

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 A função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Fábio Guedes de Paula Machado¹
Promotor de Justiça

Em época de escândalos políticos e econômicos ou acontecidos crimes que causam clamor à sociedade, é certo que o Direito Penal é por muitos lembrado como instrumento de correção e de esperança na realização da justiça criminal, notadamente através da imposição de castigos severos. Disso decorre o movimento de “Lei e Ordem”, e os discursos simbólicos ou demagógicos.

Por sua vez, é sabido que a dogmática jurídico-penal contemporânea não contemporiza com este discurso, ao contrário, busca estabelecer-se em razão dos postulados próprios de um Estado Democrático de Direito. Nesse âmbito, as suas categorias e institutos devem ser desenvolvidos particularmente no que se refere às teorias do delito e da pena.

Quanto ao delito, as concepções funcionalistas já superaram as bases prévias e ontológicas do sistema. A propósito, muitas delas insuficientes, como a causalidade naturalística, ou indemonstráveis, tais como o axioma “poder agir de outra maneira”, pertinente ao estudo da culpabilidade, e partes integrantes que foram das metodologias neokantiana e finalista. O funcionalismo, ao contrário, propõe a reconstrução desses elementos a partir da normatização, e em obediência às teorias dos fins da pena. Ou seja, as categorias do delito deverão estar harmonizadas, primariamente, com o Estado Democrático de Direito, e também com a configuração de pena que dele decorra.

Quanto a pena, e em harmonia com o regime promulgado pelo povo brasileiro em 1988, impõe-se a sua elaboração sem qualquer conotação kantiana de castigo. Não se pode olvidar que a Criminologia e a Estatística Criminal, além do cotidiano da execução penal, sobejamente demonstraram a imprestabilidade da pena para intimidar e reeducar. Por si só o art. 1.º, III, da CF, através do princípio da dignidade humana inibe o castigo. Senão o bastante, diversas normas constitucionais exaltam este apriorismo fundamental do cidadão, entre outras as disposições contidas no art. 3.º, e até mesmo o preâmbulo da Carta da República.

No âmbito dogmático penal, equivale a dizer que as teorias absoluta e mistas da pena não são mais possíveis de

adoção pelo operador do Direito. Incólume permanece apenas parte da teoria relativa, a saber: as prevenções geral e especial positivas, ainda que a última seja pouco eficiente.

Diversos são os fundamentos filosóficos e sociológicos possíveis de atribuição como conteúdo da prevenção geral positiva. Porém, certo é que, em qualquer desses modelos, o Ministério Público forte, estruturado e eficiente na investigação criminal, será capaz de potencializar a não ocorrência de novos delitos, dada a real possibilidade de esclarecimento dos fatos e punição dos sujeitos. E aqui, para alguns teóricos, a prevenção geral positiva acaba possibilitando um suspiro intimidatório.

Acerca desses apontamentos, e ainda que grande parte da população deseje um Direito Penal kantiano pautado no “olho por olho...”, vale dizer que o ponto de partida de uma ciência penal tem que ser a sua compreensão e inclusão como ciência social, até porque as normas jurídicas não têm de ser contempladas como conceitos lógicos desprovidos de sentido social. Ao contrário, a ciência do Direito deve estar inserida entre aquelas que se ocupam dos fenômenos sociais, e que pretendem cumprir uma determinada função social. Isso acarreta que a interpretação dos preceitos jurídico-penais e a elaboração dos conceitos dogmáticos devam se guiar pela função social perseguida pelo Direito Penal.

Por sua vez, uma dogmática penal que pretenda ser realista deve admitir, desde logo, que só será válida se servir, adequadamente, à finalidade de aplicação da lei, o que lhe revela um caráter pragmático e não exclusivamente teórico.

Seguramente, o Direito Penal não proporcionará aos cidadãos a paz e tranquilidade que merecem, tampouco reeducará os infratores, até mesmo por ser esta uma questão muito mais social do que jurídica. Porém, também é verdade que ele é o último aparato estatal de inibição de delito e necessariamente está restrito aos limites do Estado Democrático de Direito. Com este temos que aprender a conviver, pois também é ele que nos proporciona as garantias fundamentais do cidadão havidas no texto constitucional e que se mostram como espelhos da dignidade da pessoa humana.

Nota:

¹ Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Doutor em Direito Penal pela USP. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidad de Salamanca – Espanha e ex-investigador bolsista do Max-Planck Institut Für ausländisches und International Strafrecht Alemanha. Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia.