humilhações decorrentes do *bullying*. No Brasil a questão é diferente. Não se afasta a incidência de intimidação vexatória nas escolas, apenas acredita-se que esses casos possam ser resolvidos com a nossa atual legislação penal, como a ameaça, o constrangimento ilegal e a lesão corporal, que já são crimes consagrados no CP atual.

A propósito do tema, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.935/2010, que busca a inclusão do art. 141-A no Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação:

Proposta do Artigo 141-A, do Código Penal:

Intimidar o indivíduo ou o grupo de indivíduos que de forma agressiva, intencional e repetitiva, por motivo torpe, cause dor, angústia ou sofrimento, ofendendo sua dignidade:

Pena – detenção de um mês a seis meses e multa.

O juiz pode deixar de aplicar a pena: I- quando o ofendido, de forma reprovável, provou diretamente a intimidação.

Se a intimidação consiste em violência ou vias de fato, que por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerarem aviltantes:

Pena – detenção de três meses a um ano e multa, al[em da pena correspondente à violência.

Se a intimidação tem a finalidade de atingir a dignidade da vítima ou vítimas pela raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou que seja portadora de deficiência:

Pena – reclusão de dois a quatro anos e multa.

Defina-se por intimidação, atitudes agressivas, intencionais e repetitivas, adotadas por um indivíduo intimidador ou grupo de indivíduos intimidadores contra outro(s) indivíduo(s), sem motivação evidente, causando dor, angústia ou sofrimento e, executadas em relação desigual de poder, o que possibilita a caracterização da vitimização.

A punição do crime de intimidação vexatória só trará problemas ao aplicador do direito, pois difícil será verificar se o crime foi de *bullying*, lesão ou ameaça, a depender do caso.

3.2 REDUÇÃO DA PENA DO CRIME DE FURTO

Por outro lado, não se pode deixar de ressaltar os avanços que esse novo código pode trazer.

A redução da pena do crime de furto é, sem dúvida, um método eficaz de reduzir o problema dos presídios nacionais.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, revelam que há no país 65 mil pessoas presas por furto¹⁰. A ideia da comissão é promover uma “descarcerização”. De fato, acredita-se que diante da realidade brasileira, é preciso criar uma hierarquia entre os crimes a fim de verificar quais práticas merecem reclusão ou não.

Os críticos afirmam que o praticante de furto, primário, não poderá ser encarcerado, por força do art. 33, parágrafo 2º, ‘c’, CP, já que a pena máxima passará a ser de 3 anos, o que permitirá a suspensão condicional do processo. Essa é realmente a realidade do CP, o que não induz, por si só, a impunidade.

¹⁰ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em: <www.mj.gov.br/depen/> Acesso em: 12 Abr 2013

O regime aberto também conta com o cumprimento de algumas obrigações, caberia ao legislador, nessa fase de mudanças, atribuir aos regimes abertos e semiabertos sistemas eficazes de ressocialização do criminoso.

O crime de furto é um crime contra o patrimônio sem o uso de violência ou ameaça e, por isso, pode perfeitamente ter como punição uma medida alternativa eficaz que não necessariamente seja o encarceramento, aliás, esse é o erro dos radicais que defendem a prisão a todo custo. Não se mostra eficaz colocar um praticante de furto dentro de uma cela com um praticante de latrocínio, sob pena de retornar-se ao “Isomorfismo Reformista” de Foucault¹¹.

3.3 ABORTO

Em outro extremo, têm-se algumas descriminalizações de condutas, já há muito mencionada por grupos que defendem a liberdade de escolha.

No que se refere ao aborto, um grande salto foi dado pelo STF na decisão da ADPF 54, onde se confirmou a possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálicos.

Embora conte com manifestações contrárias (sobretudo de grupos religiosos extremistas), a decisão do STF se mostrou em perfeita harmonia com o direito de liberdade sentido pela maioria dos países democráticos, que já liberam essa prática há muito tempo.

O Novo Código deve se coadunar com essa nova realidade. O progresso nas decisões judiciais não pode ser ignorado pela comissão de juristas que atua em sua nova composição.

¹¹ FOUCAULT, op. cit., p. 239.

O aborto será permitido nos casos de estupro, risco para a gestante e quando o feto tiver um anormal desenvolvimento que torne inviável a sua vida fora do útero (como no caso da anencefalia).

A interrupção da gravidez voluntária, contudo, ainda é alvo de debates entre todos os setores da sociedade e, embora seja objeto de proposta do novo código, ainda depende de aprovação no Senado.

A proposta permite que a gestante pratique o aborto até a 12ª semana de gestação, desde que o médico constate que a mulher não possui condições psicológicas para a maternidade.

O Conselho Federal de Medicina editou sua posição acerca do assunto, cuja publicação foi feita em abril de 2013. No texto, o CFM elenca aspectos éticos, bioéticos, epidemiológicos, sociais e jurídicos que orientam o tema no sentido de se legalizar a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana.

Dentre os elementos objetivos que corroboram essa necessária legalização está o número de mulheres que morrem com a prática de abortos clandestinos, o trecho transcrito ilustra o problema enfrentado no País:

A prática de abortos não seguros (realizados por pessoas sem treinamento, com o emprego de equipamentos perigosos ou em instituições sem higiene) tem forte impacto sobre a Saúde Pública. No Brasil, o abortamento é importante causa de mortalidade materna, sendo evitável em 92% dos casos. Além disso, as complicações causadas por este tipo de procedimento realizado de forma insegura representam a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos. Em 2001, houve 243 mil internações na rede do SUS por curetagens pós-abortamento.¹²

Particularmente, defende-se que a redação do novo artigo seja aprovada na íntegra, pois em todo caso deve ser homenageado o direito da mulher decidir. Luis Roberto Barroso em excelente artigo publicado em 2012 salienta essa necessidade.

¹² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em <<http://www.academiamedica.com.br/discussao-descriminalizacao-do-aborto-ate-a-12o-semana-de-gestacao/>> Acesso em: 12 Abr 2013

Há registros de mulheres, nessa situação, que optaram por levar a gestação a termo. A maioria, no entanto, prefere a antecipação terapêutica do parto. A verdade é que essa é uma tragédia pessoal, um momento de grande sofrimento. Cada pessoa, nessa vida, deve poder escolher como lidar com a própria dor. O Estado não tem o direito de tomar essa decisão pela gestante, usurpando a sua autonomia de vontade e a sua alma, como se a gravidez e o sofrimento fossem dele.¹³

3.4 USUÁRIO DE DROGAS

Outro tema em destaque é a descriminalização do usuário de drogas. A proposta visa descriminalizar a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal, bem como quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de drogas também para consumo pessoal.

Na realidade, verifica-se um percurso evolutivo natural da legislação, pois atualmente o simples usuário de drogas já não pode ser preso, respondendo apenas por medidas alternativas. Nessa seara, nada mais lógico do que descriminalizar de vez o plantio e o uso, pois assim será possível um controle maior do Estado sobre o consumo dessas substâncias, além de enfraquecer o poder paralelo ligado ao tráfico de drogas.

A Organização das Nações Unidas, em estudo sobre os usuários de drogas, defende que este problema não merece um tratamento exclusivamente judicial, mas principalmente no âmbito da saúde. Afirmam que a omissão da Organização Mundial de Saúde sobre o assunto é o maior culpado da situação de se desenha hoje no Brasil.

¹³ BARROSO, Luis Roberto; *O Estado não engravida*: 2012; Texto publicado em: <http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/04/09/o-estado-nao-engravida-por-luis-roberto-barroso-439504.asp>> Acesso em 08 Abr de 2013

O Senado, por sua vez, pretende avaliar as propostas levando em conta, sobretudo decisões como essa da ONU, com o intuito de melhor direcionar o próprio usuário.¹⁴

Interpreta-se essa proposta tal qual a legalização do aborto, pois se percebe o privilégio do preceito Constitucional de liberdade de escolha e, conseqüentemente, um avanço que, além de permitir condutas que dizem respeito somente a quem as pratica, desafoga o judiciário de processos judiciais e diminui o número de eventuais prisões.

4. MEDIDAS ALTERNATIVAS

Embora haja vozes dissonantes, o novo Código Penal não seguiu a linha despenalizadora defendida por grandes criminalistas como Juarez Cirino dos Santos¹⁵.

Pelo contrário, o que o novo diploma pretende é endurecer a punibilidade de certas condutas, sobretudo, condutas que demandem um maior clamor popular, como as analisadas no capítulo anterior.

Entende-se que a solução para a criminalidade do país não esteja no encarceramento, mas sim na adoção de medidas alternativas às medidas tradicionalmente adotadas que, como se observa, não trazem efetividade alguma no sistema de ressocialização.

Dessa forma vem entendendo parte do legislativo quando em 2011 editou a Lei n.12.403 que inseriu novas medidas cautelares no rol do artigo 399 do Código de Processo Penal onde se problematizou sobre a aplicação das medidas diversas à prisão.

O grande questionamento reside em saber se essas medidas cautelares implicarão em uma possibilidade de redução do quadro caótico carcerário brasileiro ou mesmo se serão capazes de concretizar a prisão preventiva como *ultima ratio*, ou seja, como

¹⁴ SENADO. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/usuario-de-drogas-precisa-de-tratamento-defende-comissao-da-onu.aspx>> Acesso em: 12 Abr 2013

¹⁵ O NOVO CÓDIGO PENAL. Palestrante: Juarez Cirino dos Santos . Rio de Janeiro. EMERJ. 2012.

mecanismo aplicável apenas em extrema urgência e necessidade. Optou-se pelo método dedutivo, procurando evidenciar o estudo da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Em todo caso, outras medidas alternativas estão sendo adotadas isoladamente em alguns lugares do Brasil e têm mostrado bons resultados no que tange ao objetivo ressocializador das medidas penais.

Em São Paulo, a adoção de uma justiça terapêutica auxiliou na evolução da Lei de Drogas (Lei n.11343/06), já que o art. 28, da referida lei dispensa a reclusão do usuário de drogas, aplicando-lhe medidas alternativas mais eficazes.

A Justiça Terapêutica¹⁶ é uma forma diferente de tratar os usuários ou dependentes de drogas envolvidos com a prática de ilícito penal, cuja ideia central é evitar a aplicação da pena privativa de liberdade ou submetê-lo, somente, ao pagamento de multa. Proporciona uma opção a todos que se envolveram com delitos leves relacionados ao porte de drogas ou ao uso abusivo de substância entorpecente. Esse modelo permite, dentre outras possibilidades, que o autor da infração seja encaminhado para entidades de apoio e nelas frequente reuniões periódicas, promovidas por grupos de mútua ajuda.

Ao frequentar reuniões promovidas pelos grupos, o autor do delito, além de ser alertado sobre os efeitos do uso abusivo das substâncias entorpecentes, pode buscar, por meios próprios, profissionais e outras entidades da área da saúde que podem ajudá-lo.

O modelo de Justiça Terapêutica adotado permite que a medida judicial pactuada seja adequada à natureza da infração penal e ao perfil do seu autor. Ele deve comparecer às reuniões promovidas pelos grupos de mútua ajuda, as quais são realizadas sem interferência judicial.

¹⁶ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA. Disponível em <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=150>> Acesso em 10 Mai 2013

O uso de substâncias psicoativas durante o período de comparecimento às reuniões não será monitorado pela Justiça. Caso ele cometa qualquer outro ilícito penal durante o período de cumprimento da medida, o fato será comunicado à autoridade responsável para a apuração do novo delito, que adotará as providências que o caso requer.

Por se tratar de uma forma diferente de analisar a conduta do agente, esse modelo alternativo de justiça possibilita que o usuário ou dependente desenvolva atividades que lhe permitam conviver com o problema das drogas, tentando manter-se afastado delas.

Por outro lado entende-se que a prática de *bullying* também merece um tratamento alternativo ao revés de sua criminalização. O ideal seria a adoção de outras práticas que utilizem os recursos existentes na comunidade e as técnicas que conduzam à solução efetiva dos conflitos.

Na prática é possível perceber que as medidas restaurativas são muito bem-vindas em ambientes escolares, tal como ocorrem na maioria dos casos de *bullying*, cuja prática independe da existência de um novo tipo penal.

Defende-se a ideia de que os Conselhos Municipais de Direitos das Crianças e dos Adolescentes, em conjunto com os Conselhos Tutelares, passem a discutir o problema no âmbito dos respectivos municípios, incentivando campanhas esclarecedoras, estimulando cursos capacitantes de profissionais da educação e de outras áreas para que seja possível lidar com esses problemas.

Com a adoção de práticas restaurativas, a discussão interna propiciará a verdadeira solução do problema, pois, a um só tempo, o agressor entenderá o modo de viver e de agir do agredido; este, por sua vez, não alimentará sentimento de ódio em face do agressor; e a plateia, que antes enxergava passivamente o ocorrido, passa a entender a necessidade de sua pronta intervenção para casos como estes.

Como visto, as medidas alternativas visam desafogar o sistema carcerário nacional, além de reinserir eficazmente o criminoso na vida em sociedade.

Aliás, aqui se mostra importante fazer uma pequena e breve distinção entre a justiça retributiva (amplamente adotada no sistema penal brasileiro) e justiça restaurativa (hoje adotada em sistemas de menor complexidade, tais como os juizados especiais criminais).

Na justiça retributiva, tal como elencou Beccaria¹⁷, os elementos constantes são:

- a) o crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado;*
- b) o interesse na punição é público;*
- c) a responsabilidade do agente é individual;*
- d) há o uso estritamente dogmático do Direito Penal;*
- e) utiliza-se de procedimentos formais e rígidos;*
- f) predomina a indisponibilidade da ação penal;*
- g) a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator;*
- h) há o predomínio de penas privativas de liberdade;*
- i) existem penas cruéis e humilhantes;*
- j) consagra-se a pouca assistência à vítima;*
- l) a comunicação do infrator é feita somente pelo advogado.*

A justiça restaurativa, por sua vez, vem defendida nos ideais de Brancher¹⁸, para quem “o tema define uma nova abordagem para a questão do crime e das transgressões que possibilita um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais envolvidas num conflito”.

Seus elementos, portanto, seriam:

- a) o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio infrator;*
- b) o interesse de punir e reparar é das pessoas envolvidas no caso;*
- c) há responsabilidade social pelo ocorrido;*
- d) predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal;*
- e) existem procedimentos informais e flexíveis;*
- f) predomina a disponibilidade da ação penal;*

¹⁷ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Technoprint, 2010. p. 234.

¹⁸ BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça Restaurativa: A Cultura de Paz na Prática da Justiça. Site do Juizado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAURO/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM. Acesso 14 Jun 2013.

- g) há uma concentração de foco conciliador;*
- h) existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários;*
- i) as penas são proporcionais e humanizadas;*
- j) o foco de assistência é voltado à vítima;*
- l) a comunicação do infrator pode ser feita diretamente ao Estado ou à vítima.*

Assim, entende-se que a justiça restaurativa:

Objetiva a minimização da violência em sociedade, contrapõe-se ao modelo de justiça criminal em que há a instrumentalização do homem para fins do Estado, o que implica sua coisificação e violação do princípio da dignidade humana, contrariando valores de igualdade e liberdade.¹⁹

Feitas as considerações acerca dos modelos aplicados no Brasil, defende-se a possível ampliação do modelo de justiça restaurativa a ser aplicado também na justiça comum, como meio de evitar o encarceramento, bem como tornar mais eficaz retorno do criminoso à sociedade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que o debate acerca da realidade penal brasileira é infundável, bem como as suas reais e necessárias adaptações ao modelo social que hoje se apresenta.

Ao reorganizar uma lei desta magnitude, o legislador deve ter em mente que o Brasil é um país de diversidade socioeconômica, além de contar com um grande contingente de pessoas de baixa renda, o que justifica o desenho criminal que hoje se destaca.

O que se tentou delinear neste artigo foi justamente trazer à tona a discussão sobre os pontos favoráveis e desfavoráveis do novo diploma penalista. É certo que nunca se

¹⁹ COLET, Charlise Paula e COITINHO, Viviane Teixeira Dotto Trabalho sobre justiça restaurativa realizado por: *A ABORDAGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PELO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: DA ESTIGMATIZAÇÃO À INCLUSÃO SOCIAL* Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/charlise_paula_colet-1.pdf> Acesso em 17 Mai 2013.

alcançará a unanimidade de satisfazer a todos os membros, classes ou grupos da sociedade brasileira, mas ao menos se julga importante tentar abrandar as questões que são mais frequentemente questionadas na doutrina.

Assim sendo, o presente trabalho procurou demonstrar a evolução do sistema, esclarecendo a evolução do modelo criminalista ao longo curso histórico, quando a criminologia crítica tirou o foco do criminoso e o direcionou para o próprio sistema criminal. Esse, aliás, é o pensamento delineado pelo trabalho para todo o raciocínio que se desenvolveu ao longo do mesmo.

Em um segundo momento, apresentou-se uma realidade fática existente nos presídios nacionais, pois como se sabe, este é o local de destinação dos novos condenados pelo sistema, merecendo, portanto, uma breve análise da sua atual situação.

Por meio de informações estatísticas, objetivas portanto, procurou-se enfatizar a situação calamitosa em que se encontram os presídios e confirmar que a mudança no cenário penal não deve se limitar somente à lei, mas sim a todo o sistema carcerário.

Em uma evolução natural do raciocínio, passa-se a questionar algumas normas propriamente ditas do novo Código Penal, onde se dá o debate acerca de condutas que passarão a ser criminalizadas e outras que deixarão de ter o condão da punibilidade.

Assim, analisou-se o *bullying*, o furto, o aborto e a conduta do usuário de drogas, todos com o intuito de insuflar o debate sobre a real necessidade de se ampliar o rol de condutas já tipificadas no atual código penal.

Ao fim, demonstrou-se a existência de modelos alternativos à punibilidade clássica e que esses modelos são plenamente aplicáveis no sistema nacional, pois, como visto, alguns já são utilizados em alguns lugares do país e com grande índice de satisfação, já que de eficácia comprovada.

Ilustrou-se o sucesso da justiça terapêutica realizada em São Paulo com os usuários de drogas, que tem por finalidade evitar o encarceramento desses jovens dependentes e promover uma reeducação desses condenados a fim de ressocializá-los de maneira mais adequada ao sistema, evitando o isolamento.

Posteriormente analisou-se a justiça retributiva, amplamente aplicada no Brasil, onde o foco é voltado para o criminoso, a responsabilidade é exclusivamente dele e ao Estado cabe o dever de resguardar os demais, isolando o indivíduo que não se adéqua à ordem social esperada.

Como contraponto, o estudo da justiça restaurativa se mostrou importante no presente trabalho, justamente como alternativa ao sistema hermético que o novo código tenta consagrar mais uma vez no ordenamento. A doutrina defendida por Brancher²⁰ transfere o foco do indivíduo, como faz a justiça retributiva, direcionando-o para a sociedade.

Aqui o Estado tem responsabilidade pelos atos praticados pelos criminosos, bem como por sua reparação. Os sistemas punitivos são mais flexíveis e privilegiam a vítima, que pode ter a oportunidade de se aproximar do agente criminoso e ter ressarcido o seu patrimônio.

De certo, trata-se de uma visão mais humanizada da punibilidade, que pode gerar críticas por parcela da doutrina que a julgam por ser utópica, no entanto, pode-se afirmar que esse modelo vem sendo aplicado satisfatoriamente em alguns lugares do do Brasil.

Infelizmente não há uma fórmula capaz de satisfazer os anseios por uma legislação justa e eficaz, mas o que procurou o presente trabalho foi questionar a permanência de um modelo penal que visivelmente já não se apresenta eficiente no cenário brasileiro.

Como se sabe, o Brasil é um país com muita desigualdade social e de dimensões continentais, a criminalidade é fruto dessa discrepância. O encarceramento não

²⁰ BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça Restaurativa: A Cultura de Paz na Prática da Justiça. Site do Juizado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM. Acesso em janeiro de 2013.

resolve o problema da violência, e isso também é sabido por todos, a criminalização de condutas também não coíbe o agente criminoso.

Disso tudo já se sabe. O que é difícil é compreender por que o legislador optou por permanecer com esse raciocínio que já não traz mais resultado algum?

Diante dessa dúvida julgou-se relevante trazer todas as questões debatidas ao longo deste trabalho, cujo intuito não é só criticar a nova redação do código penal, mas demonstrar, o mais objetivamente possível, o quanto esse modelo não tem mais serventia em âmbito nacional.

Pode ser que os modelos alternativos apresentados também não funcionem em todo o país, pode ser que o modelo atual ainda tenha que ser aplicado em determinados casos. Não se sabe. O que é certo é que é fundamental um modelo mais flexível do sistema punitivo, isto é, um modelo que possa se adequar aos costumes de cada caso e de cada região.

Não se defende a criação de modelos autônomos para cada Estado do País, mas sim um modelo unitário, que confira maior liberdade ao julgador no momento da aplicação da pena.

Defende-se, isso sim, um modelo cujo cárcere não seja o único destino do condenado e que a condenação gere, efetivamente, efeitos ressocializantes, homenageando o interesse do Estado, da vítima e resguardando a dignidade do condenado.

REFERÊNCIAS :

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JUSTIÇA TERAPÊUTICA. Disponível em <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=150>> Acesso em 10 Mai 2013

BARROSO, Luis Roberto; *O Estado não engravida*: 2012; Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/04/09/o-estado-nao-engravida-por-luis-roberto-barroso439504.asp>> Acesso em 14 Abr 2013

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. trad. Paulo M. Oliveira. São Paulo: Technoprint,2010.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Justiça Restaurativa: A Cultura de Paz na Prática da Justiça*. Site do Juizado da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUOR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM> Acesso em janeiro de 2013.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Buenos Aires, 1944.

CIRINO DOS SANTOS, *Teoria da pena*. Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2005.

COLET, Charlise Paula e COITINHO, Viviane Teixeira Dotto Trabalho sobre justiça restaurativa realizado por: *A ABORDAGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO EXERCÍCIO DA CIDADANIA PELO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI: DA ESTIGMATIZAÇÃO À INCLUSÃO SOCIAL* Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/charlise_paula_colet-1.pdf> Acesso em 17 Mai 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Disponível em <<http://www.academiamedica.com.br/discussao-descriminalizacao-do-aborto-ate-a-12o-semana-de-gestacao/>> Acesso em: 12 Abr 2013

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/geo-cnj-presidios/?w=1024&h=768&pular=false.>> Acesso em 10. Abr. 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em : <www.mj.gov.br/depen/> Acesso em: 12 Abr 2013

FOUCAULT, *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro:Vozes, 1977.

HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. München: Verlag C.H. Beck, 1990.

LOMBROSO, Cesare: *L'Uomo Delinquente*. Milan: Hoepli. 1876.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

SENADO. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/mundo-e-as-drogas/usuario-de-drogas-precisa-de-tratamento-defende-comissao-da-onu.aspx>> Acesso em: 12 Abr 2013

ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.