

PREVENÇÃO GERAL POSITIVA E ESTABILIZAÇÃO SOCIAL: NOTAS CRÍTICAS AO PUNITIVISMO NEUTRAL

Admaldo Cesário dos Santos¹

Fecha de publicación: 15/07/2016

Sumário: Introdução. 1. Jakobs e a Prevenção Geral Positiva: um Direito Autorreferente? 2. A Nossa Crítica. Conclusões. Bibliografia.

Resumo: Este artigo questiona o castigo estatal pela Teoria da Prevenção Geral Positiva, dentro de um fenômeno preventivo-punitivo de bases autorreferentes. Por outro lado, assinala as principais dúvidas em seu desejo de manter a estabilização da sociedade, a partir de um viés próprio, mas sem tratar de criticar ou transformar o entorno do sistema punitivo.

Palavras-Chave: Direito penal, estabilização social, *autopoiesis*, funcionalismo sistêmico.

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa (Portugal). Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP/Paris-France). Professor de Direito Penal (Graduação e Pós-Graduação) no Brasil. Advogado. admaldocesario@bol.com.br

INTRODUÇÃO

Um dos problemas inquietantes do fenômeno jurídico-penal reside na função social sobre a qual a pena e o direito penal devem cingir-se. A par dos problemas que envolvem as demais teorias penais, a prevenção geral positiva — em cujo papel reside o grande perigo de se vislumbrar o direito penal por uma ótica estritamente neutral e alheia às necessidades e avanços do atual mundo globalizado —, nos causa grandes questionamentos, sobretudo quando se tenta circunscrever o fenômeno punitivo a uma ordem meramente normativa, frente aos novos reclamos sociais.

1. JAKOBS E A PREVENÇÃO GERAL POSITIVA: UM DIREITO AUTORREFERENTE?

A concepção de direito vislumbrada por Jakobs, igualmente concebível à de Luhmann, parte de uma radical separação entre direito e moral, por entender o fenômeno jurídico como alheio às demais instâncias de controle social. Sob a ótica sistêmica desses dois autores, a política pode até exercer sua importância na sociedade sem, no entanto, poder ser incorporada ao direito, posto ser o direito positivo um elemento autorreferente e autorreprodutivo, capaz de equacionar por sua força seus próprios conflitos, independentemente dos demais subsistemas sociais. É nesses moldes que a Teoria da Prevenção Geral Positiva se consolida.

Na ótica da referida teoria, o delito não é senão um exemplo de desordem insuportável, posto desorientar aqueles cidadãos que estão aptos a ter em conta as regras básicas de convivência. Por isso, segundo ela, a imposição da pena é capaz de reafirmar o ordenamento, impedindo que este seja quebrado como consequência do delito.

Mesmo quando a norma é atacada, a imposição da pena tem a força de promover o afiançamento no ordenamento jurídico, servindo para restabelecer a confiança da população nas instituições. Aqui, o Estado, ao impor uma pena, restabelece a lesão que o autor produziu com seu fato — neste caso, não se fala em lesão em uma acepção fática, concreta, entendida no plano real, mas sim uma lesão de valores².

² Cf. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, Tercera edición, Madrid, Dykinson, 2002, p. 95.

O objetivo da referida teoria reside no propósito de infundir na consciência da sociedade a necessidade de se respeitar determinados valores. É uma prevenção geral intimidadora que atinge a todos; até aqueles que não são potenciais criminosos. Tem por intento fortalecer a consciência do dever de obediência à norma.

Ou seja, aplica-se a pena para advertir a sociedade que a norma existe e que, a todo custo, deve ser obedecida. Serve, pois, para reforçar a confiança da comunidade na força da vigência da norma³, no sentido de que o ordenamento jurídico-penal se faz necessário como instrumento apto à inquebrantabilidade da ordem jurídica.

2. A NOSSA CRÍTICA

Em nossa visão, temos nossas reservas em relação àquilo que a teoria da prevenção geral positiva advoga. Diversos são os fatores que devem ser observados, principalmente quando se trata de elementos inerentes à aplicação de um sistema punitivo de bases convincentes, a serem observados pelos atuais problemas vividos em sociedade, e que reclamam uma ordem punitiva justa e racional.

A crítica que tecemos sobre a referida teoria reside no primeiro fundamento penal, isto é, na proteção de bens jurídicos, posto que a pena, para esta teoria, não se volta à proteção de bens jurídicos essenciais à preservação da sociedade, porque o bem jurídico a ser tutelado é a própria norma⁴ penal imposta pelo Estado — fria e inerte, desterrando não somente valores, mas também toda e qualquer política criminal que possa servir de base à melhoria do sistema⁵. Aliás, o seu objetivo primordial reside em reforçar a confiança do cidadão nas instituições, como se a presença da norma, por si só, fosse capaz de assegurar uma sociedade perfeita.

³ “[...] misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.” (Cf. JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1995, pp. 12 e ss.).

⁴ A propósito, vide PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *La Influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La Defensa del Modelo Ideológico Neoliberal en las Teorías Funcionalistas y en el Discurso Ético de Habermas Sobre Selección de los Intereses Penales*, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 105-106.

⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F/Julio César Faira, 2007, pp. 502-503.

Observe-se que o controle social é de suma relevância para a vida social. No entanto, a norma penal, o sistema político-penal, ou o direito penal em sua totalidade, como fatores de controle social, somente têm sentido se conectados e considerados como continuação de um conjunto de instituições sociais, quer públicas, quer privadas (família, escola, trabalho etc.), cujas tarefas consistem em socializar e educar para a convivência entre os indivíduos, por meio de uma aprendizagem de determinadas pautas de comportamento, que fazem parte desse conjunto de instituições; e não somente da norma penal.

Prescindir desse conjunto de instituições sociais para a regulação da sociedade — acreditando que a norma penal, por si só, possa conduzir esse controle — afigura-se ilógico e irracional. Até porque, as normas penais, por si só, são insuficientes e débeis para manter o sistema de valores em que se assenta a sociedade.

Além disso, com alicerce no magistério de Feijoo Sánchez⁶, somos compelidos a asseverar que a cominação de uma norma ou, até mesmo, a imposição de penas, não pode manter certos níveis necessários de confiança se não existe uma ordem normativa que se ganhe um mínimo de reconhecimento. E mais: não se pode desenvolver uma dinâmica preventiva em qualquer sistema social ou Estado formado com a independência das bases profundas de sua legitimidade.

Pensar de modo diverso equivale a cogitar o direito penal como um instrumento meramente sancionador, a embasar-se numa crua repressão aberta; o que contradiz com seu papel social — sobretudo se quisermos contemplá-lo como expressão garantista no Estado Social e Democrático.

O segundo fundamento a ser repudiado é a aceitação acrítica do sistema social em que se vive, o qual se procura manter a todo custo, desentendendo-se das causas conflituais sociais, sem procurar criticar ou transformar o injusto sistema punitivo envolvente.

Aqui, pois, não mais se procura entender os fatores etiológico-sociais da criminalidade em suas gamas as mais variadas, mas sim asseverar ser bastante a figura da pena como objeto de reafirmação institucional, como se o subsistema jurídico-penal pudesse sobrepujar os demais subsistemas de controle.

⁶ Cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Op. cit.*, pp. 522 e ss.

CONCLUSÕES

É imperioso, *in casu*, levar em consideração o real valor que deve exercer a figura da política criminal. Sem ela, a feitura da lei e a imposição da norma de nada valerão. Não se deve olvidar o dado de que a criminalidade se acumula em determinados âmbitos da sociedade, demonstrando que existem causas ou desigualdades sociais na origem de um certo tipo de delinquência. E, nos casos extremos de exclusão social, a política criminal — como sinônimo de política social preventiva e eficaz —, e não a política penal (leia-se política de repressão!) deve ser um dos instrumentos de solução dos conflitos; até porque a ausência de políticas sociais não poder ser compensada simplesmente pela pena, tampouco pelo direito penal, como opinam os neoliberais da sociedade globalizada.

Outro ponto fulcral sobre o qual deve debruçar-se a crítica à Teoria da Prevenção Geral Positiva reside no elemento Culpabilidade. Jakobs, *v. g.* — para quem a finalidade que orienta e determina a culpa é a estabilização da confiança no ordenamento, perturbado pelo ato criminoso —, defende que o objeto de valoração da culpa não reside no *poder agir de outra maneira do agente*; deste modo, passando a construção de um juízo de culpa reduzido a um fenômeno totalmente normativo. Vale dizer, a capacidade real do agente para se determinar de acordo com a norma não mais aparece na base do juízo de culpa.

É com base nesse prisma que o mesmo penalista — a nosso ver de forma perigosa — advoga a possibilidade de um amplo adiantamento da intervenção penal para castigar fatos, cometidos antes da lesão a qualquer bem jurídico — para ele, bem jurídico é apenas a norma penal —, sempre quando o suposto infrator apresentar-se, de forma duradoura, como um violador em potencial das expectativas cognitivas de comportamento normativo — neste caso devendo ser punido como “*não-pessoa*”. Tal tese, de nossa parte, deve ser de todo repudiada, justamente por constituir ensejo a um direito penal do autor, em total afronta a um direito penal do fato — o qual se funda na consideração da culpabilidade —, como garantia que deve ser do Estado de Direito Democrático.

BIBLIOGRAFIA:

CUELLO CONTRERAS, Joaquín: *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, Madrid, Dykinson, 2002

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Retribución y Prevención General. Un Estudio sobre la Teoría de la Pena y las Funciones del Derecho Penal*, Montevideo/Buenos Aires, B de F/Julio César Faira, 2007

- JAKOBS, Günther: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., 1995
- _____ y CANCIO MELIÁ, Manuel: *Derecho Penal del Enemigo*, Segunda edición, Madrid, Thompson/Civitas, 2006
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: “La Influencia de las Ciencias Sociales en el Derecho Penal: La Defensa del Modelo Ideológico Neoliberal en las Teorías Funcionalistas y en el Discurso Ético de Habermas Sobre Selección de los Intereses Penales”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (Orgs.): *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo. El Análisis Crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *Los Excesos del Formalismo Jurídico Neofuncionalista en el Normativismo del Derecho Penal, en Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los Nuevos Modelos Penales*, Barcelona, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL, 2005
- PRITTWITZ, Cornelius: *Derecho Penal del Enemigo: ¿ Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal? en: La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004