



Prevenção Geral Positiva: Análise crítica dos fundamentos das teorias de Jakobs, Hassemer e Roxin

Lucas Santana Silva, Paulo Vinícius Sporleder de Souza (orientador)

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, PUCRS,

Resumo

A presente pesquisa volta-se para a análise crítica dos fundamentos da teoria da prevenção geral positiva nas perspectivas apresentadas por Winfried Hassemer, Günther Jakobs e Claus Roxin, buscando apontar quais suas contribuições para a teoria da pena; e responder se a referida teoria está de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito. O estudo direciona-se a um viés jurídico-normativo, essencialmente dogmático, centrando-se na linha de Sistemas Jurídico-penais Contemporâneos.

A pesquisa voltada ao estudo das teorias modernas da pena é de vital importância para as ciências criminais uma vez que o debate do tão discutido “porquê” da pena permanece em constante atualidade. A teoria da prevenção geral positiva constitui um dos últimos discursos sobre a busca de uma finalidade para a pena. Este fator leva a uma escassez literária sobre este tema na doutrina brasileira, e os estudos existentes apresentam a temática apenas superficialmente, já que seu objetivo geralmente consiste em oferecer um panorama geral, muitas vezes, com o objetivo de descrever a evolução da teoria da pena. Os dados (infra) foram alcançados através de uma investigação bibliográfica, por método dedutivo de natureza comparativa e sincrônica.

Nesta senda, pretende-se efetuar uma abordagem crítica sobre as concepções acerca da teoria da pena em sua vertente preventivo-geral positiva nas visões de Winfried Hassemer, Günther Jakobs e Claus Roxin. Especificamente, serão averiguados os fundamentos da teoria da prevenção geral positiva, buscando seus aspectos positivos e negativos e verificar a procedência deste discurso como forma de embasar o comportamento da penalidade hodierna

e se de fato as funções da punição penal estão de acordo com o Estado Democrático de Direito.

O referencial teórico baseia-se sobretudo nas obras dos autores supracitados. Na concepção de Winfried Hassemer, associada a uma idéia de Direito Penal clássico delimitado por um núcleo essencial e uma nova forma sancionatória denominada Direito de Intervenção, poder-se-ia defender uma teoria da *prevenção geral positiva*, para que a pena não seja pura adaptação (e muito menos intimidação), mas a afirmação pública e o asseguramento das normas fundamentais da sociedade. Sendo o Direito Penal uma parte do controle social, deve ser caracterizado pela possibilidade de formalização. A sanção seria uma ação aplicada em razão da lesão à norma e com um fim: a estabilização da norma. A pena seria uma parte deste sistema que busca afirmar e assegurar as normas fundamentais de uma determinada sociedade, adquirindo a tarefa de desenvolver a confiança do povo nas normas corretas e construir uma consciência de normas. Esta estabilização não opera apenas no plano teórico, mas deve chegar claramente à população, de forma a reduzir o sentimento de ameaça da sociedade, porque a criação deste sentimento se dá no processo de erosão das normas sociais.

Na concepção de Günther Jakobs, a pena teria duas funções: uma manifesta de efeito confirmatório, isto é, a confirmação da identidade da sociedade; e outra latente de dois efeitos preventivos, a qual Jakobs atribui a prevenção geral positiva como efeito negador do procedimento criminoso, e a prevenção geral negativa como efeito intimidatório. Essa separação do efeito confirmatório (função manifesta) e dos efeitos preventivos da pena (funções latentes) é mister, já que “a pena se dirige em cada função a destinatários distintos”. Utilizando Immanuel Kant, Günther Jakobs atribui a função manifesta de efeito confirmatório ao *homo noumenon*, ou melhor, à pessoa, aos participantes da comunicação que são apresentados como dispostos juridicamente. E as funções latentes de efeitos preventivos destinam-se ao *homo phaenomenon*, em outras palavras, ao indivíduo “que se debate entre a apetência e a inapetência”. Destarte, já podemos ver evidentemente a aurora da defesa de um Direito Penal de inimigos.

Claus Roxin efetua uma crítica às concepções de finalidade da pena tradicionais, defendendo que nenhuma delas resiste às críticas argüidas (absolutas, prevenção especial e prevenção geral). Dessa forma, o autor descreve sua teoria unificadora preventiva dialética, uma combinação destas diferentes concepções tradicionais preventivas. O objetivo do autor não consiste em uma justaposição das mesmas, mas combinar suas diferentes características de forma a conservar as qualidades de cada uma delas e anular suas deficiências por meio de

um balanceamento na aplicação. A pena apenas pode perseguir finalidades preventivas, neste diapasão, tanto a prevenção geral quanto a prevenção especial devem ser consideradas finalidades da pena. A prevenção geral se vê reduzida pelos princípios da subsidiariedade e culpa, assim como pela exigência da prevenção especial. A teoria unificadora preventiva dialética busca a síntese entre o indivíduo e coletividade, construída sobre bases evidentemente opostas: de um lado, a sociedade precisa se proteger de agressões individuais, de outro, o indivíduo precisa se proteger de violações advindas da coletividade. Entretanto, para Roxin, a prevenção geral positiva predomina, já que a pena deve assegurar a fidelidade da população ao direito. Contudo, no momento de determinação do *quantum* da pena, a preponderante deve ser a prevenção geral com aspectos especiais, visando à ressocialização do apenado.

Referências

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e M^a del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999;

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*. Tradução da 2^a edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005;

JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Estudos de Direito Penal; v.1);

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003 (Estudos de Direito Penal; v.6);

_____. *Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido: dois estudos de Günther Jakobs*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003 (Estudos de Direito Penal ; 3);

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tomo 1. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal; Civitas; Madrid, 1997;

_____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen GarcíaValencia: Tirant lo Blanch, 2000;

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.