

FINALIDADES DA PENA: TEORIA JURÍDICA E PRÁTICA JURISDICIONAL

Alamiro Velludo Salvador Netto

Ao longo dos tempos, sempre os penalistas mostraram especial apreço ao tema concernente às finalidades da pena. O problema da punição, aliás, aparece na história humana como um objeto típico e inicialmente filosófico. Ganha contornos propriamente jurídico-penais a partir do século XVIII e seu modelo liberal, na medida em que o *poder de punir* é racionalizado, transformando-se no *direito de punir* necessitado de alguma legitimação material.

Por esta mesma razão, a proliferação do discurso penal a respeito das finalidades da pena foi e é bastante ampla. Abordagens dogmáticas e sociológicas são, a todo instante, contrapostas. O fluxo do tempo impõe o embate entre concepções absolutas e relativas. Enfim, ora se busca a justiça com a imposição da pena, ora se intenciona algum benefício ao apenado ou ao corpo social. A pena, neste cenário, aparece como uma das formas de manifestação do Estado, motivada por vasta gama de concepções dominantes, como de viés econômico e político.

A questão fundamental, contudo, não parece se cingir apenas à opção ou eleição das razões do punir. Importante é discutir, principalmente, como as finalidades da pena podem reverberar na elaboração do próprio conceito de crime. Em outras palavras, as finalidades assumidas com a aplicação da pena precisam, de algum modo, repercutir na escolha política de criminalização de certos comportamentos (*criminalização primária*). Mais ainda, tais fins podem ser introduzidos na própria confecção das categorias da teoria do delito, conformando-as, dogmatizando ideários político-criminais e assumindo papel decisivo na tarefa concreta do operador do direito (*criminalização secundária*).

Viabilizar este projeto parece ser um dos principais desafios da dogmática penal contemporânea, ou seja, *romper uma espécie*

de barreira que impede a conexão dos discursos acadêmicos da pena e do controle formal do crime (v.g. jurisdicional). Esta realidade pode ser notada tanto no universo científico quanto judicial. No primeiro, há apenas alguns anos, percebe-se o surgimento mais incisivo de estudos que se debruçam sobre o tema da imposição da pena, podendo-se falar, como em Espanha e Portugal, num específico Direito de Determinação da Pena. Esta realidade deriva de uma percepção crucial: a determinação da pena não pode ser um mero exercício de lógica, uma consequência quase que espontânea do reconhecimento de um crime. Ao contrário, deve-se pautar por critérios próprios, capazes de proporcionar a mais adequada resposta para os fins previamente eleitos. Nesse sentido, uma finalidade de reintegração, por exemplo, deve propiciar critérios muito mais atentos à realidade social do indivíduo do que à suposta gravidade da infração penal. A pena, sob este enfoque, insere-se num programa social amplo, evitando, sob a ideologia da asséptica responsabilidade individual, a ocultação dos motivos últimos e reais de grande parte da criminalidade.

Este diagnóstico, igualmente, apresenta sua faceta judiciária. As sentenças simplesmente, ao fixar a punição, não adentram na discussão a respeito de suas finalidades. Passa-se a imagem de que tal indagação é um problema externo ao processo, estranho à atividade de julgar. Cuidar-se-ia de algo zetético, na qual não competiria ao juiz perquirir, relegando suas convicções aos recantos pessoais e meramente opinativos. Sob este falso prisma, do julgador espera-se tão-somente a frieza da aplicação da lei: a constatação do crime e o cálculo, praticamente matemático e impessoal, do montante da pena. Se ultrapassada esta fronteira, como faz pensar um arraigado positivista, não mais se estaria perante o direito, mas sim deparado com a política.

Ocorre que esta separação entre direito e política é falsa. Por isso mesmo, precisa ser assumida para, em seguida, submetida a critérios, limites e controles. A argumentação da neutralidade do julgador é a mais iníqua das posturas, servindo exclusivamente para comunicar

uma idéia que não resiste a qualquer observação mais atenta da realidade. Atualmente, a mencionada desconexão entre os discursos da pena e do crime permite a inclusão de um silêncio significativo. A omissão do debate na concretude dos casos a respeito dos fins da pena não gera, como pode parecer, um simples desprezar de metas. Promove e reitera, em via oblíqua, a noção do desprezo, do afastamento, da exclusão, verdadeira função - não anunciada - da pena criminal no capitalismo contemporâneo.

Negar a vinculação entre a idéia de delito e as finalidades da pena conduz ao universo sub-reptício do direito penal como pura estratégia de controle. Em suma, relega as discussões e avanços científicos relacionados às conseqüências estatais punitivas ao plano meramente acadêmico-investigativo, quase contemplativo e diletante, e, simultaneamente, reproduz judicialmente a lógica irreflexiva da punição, pautada em tacanha noção de "segurança pública" disposta apenas a aperfeiçoar um equivocado "senso-comum dos juristas".

Desde a década de setenta do século passado, inicialmente na Alemanha, percebeu-se a necessidade de uma abertura ordenada dos elementos da teoria do delito, abandonando o mero rigor de categorias formais e atingindo valorações de cunho político-criminais atualizadas na casuística (Nesse sentido: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 80 e ss.). Por isso mesmo, a assertiva que reconhece a prática de um delito e impõe uma sanção deve ter como pressuposto a meta a ser atingida com esta punição. Dentro de um Estado Democrático de Direito, tal objetivo há de ser sempre a inclusão do indivíduo, sua promoção social. Reflexo claro desta premissa é a postura que, por exemplo, propõe a gradativa diminuição de incidência de penas privativas de liberdade para crimes patrimoniais, uma vez que, nestes casos, esta última resta por aprofundar a desigualdade produtora da própria infração.

Seja como for, e diante dos limites deste espaço de reflexão, necessária a redução da distância entre as teorias da pena e a práxis judicial. Não se pune à toa. Vislumbra-se um fim. Em contrapartida, a punição incapaz de alcançar este fim não pode e não deve ser aplicada. Ao mesmo tempo, um Estado que objetive erradicar a pobreza e a marginalização deve, sem hesitar, prestigiar uma política social de inclusão, e não um punitivismo gestor da miséria.