

AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

GIANPAOLO POGGIO SMANIO *

Diante de inúmeros casos polêmicos envolvendo crimes graves e/ou hediondos que alcançaram e ainda alcançam enorme repercussão social, como terrorismo, homicídio, corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outros, inclusive com discussão sobre a necessidade ou não das prisões cautelares e da manutenção das garantias do cidadão, reputamos importante fazer uma análise sobre as funções que o Direito Penal pode ter para a sociedade.

O Direito Penal está inserido no chamado sistema de controle social, sendo uma de suas instituições. O que o diferencia das demais instituições sociais é a formalização do controle realizado por ele, liberando-o das surpresas, do conjunturalismo e da subjetividade das demais formas de controle.

A sociedade faz, a todo instante, julgamentos morais, políticos e sociais ao sabor das notícias, dos valores expressos pela mídia, enfim, do momento e das paixões. Esse tipo de controle não pode ser efetivado pelo Direito Penal.

O controle sócio-jurídico-penal é um controle normativo, ou seja, exercido por meio de um conjunto de normas criadas previamente. O princípio da legalidade ou da reserva legal demonstra esse formalismo necessário para a aplicação da lei penal.

A partir do Estado moderno, a pena passa a ser considerada monopólio estatal. No Estado liberal clássico, formou-se a expressão "Estado de Direito", posto que se buscava a limitação jurídica do poder punitivo. A pena era uma exigência de justiça, base da retribuição penal, fixada no ordenamento jurídico, sendo, então, um limite para o poder punitivo do Estado.

Com a aparição do Estado social, intervencionista, cuja finalidade é influir e modificar a realidade da sociedade, foi acentuada a luta contra a delinquência, com atenção para a prevenção especial realizada sobre a pessoa do delinquente. O Estado social, entretanto, trouxe consigo o risco dos sistemas políticos totalitários, os quais existiram historicamente no período entre as guerras mundiais, embora, ainda hoje, no mundo, sejam sentidos os seus efeitos.

* Promotor de Justiça, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

Surge, dessa forma, a necessidade de um Estado que, sem abandonar a intervenção na realidade social, tenha reforçados seus limites jurídicos em um sentido democrático. O Estado passa a ser visto como um Estado Social e Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o Direito Penal passa a assumir as funções de proteção efetiva dos cidadãos e sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.

Falamos, então, que a prevenção realizada pelo Direito Penal é uma prevenção limitada, a qual permite combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias oferecidas pelos princípios limitadores.

Afirmamos, portanto, que a norma penal tem dupla função: protetora e motivadora. São funções interdependentes, pois a proteção pressupõe a motivação e, somente dentro dos limites nos quais a motivação pode evitar determinados resultados, pode-se alcançar a proteção das condições elementares de convivência social.

A função do Direito Penal não se esgota na fixação da pena e da medida de segurança. O Direito Penal não é integrado apenas por normas que prevêem penas ou medidas de segurança (normas secundárias), mas também pelas normas as quais proíbem o crime aos cidadãos (normas primárias). Ao proibir os delitos, as normas primárias visam motivar o cidadão a não praticá-los. A função de prevenção geral do Direito Penal, assim, não tem concepção meramente intimidatória, mas o aspecto da prevenção geral positiva, a qual concilia a prevenção geral com a prevenção especial, atingindo diretamente a pessoa.

A sociedade atual demonstra uma necessidade de símbolos que mostrem que a vida é segura, o sistema funciona e o crime não compensa. Esse peso não pode ser atirado sobre o Direito Penal.

A atuação do sistema penal de controle social pressupõe prévia investigação, a qual traga elementos de prova sobre os fatos praticados e os seus autores. Pressupõe um sistema acusatório, no qual a pessoa possa saber a acusação que foi feita e ter a oportunidade de apresentar à sua defesa. E, por fim, um julgamento isento de valores morais, políticos e das paixões despertadas pelos fatos.

Esses pressupostos não impedem a efetiva aplicação da pena, mas, ao contrário, garantem a sua aplicação justa e adequada, afastando o arbítrio e a vontade daqueles que detenham o poder momentaneamente.

As demais formas de controle social devem ter os seus espaços respeitados e preservados. O julgamento político, moral ou social pode e deve ser feito livremente, de acordo com as características da sociedade, mas não pode afetar a atuação do Direito Penal.

O sistema de controle penal tem seu curso e tempo próprios, e assim deve ser, em um Estado que pretendemos Democrático e de Direito.

Junho/2008