

CONSTRUÇÃO PERMANENTE DO ESTADO DE DIREITO E A NECESSIDADE DE CONTENÇÃO DO PODER PUNITIVO

A PERMANENT BUILDING THE RULE OF LAW AND CONTAINING THE PUNITIVE
POWER.

Gustavo Monteiro Ayres¹⁻²

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1 – ESBOÇO DO ESTADO DE POLÍCIA E DO ESTADO DE DIREITO; 3 – A COEXISTÊNCIA DO ESTADO DE POLÍCIA COM O ESTADO DE DIREITO; 2.1 – UMA BREVE HISTÓRIA DE AVANÇOS E RECUOS DO PODER PUNITIVO; 2.2 – A NOVA ONDA PUNITIVA; 3 – OS DISCURSOS LEGITIMANTES DA PENA; 3.1 – A PENA COMO RETRIBUIÇÃO; 3.2 – A FINALIDADE DE PREVENÇÃO DA PENA; 3.2.1 – PREVENÇÃO GERAL; 3.2.2 – PREVENÇÃO ESPECIAL; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA.

RESUMO: O Estado de polícia é o antimodelo contra o qual se erguem a teoria e a construção do Estado de Direito, sendo estes modelos diametralmente opostos. Não existe um Estado de Direito real (histórico) perfeito, mas Estados que limitam, melhor ou pior, suas agências de poder punitivo. À medida que o poder punitivo do Estado se expande, vão desaparecendo garantias e liberdades individuais materiais e processuais, com o desrespeito a Constituições Republicanas e a documentos internacionais que consagram os direitos humanos. Historicamente, o poder punitivo tende a se expandir nos momentos em que a concentração de renda do grupo hegemônico, em determinado momento histórico, está ameaçada.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Estado de Polícia. Poder Punitivo. Coexistência. Garantias.

SUMMARY: ABSTRACT; INTRODUCTION; 1 – OUTLINE OF STATE POLICE AND THE RULE OF LAW; 2 – CO-EXISTENCE OF STATE POLICE WITH THE RULE OF LAW; 2.1 – A BRIEF HISTORY OF PROGRESS AND SETBACKS POWER PUNITIVE; 2.2 – A NEW WAVE PUNITIVE; 3 – THE SPEECHES PEN LEGITIMIZING; 3.1 – PEN AS RETRIBUTION; 3.2 – THE PURPOSE OF PEN PREVENTION; 3.2.1 – GENERAL PREVENTION; 3.2.2 – SPECIAL PREVENTION; CONCLUSION; REFERENCES.

ABSTRACT: The police state model is the opposite of the theory and construction of the rule of law. They are opposing models that coexist in all types of institutionalized political power. A perfect rule of law has never existed, but we can identify laws that help restrain punitive power. When the State punitive powers expand, violations against the Constitution and universal treaties of human rights begin to disappear. Historically, punitive power has expanded when incomes are concentrated in the hands of a few. For this reason, rule of law must be fortified, meaning guaranteeing individual liberties rather than abstract concepts of state or societal rights.

¹ Acadêmico do quarto ano do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: monteiroayres@hotmail.com.

² Agradeço aos professores Angelo Faria e Luiz Otávio Ribas pelas dicas e correção do texto. É claro que os erros do texto não são deles, mas meus.

KEYWORDS: Police State; Rule of Law. Punitive Power. Coexistence. Guaranties.

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade, considerado uma conquista da humanidade, é consagrado pela maior parte das cartas constitucionais dos países democráticos no mundo. Sua origem remonta à luta do Terceiro Estado na França, no século XVIII, contra os arbítrios do príncipe e à luta por previsibilidade dos atos do Estado, o que se alcança, no Direito Penal, pela contenção do poder punitivo. O princípio é um instrumento de contenção de poder, à medida que, grosso modo, estabelece como fim a previsibilidade dos atos do governo. Ele está na gênese do Estado de Direito e é expressão máxima da contenção do arbítrio.

Entretanto, o Estado de polícia, caracterizado pelo arbítrio decisional do governante, não desapareceu com o advento da lei. O Estado de Direito, por sua vez, não nasceu de uma vez por todas e para sempre com a derrubada do antigo regime. Muito pelo contrário: os dois regimes coexistem simultaneamente em qualquer forma de poder político institucionalizado³, de modo que conter o Estado de polícia significa fortalecer o Estado de Direito, ao passo que expandir o poder punitivo implica a supressão de garantias individuais e o consequente esmorecimento do Estado de Direito.

O propósito deste trabalho é demonstrar que o Estado de Direito está em permanente construção. Para esse efeito, destaca-se a importância da limitação do poder do punitivo para o fortalecimento do Estado de Direito, e que essa é uma missão do Direito Penal liberal.

A princípio são explicados, em linhas gerais, os conceitos de Estado de Direito e Estado de polícia. Em seguida, desenvolve-se a dialética entre essas duas formas de poder político a partir de uma abordagem histórica dos momentos de expansão do poder punitivo do Estado e de um acontecimento da história recente. Por fim, são apresentadas as teorias legitimadoras da pena a sua inconsistência no Estado de Direito antes das conclusões.

1. ESBOÇO DO ESTADO DE POLÍCIA E DO ESTADO DE DIREITO

Este tópico é destinado a delinear os principais aspectos do conceito de Estado de Direito e de Estado de polícia, estabelecendo uma compreensão acerca de um e de outro, posto que essas duas formas de poder político serão mencionadas com alguma frequência, não havendo, no presente estudo, intenção de incorrer no erro de fazê-lo apenas por retórica.

³ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1, p. 95. Tradução de Nilo Batista.

Estado de polícia é uma forma de poder político em que o governante tem poderes absolutos. Ele intervém em todos os domínios da vida pública e privada em nome das razões do Estado. O governante possui o poder de decidir sobre o que é bom e possível para a sociedade e para as pessoas, e a sua decisão é lei. O Estado de polícia confisca os conflitos existentes na sociedade em nome não do interesse da vítima, mas do interesse da sociedade.

Como salienta Jorge Reis Novais, a vontade do governante, no Estado de polícia, “[...] impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativamente às ofensas do Poder”⁴. Eugênio Raul Zaffaroni⁵, aprofundando a ideia de Estado de Direito e Estado de polícia, traça algumas características de um e outro. Posto que polícia significa etimologicamente administração ou governo, “[...] estado de polícia é aquele regido pelas decisões do governante”⁶. Nesse passo, ele é caracterizado pelo exercício vertical e autoritário do poder, em que o conceito de boa vida pertence à classe dominante, razão pela qual tende à distribuição de justiça substancialista, segundo a vontade do grupo hegemônico.

Em sentido *diametralmente* oposto, o Estado de Direito é aquele regido pela decisão proveniente da deliberação da maioria, respeitados os direitos das minorias, para que uma e outra sejam submetidas a regras previamente estabelecidas, e não a decisões transitórias, de maneira que cumprir a lei significa cumprir padrões de condutas previamente estabelecidos democraticamente. Com isso, o Estado de Direito é caracterizado pelo exercício horizontal e democrático do poder, em que o conceito de boa vida e a escolha sobre o que é bom ou possível pertencem a cada um dos indivíduos. Valer dizer, as pessoas têm o direito de decidir sobre os rumos de sua própria vida e viver de acordo com as suas escolhas. Desse modo, o exercício do poder seria fraterno, diferentemente do no Estado de polícia, que é paternalista, pretendendo, por exemplo, criminalizar modos pelos quais as pessoas escolhem conduzir suas próprias vidas, assim como suas ideias e crenças. Além disso, tenta proibir condutas autorreferentes que considera imorais.⁷

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, pg. 36.

⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al. Direito Penal Brasileiro*. 3.ed. trad. bras. de Nilo Batista. Rio de Janeiro: revan, 2006. vol. 1, p. 93.

⁶ Idem.

⁷ No código penal vigente, que é de 1940, sobressaem alguns indícios deste paternalismo, como, por exemplo, a criminalização do aborto e o mais nefasto e insano de todos eles: a criminalização das drogas, como que numa tentativa autoritária de proteger o indivíduo dele mesmo, sem ter em conta os efeitos desastrosos desta política.

Um Estado de Direito tem por fim e valor último a proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão, por isso essas garantias constituem limites ao exercício do poder do Estado, regido por regras prévias democraticamente estabelecidas, com um elevado grau de descentralização do poder. Nessa ordem de ideias, Jorge Reis Novais⁸ afirma que “[...] estado de direito será, então, o estado vinculado e limitado juridicamente em ordem à proteção, garantia e realização efetiva dos direitos fundamentais, que surgem como indisponíveis perante os detentores do poder e o próprio estado”⁹

Contudo, esses modelos não são puros. O Estado comporta elementos de um e de outro, que vivem em tensão dialética, ora relevando aspectos do Estado de Direito, ora os do Estado de polícia.

2. A COEXISTÊNCIA DO ESTADO DE POLÍCIA COM O ESTADO DE DIREITO

O tema da tensão existente entre o Estado de Direito e Estado de polícia é amplamente desenvolvido por Eugênio Raúl Zaffaroni, em obra conjunta com Nilo Batista, Alejandro Aligia e Alejandro Slokar,¹⁰ que assinalam não haver Estado de Direito real perfeito, mas sim Estados que contêm e controlam, em maior ou menor grau, elementos do Estado de polícia que subsistem dentro do Estado de Direito.

A inegável história de avanços e recuos das garantias individuais e do poder punitivo demonstra que o Estado de polícia coexiste com o Estado de Direito em relação de mútua exclusão. Existem, dentro do Estado de Direito, agências de poder que naturalmente tendem a concentrar e ampliar seus poderes.

O poder tende ao infinito, e os seus mecanismos internos de contenção tendem, por sua vez, a desaparecer. Por isto, é preciso existir mecanismos de contenção do poder externos a seu funcionamento, de maneira que não dependam do próprio poder, pois, à medida que este é concentrado, maiores são as decisões singulares do governante — ou das agências do poder punitivo —, e menores são as decisões de carácter deliberativo produzidas a partir do debate coletivo.

⁸ Op. cit., p. 26.

⁹ Op. cit., p. 36.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al. Direito Penal Brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. Bras. de Nilo Batista.

É notável como o Estado policial tende a se expandir nos momentos de ameaça da retenção da riqueza e dos privilégios do grupo hegemônico da sociedade em um determinado momento histórico.

Seria impossível compreender que a contenção do poder punitivo¹¹ significa um fortalecimento do Estado de Direito, se se parte do pressuposto de que ele “[...] tenha surgido, com a constituição de Virgínia ou com a Revolução Francesa, e tenha se instalado para sempre, enquanto o estado de polícia acabou com o antigo regime”. O Estado de Direito está em construção desde os referidos marcos históricos e ao revés do que se convencionalmente se concebe. Habilitar o exercício do poder punitivo representa, assim, resgatar elementos do Estado de polícia que vivem dentro do Estado de Direito, suprimindo garantias e liberdades individuais. Daí a necessidade da construção de um saber penal crítico que deslegitime a atuação do poder punitivo, formalizando técnicas de Direito Penal, a fim de proteger o indivíduo face ao Estado de polícia.

2.1.Uma breve história de avanços e recuos do poder punitivo

Quando da tomada do poder pelos militares no Brasil, em 1964, foi impetrado um mandado de segurança, ação proposta para assegurar o exercício de direito líquido e certo, em face do novo regime que obstruía o exercício do direito do impetrante. O Supremo Tribunal Federal negou a segurança não porque o impetrante não estava com razão, mas pela impossibilidade de cumprimento da sentença, ante as forças militares instituídas. Apesar da vitória da ideologia do constitucionalismo democrático no ocidente, vê-se, atualmente, um recuo na proteção dos direitos fundamentais, notadamente os relativos à privacidade — que de modo reflexo restringe a liberdade de expressão —, e às garantias processuais (tais como devido processo legal, contraditório) nos Estados Unidos da América, por exemplo, considerado a maior democracia liberal do mundo.

O traço em comum desses dois contos aparentemente distantes é a intervenção do Estado na vida privada das pessoas, privando-as de seus direitos fundamentais mais elementares, sem observância das regras democraticamente estabelecidas.

O exercício do poder punitivo pelo Estado ocupa —ou deveria ocupar — o centro das discussões e debates filosóficos nas universidades e sociedade civil dos países que se pretendem

¹¹ O que é função do Direito Penal. Contudo, nossa produção legislativa é menos voltada para produção de garantias individuais do que para os crimes de lesa majestade.

democráticos, pois a construção de um Estado democrático passa necessariamente pela contenção do poder punitivo.

A tentativa de garantia dos direitos fundamentais e das liberdades individuais, conteúdo e finalidade de um Estado de Direito, fracassa sempre que ocorre a expansão do poder punitivo.

Mesmo a burguesia revolucionária francesa do século XVIII, da qual fazia parte o discurso de garantia dos direitos naturais e inalienáveis do homem e do cidadão, diante das circunstâncias históricas¹², abandonou o discurso de liberdades individuais do liberalismo político e entronizou um monarquista, Napoleão Bonaparte, que instituiu um regime que negava as liberdades individuais pelas quais a sociedade lutou pouco antes da derrubada do antigo regime, desencadeando as revoluções.

Em todo momento histórico, o Estado possui um aparelho punitivo para preservar o poder do grupo hegemônico ou classe dominante, que detém a concentração da renda. Nesse sentido, porém com muito mais precisão, Maria Lúcia Karam afirma que

[...] o sistema penal atua como mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle social que resultem funcionais para manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem.

Quando surgem outros grupos com interesses opostos, ameaçando os interesses da classe dominante, o poder punitivo é um obstáculo. Esta é a razão da postura contraditória da burguesia pós-revolucionária, que lutou contra o antigo regime pelas liberdades individuais, mas, depois de sua ascensão ao poder, abandonou o discurso liberal político para consolidar a revolução e se manter no poder, o que só era possível pelo uso da força.

Com a expansão do socialismo nas décadas de 1950 e 1960, a América Latina e Europa foram tomadas por ditaduras. Esta é uma conjuntura que revela a correlação que existe entre ameaça dos interesses de um grupo dominante em um determinado momento histórico e a expansão do poder punitivo. A propriedade privada dos meios de produção — base sobre a qual se sustenta o modo de produção capitalista e que justifica a dominação do homem pelo homem, uma ideologia no sentido mais puro que possa haver — estava ameaçada com a difusão das ideias socialistas. O projeto liberal burguês, ora consolidado pelo uso da força, do poder

¹² Os trabalhadores perceberam pouco tempo após à derrubada do antigo regime que a burguesia não era sua aliada e que o projeto econômico liberal burguês não é bom para a classe proletariada, que resolveu implantar o seu projeto de sociedade vislumbrado no socialismo.

punitivo, encontrava-se ameaçado pelas revoluções liberais. Este perigo foi afastado por ditaduras, expressão máxima do Estado de polícia, ou seja, pela expansão do poder punitivo.

O discurso acerca da proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos se torna improfícuo nos casos em que os interesses do grupo hegemônico estão ameaçados. Talvez por isso se diga que a democracia ainda está para ser inventada. Democracia e capitalismo talvez sejam incompatíveis, uma vez que este é o modo de produção em que a riqueza mais se concentrou na história. A sociedade capitalista é dividida entre o privilégio e carência, a igualdade de direitos e a liberdade foram e, em grande medida, ainda são apenas formais.

O modo de produção capitalista é assentado na exploração do capital trabalho e do capital natureza, de modo que a exploração do trabalho humano é indispensável para a concentração da renda. Desse modo, onde houver capitalismo haverá exploração, autoritarismo social e aparelho repressivo estatal, a fim de preservar as relações de produção existentes. Lamentavelmente, a democracia não floresce num modo de distribuição e divisão da riqueza como esse.

2.2.A nova onda punitiva

Recentemente, a comunidade internacional foi surpreendida, no dia 07 de julho de 2013, com a notícia de que os Estados Unidos da América espreitam dezenas de países. O serviço de inteligência norte-americano possui de agências de espionagem nas capitais mais importantes do mundo. Não é para menos, uma vez que vigiar é uma forma de controle, necessária à manutenção das estruturas de poder e, segundo Zaffaroni¹³,

[...] o maior poder do sistema penal não reside na pena, mas sim no poder de vigiar, observar, controlar movimentos e ideias, obter dados da vida privada e pública, processá-los, arquivá-los, impor penas e privar de liberdade sem controle jurídico, controlar e suprimir dissidências, neutralizar as coligações entre desfavorecidos etc.

A classe dominante precisa ter acesso às informações estrategicamente importantes trocadas pelos dominados. Diz-se classe dominante porque, macroscopicamente falando, os EUA são a classe hegemônica do mundo. É na América do Norte onde a concentração da renda é mais acentuada e onde se concentra a burguesia financeira mais poderosa do mundo.

É nos EUA que o processo de acumulação de capital mais se aperfeiçoou. O país é o epicentro da concentração de renda; por isso, convém obstar o surgimento de interesses

¹³ Op. cit., p. 98.

contrários aos do bom funcionamento da economia de mercado e do sistema financeiro mundial de acumulação de capital. Nada mais natural que fosse também lá que se desenvolvessem as formas mais avançadas de controle e poder punitivo, cujas agências são muito bem preparadas e com um poder de polícia bastante especializado e sofisticado.

É uma correlação quase que direta. Na sociedade em que exista uma elevada concentração de renda, é natural que o poder punitivo e as formas de controle sejam bastante desenvolvidas, dado que a necessidade de preservação dos interesses da classe dominante aumenta na proporção do nível de concentração da renda.

O poder e o controle de ideias e movimentos sociais, no capitalismo globalizado, transcende as fronteiras dos Estados. Não é suficiente preservar o *status quo* internamente; é preciso preservar o funcionamento do sistema no mundo, uma vez que os efeitos dos interesses contrários aos interesses hegemônicos, mesmo em outro país, podem alcançar grandes proporções, numa economia de mercado globalizada. Os EUA preservam os interesses do grande capital financeiro no mundo, vigiando, controlando e monitorando governos, ideias e opiniões.

Passados sete anos da crise econômica mundial de 2008, o sistema financeiro ainda sente os seus efeitos. A economia não se recuperou como um todo. O capitalismo no mundo, mais uma vez, está em crise. Alguns apostam que ela será superada apenas com uma nova guerra mundial, como foi com a crise de 1929¹⁴. O *New Deal* apenas amorteceu os efeitos da primeira grande crise econômica mundial por superprodução. A recuperação da economia dos EUA se deu com o surto de industrialização no país, em razão da crescente demanda por armas e gêneros de primeira necessidade da Europa no período da Segunda Guerra Mundial. Era a volta do *American Way of Life*.

Os interesses e a grande concentração de renda da burguesia financeira mundial estão ameaçados. Não é incomum a consequente expansão do poder punitivo e das formas de controle.

Em contrapartida, aos poucos vão desaparecendo as garantias individuais, com criação de leis penais e processuais distanciadas das garantias constitucionais, na mesma proporção em que os privilégios da classe econômica dominante estão ameaçados. Por ora, é o direito à privacidade, tendo em vista o acesso a milhares de *e-mails* de particulares por parte do governo. Além disso, nos EUA, já se prende pessoas sem o devido processo legal em nome do combate

¹⁴ FERREIRA, João Paulo Mesquita Hidalgo; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira. *Nova História Integrada*. 1. ed. Campinas: companhia da escola, 2005. p. 495.

ao “terrorismo”. E é exatamente isto o que mais assusta: a formação de Estados autoritários sob o pretexto do combate ao crime, legitimado pelos discursos dos meios de comunicação de massa. Ademais, o bode expiatório do século XXI é o terrorista. É o combate ao terrorismo, como nas últimas ditaduras foi o combate ao socialismo, que vai justificar o avanço do Estado de polícia no mundo mais uma vez.

A expansão do poder punitivo fomenta a criação descomedida de novos tipos penais e a multiplicação de verbos, além de uma produção legislativa desgarrada dos princípios básicos do Direito Penal, das constituições republicanas, dos documentos internacionais de Direito Humanos e do Estado de Direito. São leis que incriminam condutas, por lesarem bens jurídicos abstratos de uma sociedade abstrata, bem ao sabor de regimes totalitários; que violam o devido processo legal, por permitir a negociação entre o investigador e o acusado, por exemplo, de modo que ele contribua para sua autoincriminação; e que afastam o princípio da taxatividade penal, sob o pretexto de que há crimes mais complexos na sociedade contemporânea que não cabem numa tipificação taxativa.

Assim, o poder punitivo tem sido legitimado e tem alcançado os cidadãos com cada vez menos dificuldade, tornando cada vez mais difícil a tarefa de observância da constituição.

3. OS DISCURSOS LEGITIMANTES DA PENA

É da natureza das revoluções realizar profundas transformações na sociedade. Elas representam uma ruptura com o passado e negação, em certa medida, de suas instituições e justificações nas áreas do conhecimento em geral nas ciências humanas em particular.

No campo das ciências políticas, as revoluções burguesas tornaram obsoletas as justificativas para o poder estatal: não era mais possível legitimar o poder terreno a partir de uma teoria do direito divino, por exemplo, como se fizera. Desta feita, surgem as teorias contratualistas, para citar um exemplo.

A ciência jurídica não passou incólume por esses influxos de ideias. O direito canônico teve sua importância substancialmente reduzida e foram resgatadas as instituições do direito romano. No Direito Penal, em especial, era necessário justificar a existência da pena, ou seja, quais seriam as suas finalidades e funções.

Surgem, então, as teorias legitimantes, que atribuem à pena funções declaradas ou manifestas e que constituem o discurso oficial de sua legitimação. Algumas das mais importantes serão apresentadas, embora sem pretensão de esgotar o assunto, mas destacando os seus principais pontos.

3.1.A pena como retribuição

A palavra retribuição tem raiz latina (*retributionis*) e significa compensar. Nesse sentido, a pena como retribuição é a imposição de um mal justo a um mal injusto, significando uma vingança. A pena não teria outro fim senão a imposição de um castigo correspondente ao mal causado: *punitur, quia peccatum est*¹⁵.

A pena como retribuição encontra adeptos na filosofia jurídica dos séculos XVIII e XIX, sobretudo Emmanuel Kant, para quem a justiça retributiva é lei inviolável, e em Hegel, que considera a imposição da pena necessária para reafirmação da norma violada, na medida em que o crime é a negação da norma e a pena é a negação da negação e, portanto, afirmação do direito¹⁶.

O artigo 147 do Código Penal expressa a influência da teoria da pena como retribuição na legislação brasileira, pois considera crime a ameaça a alguém de “causar-lhe mal injusto”. O Estado ameaça os indivíduos com a pena, coação psicológica que é o ponto central da teoria da pena como prevenção geral negativa. Não considerasse a pena um mal justo, estaria sua conduta tipificada. Então, ameaça é crime, salvo a do Estado, pois o mal que anuncia infringir é justo. A partir da distinção de um mal, legitima-se um crime do Estado.

Ademais, pena como retribuição não se justifica num Estado de Direito, porque a função do Direito Penal não é realizar vinganças, mas sim proteger bens jurídicos¹⁷.

3.2.A finalidade da prevenção da pena

A palavra prevenção (do latim *praeventio*) significa dispor-se de modo a evitar um dano. As teorias da pena, como prevenção geral e especial, tanto em seu viés positivo quanto no negativo, de fato, sugerem a ideia de aplicar a pena, a fim de evitar um novo crime. A teoria da prevenção geral é construída a partir dos efeitos simbólicos da aplicação da pena para a coletividade (reforço da confiança do povo no ordenamento e intimidação da generalidade dos indivíduos), ao passo que a teoria da prevenção especial toma em conta a atuação da pena sobre o indivíduo (ressocialização e neutralização).

3.2.1. Prevenção geral

¹⁵ Punido, porque pecou.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 454-455.

¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006. p. 456.

A função de prevenção geral atribuída à pena, do mesmo modo que a função de prevenção especial, possui vieses positivos e negativos, com o objetivo de evitar a prática de crimes futuros.

Há duas linhas de pensamento principais sobre a prevenção geral positiva, uma representada por Claus Roxin e outra por Gunther Jakobs¹⁸. Roxin chama de integração/prevenção “[...] a demonstração da inviolabilidade do direito, necessária para a preservação da confiança na ordem jurídica e reforçar a fidelidade jurídica do povo”¹⁹.

Na concepção de Roxin, a função preventiva geral da pena seria relativa, na medida em que é uma função dentre outras funções da pena, de natureza subsidiária, já que admite os meios de solução de conflitos que não a pena, e fragmentária, porque não pretende proteger todos os bens jurídicos violados na sociedade²⁰.

Juarez Cirino dos Santos afirma que Jakobs “[...] define prevenção geral positiva como demonstração da validade da norma, manifestada através de reação contra a violação da norma realizada às custas do competente responsável, necessário para reafirmar as expectativas normativas frustradas pelo comportamento criminoso”²¹. Portanto, função preventiva geral positiva atribuída à pena, para Jakob, é de afirmação da validade da norma jurídica penal infringida.

A pena não reestabelece a confiança dos indivíduos na norma, uma vez que a maioria esmagadora dos crimes nem sequer chegam ao conhecimento da autoridade policial ou Ministério Público, responsável pelo oferecimento da denúncia nos crimes de ação penal pública.

Por outro lado, a atribuição à pena da função de reafirmar a validade da norma é autoritária, porque desloca o foco da lei penal da proteção de bens jurídicos para reforço da norma considera em si mesma, independentemente do seu conteúdo.

A prevenção geral negativa, por sua vez, é concepção de que a pena tem a função de impedir crimes futuros pela ameaça, o que pressupõe sua efetiva aplicação. A pena teria uma função intimidadora, concepção tributária da teoria da coação psicológica de Feuerbach²².

Essa teoria fracassa, uma vez que a maior parte dos casos em que a pena devia ser aplicada não o é, inviabilizando sua execução. Devido a isso, não cumpre sua função de

¹⁸ Op. cit., p. 460-461.

¹⁹ Op. cit., p. 460.

²⁰ Op. cit., p. 460.

²¹ Op. cit., p. 461.

²² Op. cit., p. 459.

intimidação, porque não é uma consequência necessária. Ademais, aplicar a pena sob a justificativa de que inibirá a prática de crimes futuros por meio da ameaça viola a dignidade humana, posto que ninguém pode suportar uma pena para servir de exemplo para a coletividade, já que as pessoas têm de ser tratadas como um fim em si mesmo.

Soma-se a isso o fracasso das penas de cilícios medievais e da pena de morte, que, muito embora tão graves, não conseguiram produzir o efeito psicológico da intimidação e o fato do Estado empregar uma conduta que foi desvalorizada pelo próprio Estado, sendo considerada crime (art. 147 Código Penal).

3.2.2. Prevenção especial

Como assinalado, a função de prevenção especial da pena possui uma forma positiva e uma negativa, ambas tendo em conta a função da pena do ponto de vista do condenado.

A forma positiva da pena como prevenção especial indica que a finalidade da pena é ressocializar, reeducar e reintegrar o condenado. Esta evitaria, pois, novos crimes atuando no indivíduo, uma vez que ele é ressocializado e reeducado pela imposição da pena.

No entanto, o Estado não pode pretender corrigir as pessoas segundo seus padrões morais. Além disso, o fracasso da função de ressocialização da pena é demonstrado pelos altos índices de reincidência.

A pena como prevenção especial negativa, por sua vez, representa a neutralização do condenado. A pena evitaria crimes futuros, na medida em que neutraliza o condenado durante a execução da pena.

Como referido acima, a parcela dos autores de crimes que sofrem efetivamente a imposição da pena é ínfima. Então, a prisionalização não tem efeitos, ou efeitos mínimos, sobre número de crimes cometidos na sociedade, já que a maioria esmagadora dos autores de crimes não são punidos e, portanto, neutralizados.

CONCLUSÃO

O Estado de Direito é a antítese do Estado de polícia. Aqueles que mergulharem na aventura da construção de um Estado de Direito terão de se empenhar na contenção do poder punitivo para que, aos poucos, este se consolide. As revoluções burguesas, no aspecto liberal político, significam avanços na construção do Estado de Direito, mas ainda se está muito

distante do modelo ideal. Convém ressaltar, ainda, que estes avanços se deram, em grande parte, com a contenção do arbítrio do governante e com o enfrentamento do poder punitivo.

Estado de polícia e Estado de Direito coexistem simultaneamente em luta, em relação de exclusão recíproca. Não se pode imaginar que o Estado de Direito está pronto e acabado. Ele está em permanente construção, a qual depende em elevado grau de deslegitimação do poder punitivo.

As teorias legitimantes atribuem funções e fins à pena estatal, pretendendo justificar sua existência na sociedade moderna, mas cada uma delas esbarra em críticas, tanto do ponto de vista prático quanto do axiológico.

A grande missão do Direito Penal na construção do Estado democrático é deslegitimar o poder punitivo, conter os arbítrios para preservar as garantias do indivíduo contra o Estado. É pôr a proteção do indivíduo acima dos interesses do Estado. A dogmática penal é um dique de contenção do poder punitivo. Por isto, ela tem de ser construída, de modo a permitir que a pena alcance o indivíduo somente quando realmente for necessário e não houver outro modo de solução do conflito. É por este motivo que o Direito Penal é a *ultima ratio*.

Nesse sentido, Zaffaroni afirma que

[...] o Direito Penal não interpreta com meros fins especulativos, mas para orientar as decisões dos operadores judiciais, e o sistema de compreensão que ele constrói não é neutro (como em um puro pensar sistemático que busque eternidade e perfeição), mas sim corresponde a um objetivo político, previamente estabelecido (valorativo), que é a contenção do poder punitivo para fortalecer o estado de direito²³.

A proteção dos direitos fundamentais e às garantias individuais, assim como o respeito aos direitos humanos, requerem o resgate de um Direito Penal crítico, que não atenda ao odioso desejo de vingança do ser humano; que ponha as garantias individuais acima das razões de Estado e dos interesses abstratos da sociedade. Requer a construção de uma dogmática penal tão liberal quanto possível, consentânea com sua natureza mínima.

Para tanto, deve-se abandonar o senso comum. Num Estado de Direito, mesmo os mais odiados são sujeitos de direito. Deve-se resgatar o sonho de liberdade e igualdade socialista e repudiar suas contrafações autoritárias passadas e modernas. Se o Estado policial é o antimodelo contra o qual se ergue o Estado de Direito, conter o poder punitivo do Estado significa fortalecer

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. bras. de Nilo Batista.

o Estado democrático; a construção de um Estado *fraternal* depende e é consentânea com uma dogmática finalística teleológica redutora do Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo Batista. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ed. Rio de Janeiro: Revan, março de 2007.

FERREIRA, João Paulo Mesquita Hidalgo; FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira. *Nova história integrada*. 1. ed. Campinas: Companhia da Escola, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. *Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *et al. Direito penal brasileiro*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2006. vol.1. Trad. bras. de Nilo Batista.