

FINALIDADE DA PENA ANTE O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DAS REAÇÕES PENAIS

*André Boiani e Azevedo**

*Erika Chioca Furlan***

INTRODUÇÃO

Desde o monopólio estatal da Justiça, que retirou da sociedade a possibilidade da vingança privada, estabeleceu-se a sanção penal como contrapartida à violação das normas de convivência.

Para muitos, essa resposta do Estado se justificaria para a manutenção da harmonia social. Para outros, ela seria apenas uma retribuição pelo mal causado. Não se olvida, porém, que o Direito Penal, com as suas reprimendas, compõe o sistema de meios de controle social.

Com as escolas penais estudando o criminoso e as consequências de seus atos, a pena, que era prevalentemente um castigo corporal, passou a ser compreendida por sua utilidade, sendo estudada e aplicada considerando suas possíveis finalidades até se firmar a corrente eclética da finalidade da pena, isto é, retribuição e prevenção.

* Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, é advogado criminalista atuante e professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Paulista - UNIP.

** Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, é advogada criminalista, ex-delegada de polícia e professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade Paulista – UNIP.

Apesar de todo estudo, que nunca é estanque, a dinâmica da sociedade faz surgir novos entendimentos sobre a necessidade ou desnecessidade da reação penal do Estado, conhecida como pena, frente ao caso concreto.

Assim se mantém a teoria da pena, com sua importância e sugestão de estudos constantes, prestando o presente artigo, de forma concisa, a servir como estopim ao seu reestudo, em especial à avaliação do princípio da necessidade das reações penais como limitador da atuação do Estado.

ESCOLAS PENAIS E A FINALIDADE E UTILIDADE DA PENA

O sistema de finalidade da pena foi atingido em razão do estudo sistemático das escolas penais, sendo uma conquista em razão da evolução histórica da pena.

No período humanitário, presente na segunda metade do século XVIII, houve como marco a censura aos abusos do direito penal anterior, consagrado por ter penas cruéis e pena de morte. Pregou-se, então, um abandono da religião como detentora do direito de punir, elegendo-se a razão como principal meio de se atingir uma condenação e pena justas.

Nesse período, Voltaire se revoltou contra a pena de morte em seu livro “O preço da justiça”, Marquês de Beccaria atacou os abusos do Estado pregando uma reforma das penas em seu livro “Dos delitos e das penas”, John Howard estudou as prisões e pretendeu uma classificação dos presos entre os processados, os condenados e os somente devedores, insistindo na separação entre homens, mulheres e jovens. Com Howard nasce o penitenciarismo – uma busca de humanização das prisões.¹

Ainda no período humanitário, um grande expoente foi Jeremias Bentham, para quem a pena só deveria ser aplicada se houvesse alguma utilidade, combatendo, portanto, a pena como uma retribuição pura. Foi Bentham quem idealizou o “Panótipo”, um tipo de estrutura prisional em que o preso é

¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. p. 25-26.

visto, mas não vê ninguém, impedindo a formação de massas carcerárias ou multidões que se fundem no sistema.²

Em período anterior ao da Escola Clássica, dois pensadores pós-Beccaria se destacaram, sendo eles Romagnosi e Feuerbach.

Romagnosi admitia pena corporal somente se com ela pudesse evitar o cometimento de novos delitos, fazendo nascer o pensamento quanto à necessidade/utilidade da pena. Para o autor, se a pena não é eficaz, não servirá para a defesa da sociedade e se reduziria a um inútil tormento do culpado, sendo duplamente injusta.³

Anselm Ritter von Feuerbach foi o precursor do positivismo penal e acreditava na coação psicológica como mecanismo a se evitar o crime, que é a conhecida “ameaça” da imposição de pena (temor de ser apenado). Ao ser aplicada a pena, haveria uma legitimação do direito penal, tendo em vista não ter efeito a ameaça pura sem haver sua aplicação efetiva. Foi Feuerbach o criador do princípio da legalidade como se apresenta na máxima “nullum crime nulla pena sine previa lege”.⁴

No período da Escola Clássica, os autores que mais se destacaram foram Pelegrino Rossi, Giovanni Carmignani e Francesco Carrara.⁵

Rossi acreditava que criminoso era aquele que descumpria regras de convivência. Daí a necessidade da pena como uma retribuição ao mal causado pelo ato delitivo.

Carmignani pregava que o direito de punir tem respaldo na necessidade política de se manter a paz social. Assim, a pena tem a função de evitar delitos futuros e não apenas de vingança quanto aos delitos passados. É uma visão utilitarista da pena.

² SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. p. 28-30.

³ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral, T.1*. p. 52-53.

⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. p. 20.

⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. p. 40-42.

Carrara, com o seu programa de direito criminal de 1859, acreditava que só poderia ser punido quem tem livre-arbítrio (vontade inteligente e livre), inerente a todo homem. Portanto, como o homem pode escolher entre praticar ou não o crime, a pena deve ser uma retribuição à sua escolha.⁶

Na mesma esteira de estudos sobre a pena e o criminoso vem a Escola Positivista com seus pensadores Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

Todavia, o positivismo foi marcado no final do século XIX com as ideias de Augusto Comte, Darwin e Spencer. Também houve influência nesta época da sociologia, da antropologia, da psiquiatria e da psicologia, sendo que somente aquilo que pudesse ser comprovado por experiências poderia ser chamado de ciência.⁷

O principal objeto de estudo da escola positivista foi o homem, e o crime era visto como um episódio de desajustamento social ou psicológico, fazendo surgir, portanto, o determinismo.⁸

Assim, considerando este panorama, a função da pena não poderia ser a mesma, isto é, retributiva. Deve ter caráter utilitário, de instrumento de proteção da sociedade frente aos criminosos.

Dos expoentes do Positivismo, o mais lúcido acerca da pena foi Ferri, para quem o crime teria fatores antropológicos, sociais e físicos, devendo a pena punir e ressocializar. Para o citado autor, o Estado deveria prevenir o crime com atitudes econômicas, administrativas e políticas. Caso o crime fosse praticado, a pena seria a “ultima ratio” de defesa social.⁹

⁶ CARRARA, Francesco Carrara. *Programa do curso de direito criminal*. p. 49-52.

⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. p. 43-44.

⁸ BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral, T.1*. p. 61-62.

⁹ Conf. SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal*. p. 48.

Entre outras escolas, também se seguiram a Terza Scuola Italiana, de Carnevale, Alimena e Impallomeni, e a Escola Moderna Alemã, de Franz Von Liszt, que muito se assemelhou ao movimento positivista da Itália.¹⁰ Liszt, com a sua teoria finalista, não deixou de pensar também na pena com um fim social reflexo, ou seja, que atinge a comunidade.¹¹

Desta forma, a utilidade da pena já era pensada desde o final do século XVIII, e agora se retoma, despreziosamente, seu estudo a fim de reacender o interesse pela teoria da pena, há muito deixada de lado.

FINALIDADE DA PENA

A pena aplicada ao agente dotado de imputabilidade¹² tem dupla finalidade: uma retributiva e outra preventiva como pronunciado.

Pelo caráter retributivo, entende-se que a pena seja um mal praticado em retribuição ao mal causado pelo crime. Segundo Frederico Marques, à pena deve ser atribuído um conceito moral, porque se apresenta como retribuição ao mal causado à sociedade pelo delinquente, devendo essa pena ser proporcional, tanto qualitativa quanto quantitativamente.¹³

Bettioli, para quem a pena é a consequência jurídica do crime, acredita que a retribuição é a ideia central da pena para o direito penal, sendo certo que se trata de ideia própria de todo tipo de civilização que não renega os valores supremos ou a natureza humana.¹⁴

Esse caráter de retribuição era somado ao de expiação do pecado, quando na Idade Média e séculos seguintes, o domínio era da Igreja. Assim, o pensamento religioso imperava

¹⁰ BRUNO, Anibal. *Direito penal parte geral*. p. 70.

¹¹ BRUNO, Anibal. *Direito penal parte geral*. p. 71.

¹² Vale lembrar que aos inimputáveis, pelo sistema do nosso Código Penal, aplica-se a medida de segurança como sanção penal em razão da presente periculosidade.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. V. 3. p. 117.

¹⁴ BETTIOLI, Giuseppe. *Direito penal*. V. 3. p. 85.

e fazia crer que a pena era uma retribuição e uma forma de purificação do pecado praticado com o crime.

Mas essa finalidade de retribuição, no seu âmago, não passa de apenas vingança institucionalizada. Seria a vingança do Estado contra aquele criminoso que só delinuiu porque, por vezes, o próprio Estado foi omissivo.

Assim, essa ideia, apenas retributiva da pena, caiu por terra com a chegada dos pensamentos mais modernos das escolas penais, que não conseguiam entender a pena sem utilidade, razão pela qual trabalharam em sentido oposto às ansiedades da sociedade e das bases do direito penal.

Passou-se a adotar, ao lado da finalidade retributiva, a finalidade preventiva da pena.

Foi Beccaria quem deu início ao pensamento contestador da finalidade da pena de somente afligir o condenado, sendo certo que o seu fim é “só impedir que o criminoso pratique novos crime e evitar que outros venham a cometê-los”.¹⁵

Por fim, na História, por intermédio do positivismo criminológico italiano, chegou-se à conclusão que era preciso um esforço para considerar também a figura biológico-social do homem criminoso, fazendo que os fundamentos da pena fossem além da culpabilidade e alcançassem todo o complexo da sua personalidade. O resultado desse esforço foi uma composição entre as teorias da pena, reunindo tanto retribuição quanto prevenção.¹⁶

Hoje, a maior parte da doutrina mundial e a doutrina nacional adotam esse equilíbrio entre a retribuição e a prevenção como finalidades da pena.¹⁷

Mas a prevenção não é de todo simples. Ela tem suas vertentes geral e especial.

¹⁵ BRUNO, Anibal. *Curso de direito...* p. 17.

¹⁶ BRUNO, Anibal. *Curso de direito...* p. 19.

¹⁷ Adota-se aqui a teoria relativa de fim da pena, deixando de tratar da teoria absoluta, que considera a pena uma retribuição estatal ao mal causado pelo crime, ou uma expiação, ou um castigo. Conf. teorias absolutas e teorias relativas do fim da pena (JUNQUEIRA, GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ. *Finalidades da Pena*).

Prevenção é sinal de profilaxia, de se evitar algo, e na sua forma geral, visa cientificar a população de modo amplo e abstrato, que procure evitar ser também atingida pela pena aplicada ao criminoso. Vale dizer que, a pena concretamente aplicada a alguém, deve gerar na população certa intimidação, uma pressão psicológica, ante a vontade de se praticar delitos. A isto se dá o nome de prevenção geral negativa, ou seja, previnem-se futuros crimes, intimidando os futuros criminosos com a pena que poderá ser aplicada. E assim deve ser para demonstrar que o direito penal é realmente aplicado, e não é apenas uma ameaça. Também há prevenção geral quando pelo simples fato de se aplicar a pena, o direito penal se legitima demonstrando ser eficiente na punição. Essa será a prevenção geral positiva.

Assim, como dito, a finalidade de prevenção geral funda-se na busca pela diminuição da violência, pois a pena é uma ameaça capaz de conter o “estímulo criminoso”,¹⁸ bem como servir para confirmar a vigência da norma.¹⁹

Ao lado da prevenção geral, que é voltada a toda a população, há a prevenção especial, i.e., tentativa de prevenir que o próprio criminoso volte a delinquir. Essa prevenção voltada ao próprio criminoso recebe o nome de negativa quando visa evitar que o próprio criminoso volte a delinquir, haja vista estar na prisão. Em tese, preso não comete delitos! Não obstante, também servirá como prevenção especial negativa quando o criminoso desiste de praticar novo delito para não se submeter ao suplício da pena.

Recebe o nome de prevenção especial positiva o fato de que com a pena o condenado poderá ser “ressocializado”, reintegrado à sociedade de modo que não volte a reincidir. Nesse caso, é a pena agindo, positivamente, no modo de pensar e agir do criminoso, que obteve sucesso ao apreender regras de ressocialização submetidas a ele no cárcere.

¹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. p. 61.

¹⁹ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena*. p. 69.

Desta feita, sabedor da finalidade da pena, deve o magistrado, ao condenar, analisar todas essas vertentes levando em consideração a pessoa que recebe a sanção imposta. Deve o magistrado encarar o criminoso como uma pessoa que, apesar de seus atos, mantém suas características particulares, sua personalidade e sua dignidade, para que a execução da pena atinja sua máxima excelência.

Todavia, a sistemática prisional existente hoje no Brasil, por ser ineficiente, traz à tona a necessidade de sempre debruçar esforços para se lembrar de que o direito penal lida com pessoas e não com objetos, e, especialmente nesse caso, de forçar o juiz a manter sua atuação a fim de sempre individualizar a execução da reprimenda.

Os benefícios da Lei de Execução Penal, que na verdade são direitos, são formas de se adequar o cumprimento da pena ao tipo de pessoa que a ela se submete, com o intuito de cumprir com a sua finalidade ressocializadora. Contudo, a forma como a sistemática carcerária é posta atualmente, força concluir que o que se pretende com a pena é, somente, a retribuição ao mal que foi causado.

Quando a população clama por justiça e pede que o criminoso “pague” pelo que fez, quer apenas vê-lo castigado pelo crime cometido. Os cidadãos não se interessam em saber se haverá ou não reeducação, ressocialização, pois sequer entendem o seu real significado. Para a maioria, o ideal é que o criminoso cumpra a pena na cadeia, não importando se haverá trabalho, estudo ou lazer.

A política de sistema criminal no Brasil parece tender a isso, pois não se vê investimentos em presídios, nem mesmo parcerias com empresas privadas para instalação de fábricas ou indústrias nos estabelecimentos prisionais nacionais. O que se encontra na sistemática prisional brasileira são pessoas presas em contêineres, em centros de detenção provisória adaptados, como local para cumprimento de pena em regime fechado, ou em cadeias públicas transformadas em prisões, sem que se respeite o que é previsto em Lei e na Constitui-

ção. É, a bem da verdade, um ataque constante à dignidade da pessoa humana.

Assim, conclui-se que o que há no Brasil de hoje não é um sistema misto de retribuição e prevenção, mas sim um único sistema próprio de retribuição,²⁰ sendo que para tornar a passagem da pena mais “branda” e não tão cruel, aplicam-se os “benefícios” de progressão, remição, livramento, indulto, etc.

Não se nega que o propósito da prevenção especial seja realmente promissor e passível de atingir seus fins frente a uma maioria de pessoas, mas não na forma como se apresenta hoje no Brasil. Ainda é preciso muito investimento na sistemática prisional nacional, fato que foi deixado de escanteio nos últimos anos.²¹

A pena privativa de liberdade nos moldes atuais, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, não gera nenhum efeito positivo sobre o apenado, e a visão otimista que existia sobre ela ser o meio adequado de se atingir as finalidades da pena já desapareceu.²²

PRINCÍPIO DA NECESSIDADE DAS REAÇÕES PENAIS

Não se aborda aqui o princípio da intervenção mínima ou da insignificância, pois estes tratam da razão de se aplicar

²⁰ Cf. Edson Luís Baldan quando diz que “Apartando-nos de uma visão romântica ou religiosa da pena criminal, há de ser reconhecido, sob um prisma agnóstico, que a sanção penal, com sua índole aflitiva, cumpre hoje uma função unicamente retributiva (punir porque se pecou) dificilmente desempenhando os pretendidos papéis ressocializadores e preventivos (punir para que não se peque mais)”. In *Delinquência juvenil: há que se cuidar do broto para que a vida nos dê flor e fruto*. Boletim IBCCRIM, n. 174, p. 11-12.

²¹ Alvinó Augusto de Sá critica inclusive a arquitetura das prisões brasileiras no sentido de não se recuperar ninguém, de prejudicar a autoestima, de alto nível de depressão, falta de *insight* emocional, tudo em razão da simbiose existente entre as linhas duras e as cores escuras e cinzentas das edificações carcerárias. In *Criminologia clínica e psicologia criminal*. p. 120-129.

²² BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Falência da pena de prisão*. p. 154.

ou não o direi-to penal como ciência a tutelar bens jurídicos e determinar a harmonia social. Acionando-se tais princípios, ou se utiliza outra ciência ao invés da penal, ou simplesmente o direito penal não é invocado.

O princípio da necessidade das reações penais está vinculado à resposta estatal ao cometimento do delito, ou seja, à sanção penal, que pode ser uma pena ou uma medida de segurança, sendo espécies da primeira a pena privativa de liberdade, a restritiva de direitos ou a pecuniária (multa). Seria, então, a pena sempre necessária?

Segundo René Ariel Dotti, a pena seria indispensável à manutenção da sociedade e de seus membros porque traria proteção a determinados bens jurídicos.²³ A pena, para Luiz Luisi, só se justifica se for estritamente necessária ante a garantia maior do art. 5.º, caput, da Constituição Federal de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.²⁴

Foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que a necessidade foi ventilada pela primeira vez em seu art. 8.º, que diz: “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias (...)”.

Após tal marco, o ordenamento penal alemão, por exemplo, proclamou na exposição de motivos de sua reforma de 1975 que a pena é uma “amarga necessidade”, concretizando a máxima “crime e castigo”.²⁵

Com efeito, o nosso sistema penal ainda carrega um fundo retribucionista presente, inclusive, expressamente no caput do art. 59 do Código Penal, quando se menciona a dosimetria da pena para a reprovação e prevenção do crime. Demonstra haver um sistema eclético, retribuição somada à prevenção, mas ainda mantém forte expressão apenas da pena como um mal ao mal causado pelo crime.

Todavia, mesmo comprovando-se o delito com provas voltadas ao fato típico, à antijuridicidade e à culpabilidade,

²³ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. p. 143.

²⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. p. 183.

²⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. p. 143.

é imprescindível que se discuta a necessidade de, ainda assim, aplicar-se a pena. Afinal, esta pena deve respeitar a sua finalidade de prevenção.

Veja-se como exemplo o médico que é processado pelo crime de homicídio por dolo eventual, em razão de ter causado a morte de paciente, durante cirurgia plástica. Em razão do fato, que é considerado e provado como sendo criminoso, o médico perde o seu registro junto aos Conselhos de Medicina e é segregado da sociedade para passar, no mínimo, seis anos encarcerado. Com isto, é furtado da convivência social e familiar.

Pergunta-se: É necessária a pena de prisão? É o médico uma pessoa com características e personalidade que demonstrem um possível retorno para o crime e conseqüente reincidência? As respostas, por óbvio, são negativas.

Paulo José da Costa Jr.²⁶ diz que a pena sempre deve atender à culpabilidade do agente, sem sequer superá-la, podendo, inclusive, ser inferior, caso em que se deve aplicar regime de cumprimento de pena menos severo, por exemplo, se a punição carregar consigo fatores capazes de desajustar ainda mais o condenado. Cita o autor a possibilidade de a pena gerar desajustes familiares ou sociais e até mesmo a desagregação familiar, o que não é função do Direito Penal.

Essa pena no caso apresentado é desnecessária. A punição já foi feita quando se submeteu a pessoa ao processo, houve persecução penal, houve punição administrativa e não há outros fatores que indiquem a possibilidade de retorno à delinquência.

A pena, atendendo ao princípio da necessidade das reações penais, deve ser útil e carregar um aspecto pragmático para ser aplicada pelo juiz penal. Silva Sánches explica que é possível que, ainda que se considere pertinente proibir um fato sob a ameaça de pena, não se considere necessária ou legítima a sanção penal a ser aplicada após a sua prática.²⁷

²⁶ COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. p. 155.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. p. 613.

Silva Sánches entende que existem as categorias do delito, como a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, mas também demonstra que é preciso entender também os critérios de merecimento e necessidade da pena que bailam à margem das outras categorias do sistema do delito, o que configuraria uma nova categoria dirigida às finalidades político-criminais,²⁸ o que vem ao encontro para prestigiar o Direito Penal Constitucional, presente nos Estados que se pautam na democracia e estão extremamente ligados aos direitos e garantias individuais.²⁹

Assim, cabe ao juiz sopesar com os três elementos do crime: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o princípio da necessidade da pena, embutido no caput do art. 5.º da Constituição Federal. Compete a ele saber se é necessário e útil, a despeito do crime praticado, aplicar a pena, restringindo o direito constitucional à liberdade, entendido de forma ampla, abrangendo a liberdade individual e a de locomoção. Deve o magistrado analisar o caso concreto com olhos voltados aos direitos e garantias constitucionais, ao direito penal constitucional, e, em sendo o caso, considerar critérios equivalentes ao do perdão judicial já existentes no art. 121 do Código Penal para deixar de aplicar a pena ao autor do delito.

Vale aqui relembrar que a pena tem um fim, uma finalidade, o que já foi abordado neste artigo. Se esse fim foi atingido, não há mais necessidade de se aplicar a reprimenda, por exemplo, no caso de um rapaz que se envolve em uma discussão, mata a outra pessoa no furor dos acontecimentos, o processo demora demasiadamente a se desenvolver e quando chega ao final, o acusado que será condenado à prisão, está trabalhando, tem família constituída com filhos, inclusive, e, nunca mais se deu à prática de delitos. Não há o que ressocializar ou prevenir. Se houver punição será puramente a título de retribuição, o que pode resultar em

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. p. 614.

²⁹ Cf. ÉRIKA MENDES DE CARVALHO quando diz que parte da doutrina defende a criação de uma nova categoria no conceito de delito para abarcar o merecimento e a necessidade, outros defendem que estas deverão ser analisadas dentro das esferas das categorias atuais. In *Punibilidade e delito*. p. 172.

problemas outros, considerados por Roxin³⁰ como “fatores negativos” da sanção.

Para Jorge Figueiredo Dias, é justamente a medida da necessidade de ressocialização do agente o critério decisivo para as exigências de prevenção especial. Só se deve punir, segundo o pensamento do referido autor, se o autor for “carrente de socialização”.³¹ Se o agente não carregar consigo, então, mencionada carência, a pena de prisão serviria apenas como advertência, o que autorizaria descer a aplicação da reprimenda até o limite mínimo de pena.³²

Todavia, é de se afirmar que para servir como advertência a pena de prisão não foi criada, tendo a sua aplicação uma razão fundada em regras de direito material e processual. Nestes casos, portanto, o correto é sequer aplicar a reprimenda, por não haver necessidade, haja vista não se atingir a finalidade de prevenção especial da pena.

Dessa forma, não há um por que para a aplicação da pena em determinados casos por se mostrar inútil, como no caso de determinado médico, que deixa de prolongar a vida de paciente em fase comprovadamente terminal, a pedido da família,³³ ou de alguém que pratica um furto por desespero e se arrepende a ponto de mudar a vida por completo.³⁴

³⁰ CLAUS ROXIN entende que o crime tem três elementos: fato típico, anti-juridicidade e responsabilidade, que abrange a culpabilidade e a utilidade da pena. A pena precisa desempenhar alguma função. Afora os fatores positivos de aplicação da sanção penal, como a prevenção genérica, a ressocialização do delinquente, a neutralização do delinquente perigoso, ou a retribuição a uma conduta excessivamente grave, é preciso demonstrar que a pena não virá provocar desajustes familiares ou sociais, ensejando a reincidência. Para haver punibilidade, é preciso somar aos fatores pragmáticos positivos a ausência de fatores negativos dos desajustes familiares ou sociais. In COSTA JR., Paulo José. *Curso de direito penal*. p. 154-155.

³¹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T.1. p. 82.

³² DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. T.1. p. 82.

³³ COSTA JR., Paulo José. *Curso de direito penal*. p. 153.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. p. 413. O autor inclusive menciona a aplicação das regras do perdão judicial a um caso de furto pelo STJ em 1998 no REsp 112.600/DF, 6ªT., rel. designado para o acórdão Cernicchiaro, m.v., 12.05.1998.

É certo que não há na legislação norma expressa de aplicação do ora citado princípio da necessidade, mas também não há para aplicação do princípio da insignificância, que é construção puramente doutrinária, sendo aplicado pacificamente pela jurisprudência.

Aqui, a necessidade das reações penais está intimamente ligada aos princípios constitucionais da pena, sendo o caput do art. 5.º, quando se garante a inviolabilidade do direito à liberdade, entendendo-se possível somente no caso de extrema necessidade, bem como o art. 5.º, inciso XLVI, que veicula o princípio da individualização da pena, tomado aqui no sentido de se aplicar a pena necessária a cada indivíduo, considerando as suas características pessoais ante a finalidade da pena.

E não é só. Agindo assim, estaria o magistrado prestigiando outros princípios tão invocados ultimamente pelo Direito Penal Constitucional, como a humanidade e a proporcionalidade, sendo esta, nas palavras de Marcus Alan,³⁵ entendida como uma orientação ao juiz sentenciante, para que, ao dosar a pena, considere a gravidade da conduta, o grau da lesão causada e as circunstâncias pessoais do agente com o intuito de a pena ser suficientemente adequada e necessária para atingir seus fins esperados dentro de um ordenamento penal constitucional.

A necessidade, para o referido autor, é princípio componente de um princípio maior que é o da proporcionalidade, o que vem ao encontro de tudo o mais aqui tratado. Isto significa que a necessidade deve ser observada pelo juiz no momento da dosimetria da pena, para que esta seja calculada e aplicada desde que estritamente necessária a atingir os fins preventivos a que se destina uma pena privativa de liberdade

³⁵ GOMES, Marcus Alan de Melo. Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena. p. 159. O autor em seu livro menciona com muita propriedade as três vertentes do princípio da proporcionalidade, a legislativa, a judicial e a executória, e também leciona que a proporcionalidade é composta por três subprincípios, sendo a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

– afinal, esta é a letra do art. 59 do Código Penal.³⁶ Ademais, vale ressaltar que a pena inutilmente aplicada restringe a liberdade individual, o que destoa das garantias constitucionais básicas presentes no caput do art. 5.º da Constituição Federal, causando, talvez, maior alarde social que o próprio crime praticado.³⁷

Assim, é o momento de se redobrar esforços com o intuito de (re)pensar em teorias da pena, com a simples pretensão de aproximar o Direito Penal aos ditames da Constituição Federal e aos reclamos do Estado Democrático de Direito, o que já é feito na Alemanha,³⁸ na Espanha³⁹ e em outros países da Europa.

³⁶ GOMES, Marcus Alan de Melo. *Ibidem*, p. 176.

³⁷ Em apelação criminal n. 1.0027.04.002144-9/001 – TJMG – rel. Des. Maria Celeste Porto, o acusado foi absolvido da imputação da prática de “pirataria”, sendo que durante seu voto, o Sr. Des. Hécio Valentim invoca o princípio da desnecessidade da reação penal (pena) para deixar de aplicá-la valendo-se das razões do perdão judicial para considerar a possibilidade de reconhecer o crime, mas declarar extinta a punibilidade com fundamento no art. 107, IX, do CP.

³⁸ HASSEMER, falando da legislação alemã, entende que “se se segue a tendência da nossa legislação penal de ampliar as margens de decisão do juiz criminal, então pode ser conveniente inserir na estrutura do delito ainda um plano adicional: as causas para arquivar um processo sem condenação, para reservar a condenação a uma determinada pena ou para renunciar à pena. (...) Estes instrumentos são de caráter geral porque eles submetem ao juiz criminal, de acordo com a passagem sistemática pelos planos da tradicional estrutura do delito, a questão sobre se o processo não deve (ou pode) terminar sem a condenação a uma pena. (...) O juiz tem que praticar nele o que o legislador reservou para si: a política criminal”. In *Introdução aos fundamentos do direito penal*. p. 324-325.

³⁹ Conf. Santiago Mir Puig para quem “a prevenção especial não pode, por si só, justificar o recurso à pena: em alguns casos a pena não será necessária para a prevenção especial, em outros não será possível e, finalmente, em outras ocasiões não será lícita”. O autor considera três classes de delinquentes, os ocasionais, os não ocasionais e os habituais incorrigíveis, sendo que os primeiros não manifestam perigo de voltar a delinquir, e cita, por exemplo, os delitos de trânsito. In *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. p. 69.

CONCLUSÕES

Ante o que foi apresentado, pode-se concluir que a pena, apesar de muito criticada e, por muitos considerada falida, ainda é a única forma adequada de reação do Estado aos ataques às suas normas de convivência legalmente impostas.

Ao se aplicar a pena, deve-se observar, tanto na dosimetria quanto na execução, a sua finalidade, que é, em tese, mista, por ter caráter de retribuição e de prevenção, sendo esta geral e especial. Entendimento que se extrai, inclusive, da leitura do art. 59 do Código Penal.

Pensando na prevenção especial, tem-se que a pena é aplicada considerando o fato praticado e, conseqüentemente, o seu autor, haja vista a pena ser imposta a ele em razão daquele, ou seja, do crime.

Por ter esta finalidade especial, a de ressocializar o autor, por vezes a pena não se faz necessária, tendo em vista que o autor não é carente de socialização. Daí a desnecessidade de reação penal ao fato criminoso.

O processo-crime, em todos os casos, pode e deve haver para se apurar a necessidade ou não da aplicação da reprimenda, devendo o magistrado ser verdadeiro agente de política criminal, e não um mero burocrata aplicador de leis, permitindo-se fazer uso de institutos do Direito Penal – por exemplo, o perdão judicial – ainda que não expressamente previstos para o caso, sempre que entender ser justo a não aplicação da pena estabelecida pela legislação, ante a falta de sua finalidade.

Deve o magistrado, por derradeiro, se pautar pelos princípios constitucionais da proporcionalidade, humanidade e necessidade, sendo o último embutido tanto na proporcionalidade quanto nas garantias individuais declaradas no art. 5.º, caput, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Edson Luís. **“Delinqüência” juvenil: há que se cuidar do broto para que a vida nos dê flor e fruto.** In Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 174, p. 11-12, maio 2007.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. V. 3. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos tribunais, 1976.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral, T.1: introdução, norma penal, fato punível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARRARA, Francesco Carrara. **Programa do curso de direito criminal**. Vol. 1. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora: 2002.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA JR., Paulo José. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal: parte geral: T.1: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. revista, atualizada, ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Barueri/SP: Manole, 2004.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. V. 3. Campinas/SP: Millennium, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FINALIDADE DA PENA ANTE O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE...

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alvez. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2010.