

UNILEÃO  
CENTRO UNIVERSITÁRIO DOUTOR LEÃO SAMPAIO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIGY WESTPHAN OLIVEIRA

**A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE  
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2023

LUIGY WESTPHAN OLIVEIRA

**A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE  
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso – *Artigo Científico*,  
apresentado à Coordenação do Curso de Graduação  
em Direito do Centro Universitário Doutor Leão  
Sampaio, em cumprimento às exigências para a  
obtenção do grau de Bacharel.

**Orientador:** Me. Luis José Tenório Britto

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2023

LUIGY WESTPHAN OLIVEIRA

**A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE  
JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Este exemplar corresponde à redação final aprovada do Trabalho de Conclusão de Curso de Luigy Westphan Oliveira.

Data da Apresentação: 03/07/2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Me. Luis Jose Tenório Britto

Membro: Prof. Me. André Jorge Rocha de Almeida

Membro: Prof. Esp. Micael François Gonçalves Cardoso

JUAZEIRO DO NORTE-CE  
2023

## A APRECIACÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Luigy Westphan Oliveira<sup>1</sup>  
Luis Jose Tenório Brito<sup>2</sup>

### RESUMO

A pena, tida como a manifestação da pretensão punitiva do estado perante um fato social valorado, é amplamente discutida no debate jurídico e político da sociedade, principalmente no campo da criminologia que tem como objetos principais de análise: o crime, o delinquente, a vítima e os mecanismos de controle social, sendo a pena uma das principais manifestações de controle social que se apresentam através da norma penal. O presente trabalho tem como objetivo geral apontar as consequências jurídicas na realidade contemporânea, ante as finalidades da pretensão punitiva do estado, por meio da apresentação das teorias de finalidade e os fundamentos da pena, consistindo em uma pesquisa bibliográfica de natureza básica pura, que irá analisar os conteúdos de forma qualitativa e exploratória tendo como resultado esperado a ampliação da base teórica e epistemológica sobre as diversas teorias acerca do tema, de forma que a sua apreciação possibilite o aperfeiçoamento do debate jurídico nacional.

**Palavras Chave:** Fundamentos. Finalidades. Pena. Debate.

### ABSTRACT

Punishment, seen as the manifestation of the state's punitive claim against a valued social fact, is widely discussed in society's legal and political debate, especially in the field of criminology, whose main objects of analysis are crime, the offender, the victim and the mechanisms of social control, of the main manifestations of social control that are presented through the criminal law, The present work has as its general objective to point out the legal consequences in contemporary reality, given the purposes of the state's punitive intention, through the presentation of the theories of purpose and the fundamentals of punishment, consisting of in contemporary reality, given the purposes of the state's punitive intention, through the presentation of the theories of purpose and the fundamentals of punishment, consisting of in a bibliographical research of a pure basic nature, which will analyze the contents in a qualitative and exploratory way with the expected result of broadening the base Theoretical and epistemological analysis of the various theories on the subject, in such a way that its appreciation allows for the improvement of the national legal debate.

**Keywords:** Fundamentals. Purposes. Sentence. Debate.

## 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Graduando do Curso de Direito Do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio/Unileão e-mail: luigywestphan@gmail.com

<sup>2</sup> Professor Orientador do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio/Unileão

A norma penal, de acordo com o princípio da intervenção mínima, é a *ultima ratio*, representando o apelo social para que o estado utilize de seu *jus puniendi* como solução máxima para a resolução do conflito e da perturbação causada por um determinado fato social valorado pela comunidade, e a pretensão punitiva do estado encontra-se manifestada através da pena.

Ao longo da história da humanidade a concepção de pena sofria alterações condicionadas a fatores políticos, sociais, ideológicos e principalmente culturais. O sistema punitivo era exercido pelo poder dominante de maneira que realizava a apuração da conduta, valorando-a através da norma, e por sua vez, exercendo seu poder punitivo (MARQUES, 2016).

Diante deste fenômeno, com o aprimoramento da filosofia, sociologia e das ciências penais, buscou-se explicar, analisar e justificar o direito de punir exercido pelo estado. O estudo do direito penal e da criminologia busca abordar de forma essencial o conceito da pena, seus fundamentos e sua finalidade, tanto para compreender a história da sociedade quanto para analisar e buscar novas alternativas e soluções para a manutenção da ordem social.

Entretanto, hodiernamente, quando a finalidade da pena, bem como seus fundamentos deixam de ser devidamente apreciados na realidade política e jurídica, tal carência acarreta em prejuízo à qualidade do debate, tornando-o vazio sob uma perspectiva jurídico-filosófica, dando espaço para fenômenos como o populismo penal, o direito penal do inimigo, e o laxismo penal, por exemplo.

Sendo assim, quais efeitos jurídicos e políticos podem surgir quando se leva em conta os fundamentos da pena, bem como as teorias sobre a finalidade da pretensão punitiva frente à efetividade do sistema penal?

Considerando tal questionamento, é necessário apontar as consequências jurídicas na realidade contemporânea, ante as finalidades da pretensão punitiva do estado, por meio da apresentação das teorias de finalidade e os fundamentos da pena que mais tiveram impacto na história do ordenamento jurídico geral e no debate acadêmico, analisando as discussões populares a respeito da matéria penal, usando as teorias como parâmetro e discutindo os possíveis efeitos do estudo sobre a finalidade da pena, bem como a sua aplicabilidade na eficácia da norma penal.

Na primeira seção foi abordado a concepção da pena e seu desenvolvimento histórico, no qual foram apresentados os fundamentos da pena conforme cada contexto social, formulando os primeiros questionamentos sobre a finalidade da pena, as quais influenciaram

o debate acadêmico e o ordenamento jurídico.

A seguir, apresentou-se o movimento da nova defesa social, bem como as principais escolas que impactaram as ciências criminais no estudo sobre as razões e fundamentos da pretensão punitiva do estado.

Finalmente, na terceira e última seção do presente trabalho, foi feita uma análise das principais discussões modernas no âmbito da política criminal, usando as teorias da finalidade da pena como parâmetro para identificar as consequências jurídicas e políticas na realidade nacional ante a finalidade da pretensão punitiva do estado.

A presente pesquisa traz a importância do estudo da teoria da pena como forma de enriquecimento do debate jurídico e político nacional, mediante a apresentação e a análise de suas finalidades, pois, diante da compreensão teórica da real motivação por trás de toda atitude punitiva do estado mediante a sanção penal, tal conhecimento servirá de base e aprimoramento para toda e qualquer discussão: política, jurídica ou doutrinária na seara do sistema penal.

Desta forma, é imprescindível o conhecimento adequado sobre o estágio atual do debate público, bem como a análise sobre os diferentes tipos de funções e justificativas da pena dentro do campo teórico da doutrina (BITENCOURT, 2020).

Este trabalho não tem qualquer intenção de esgotar as discussões acerca do tema, mas pelo contrário, pretende abrir discussões teóricas a respeito da finalidade das sanções penais, que poderão indicar se o sistema legislativo, em matéria penal, realmente leva em consideração ou ignora a motivação, finalidade e a funcionalidade das penas aplicadas pelo estado.

O presente estudo foi realizado através de pesquisa bibliográfica, se utilizando de referências teóricas para a formulação de respostas para a problemática do tema (FONSECA, 2002), sendo pesquisa de natureza básica pura que busca ampliar os conhecimentos teóricos sobre o tema, sem pretensão prioritária em relação à sua utilização prática (LAKATOS, 2017).

A abordagem da pesquisa foi executada de forma qualitativa, com o uso de elementos explorados pela análise e interpretação de teorias (DENZIN; LINCOLN, 2006), tendo objetivo exploratório, que procura levantar informações sobre um determinado objeto (SEVERINO, 2007).

A base de dados para a realização da presente pesquisa consistiu primariamente na apresentação das teorias expostas nas obras de autores como Bitencourt e Marques. A pesquisa de dados complementares foi realizada por meio da plataforma Google Acadêmico, com os seguintes descritores: “finalidade da pena”; “populismo penal” e “direito penal do

inimigo”. Vale salientar que a presente pesquisa não apresenta filtro.

## **2 REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 A CONCEPÇÃO DA PENA NA HISTÓRIA**

A pena é definida como uma clara manifestação do *jus puniendi* estatal perante um delito caracterizado pela violação de um preceito legislativo pautado no sistema penal. Sendo assim, as características, fundamentos e finalidades da pena sofreram diversas alterações conforme a modificação do estado, bem como de suas concepções punitivas.

Logo, para um melhor discernimento sobre os fundamentos e fins da pena, é necessário analisar e levar em consideração a forma de estado, as características socioeconômicas, bem como a base epistemológica e cultural que serviram de fundamento ao sistema penal (BITENCOURT, 2020).

Por meio dessa análise, é possível identificar algumas características que surgiram em outros contextos históricos, mas que permanecem presentes nos tempos hodiernos. Seja no ordenamento jurídico ou no debate público no contexto do populismo penal, por exemplo, a presença de conceitos arcaicos fundamentados no castigo e na vingança oriundos da realidade cultural dos povos primitivos (MARQUES, 2016).

Dessa forma, é inviável discutir a pena como hoje como é conhecida, em especial as razões que justificam a sua atuação dentro do ordenamento jurídico, ignorando as origens da concepção da punição ao longo da história da humanidade, e seus diversos contextos sociais.

#### **2.1.1 A perpetuação da vingança desde os tempos primitivos**

Antes das primeiras discussões a respeito dos fundamentos da pena, bem como de suas finalidades, já existiam, desde os tempos primitivos, algumas concepções com relação à pretensão punitiva. O homem punitivo estabelecia seus meios de tutela social mediante castigos aplicados a transgressões (MARQUES, 2016).

Neste prisma, o castigo possuía determinadas finalidades tendo como principais objetivos: a indenização de determinado dano causado, a inibição de um novo dano, a segregação de um determinado indivíduo considerado como degenerado, e por fim, escarnecimento do inimigo (NIETZSCHE, 1883).

A Vingança era tida como principal fundamento que servia como base de aplicação do

castigo, que, de forma simbólica, buscava suprimir a atuação do malfeitor através do banimento ou aniquilação feita pelo grupo que repudiava a ofensa cometida (MARQUES, 2016).

Apesar de alguns elementos de tais finalidades do direito primitivo ainda se fazerem presentes até mesmo na modernidade, tais práticas não encontram fundamento para legitimar o sistema penal dentro de um estado democrático de direito, pautado na racionalidade.

Considerando o contexto do caráter primitivo, a concepção de punição estava totalmente associada com a cultura e a crença de determinado povo, desta forma, a vingança era influenciada por totens e rituais, sem qualquer compromisso racional com a justiça, e aplicando penas desproporcionais; esta fase da vingança passou a ser chamada pela doutrina de vingança divina (BITENCOURT, 2020).

Conforme a evolução social e o advento da lei de talião, houve o surgimento da vingança privada que determinava uma reação proporcional ao delito cometido, baseado na premissa do olho por olho, dente por dente (BITENCOURT, 2020). Por ser exercida de forma individual e arbitrária, recaía não só para o combatente, mas também para sujeitos vulneráveis como crianças, pessoas doentes e até mesmo para figuras alheias como animais e coisas (MARQUES, 2016).

Gradativamente, a sociedade passou a notar que a vingança e o castigo, na ausência de discernimento, se alastraram descontroladamente de forma que qualquer resposta perante a um castigo ou vingança serviria de combustível para o seu crescimento, de maneira que não existiria nenhum sujeito capaz de deter esse fenômeno (FIGUEIREDO, 2014).

Devido a estes acontecimentos, no intuito de evitar uma tragédia de extermínios causados pela vingança privada, tal pretensão punitiva foi gradativamente sendo transferida a um poder central, fazendo com que o particular ficasse inibido de exercer a vingança, sendo considerada como uma infração penal (MARQUES, 2016).

Desta forma, com a centralização de poder, ocorre o advento da vingança pública que tinha como finalidade primária a proteção do soberano, contudo, as características arbitrárias e desproporcionais da punição mediante a crueldade e desumanidade continuaram presentes (BITENCOURT, 2020).

Diante das sucessivas evoluções e adaptações do caráter de vingança, é possível considerar que a norma penal estatal estaria absorvendo o caráter vingativo da pretensão punitiva, e com isso possibilitando o surgimento de uma compreensão do imaginário coletivo da sociedade, passando a satisfazer suas demandas (SÁNCHEZ, 1992).

Contudo, o elemento da violência presente desde a época das fases da vingança e do



castigo do direito penal primitivo ainda se faz necessário, pois nota-se que as normas penais garantidas pelo poder estatal, se utilizam da violência que serve de base para manter a vigência da ordem social (MARQUES, 2016).

As diferenças que podem ser identificadas entre os sistemas penais ao longo da história, não estão no caráter de vingança, pois o mesmo tende a permanecer e se adaptar conforme os diferentes contextos sociais, mas sim nas finalidades da pena ao longo da história e das particularidades dentro de cada ordenamento jurídico (MARQUES, 2016).

### **2.1.2 A abordagem medicinal do preceito punitivo na idade média**

Após a queda do império romano e com o início da idade média, o direito penal no ocidente sofreu forte influência da cultura e religião dos povos germânicos, que através do chamado “ordálios ou juízos de Deus”, eram desenvolvidos ritos cruéis e supersticiosos.

Os ritos consistiam em práticas de tortura, tais como caminhar em brasa quente, ou forçar o mergulho em água fervente, com o objetivo de “provar a sua inocência”, tais práticas impossibilitavam o direito de defesa, e a punição era praticamente certa (FOUCAULT, 2003).

Contudo, é de se considerar que o direito germânico também trouxe evolução para o direito penal, através do advento da prática da composição pecuniária chamada de *verhgeld*, que consistia em uma proposta alternativa à vingança, sendo um termo de paz realizado entre as partes e por intermédio de um árbitro que estabelecia a transação pecuniária, dessa forma a vingança, mútua e cíclica, dava lugar à paz (FOUCAULT, 2003).

Com a chegada do cristianismo, a igreja teve papel fundamental na construção da unidade e estabilidade entre os povos, formulando primeiramente um estado teocrático por meio de Carlos Magno, que intervinha na eleição de bispos e na promulgação de concílios como leis do império, contudo, seus sucessores passaram a se submeter cada vez mais ao poder eclesiástico (GILISSEN, 1995).

A punição tanto em sua fase primitiva, quanto na época da antiguidade, tinha como principal finalidade o objetivo de agradar diversas divindades; já na idade média, com a ascensão do cristianismo, tal finalidade foi direcionada para um deus único, perante o qual o autor do delito deveria prestar contas (MARQUES, 2016).

O direito de punir, assim como toda a estrutura da idade média, era fundamentado na autoridade de Deus, sendo a pena o instrumento de represália contra a violação dos preceitos divinos, com o objetivo de expiação dos pecados e a salvação da alma para a vida eterna (BITENCOURT, 2020).

Tal fundamento da pena explica o surgimento da privação da liberdade, solução proposta pela igreja com o objetivo de fazer com que o condenado medite sobre sua conduta, e conseqüentemente, se arrependa da ofensa cometida (COSTA, 1953).

Santo Agostinho, tido como um grande influenciador do pensamento medieval passou a encarar a pena não como só uma espécie de punição, mas também como espécie de penitência, pois tal pena contribuía para a condução do criminoso ao arrependimento antes que houvesse o juízo final (MARQUES, 2016).

Já São Tomás de Aquino, tinha a pena como uma justa retribuição, pois a justiça dos homens deveria tentar se inspirar ao máximo na justiça divina, sendo assim seguindo o exemplo divino na busca da promoção da moral, promovendo uma justiça penal retributiva e comutativa (MARQUES, 2016).

A comunhão de ideia entre esses autores focaram mais na justiça divina do que na terrena, em razão disso, a concepção de pena para eles representava uma constituição da vontade divina, que não tinha como prioridade uma retribuição jurídica, mas sim na conversão do praticante do delito e a expiação dos seus pecados (COSTA, 1953).

### **2.1.3 Da formulação de utopias frente ao absolutismo da pena na modernidade**

Chegada à modernidade, o pensamento filosófico, político e jurídico, sofreu forte influência renascentista, a fundamentação divina dos aspectos sociais deu lugar às concepções tanto absolutistas como também utópicas acerca do funcionamento do estado (MARQUES 2016).

Maquiavel, que trazia noções oriundas da época moderna, exaltava o uso de intimidação feita pelo estado através de atuações e penas severas, tese defendida inclusive nos tempos hodiernos por algumas pessoas que acreditam na eficácia da severidade das leis penais na prevenção dos crimes, preconizada pelos movimentos atuais de lei e ordem (MARQUES, 2016).

Na mesma linha, Hobbes encontrava na intimidação do estado o fundamento para a sua soberania; na ótica do autor, a prática delituosa representava uma afronta às leis instituídas pelo soberano, contudo, defendia o princípio da legalidade, disciplinando a pena como uma resposta imediata diante da violação da lei (MARQUES, 2016).

A pena tinha como fundamento o pacto social, pois, diante da visão pessimista de que o homem em seu estado natural estaria inclinado a violência generalizada, advinda da competição, somente o contrato social poderia instituir a pretensão punitiva estatal, mediante

a lei, para coibir a violência entre os homens (HOBBS, 2003).

Desta forma, o prejuízo causado pela sanção instituída pela lei deveria ser maior do que o benefício advindo da transgressão do pacto social, de modo que o temor causado pela sanção fosse suficiente para convencer a sociedade a obedecer à lei ao invés de violá-las; neste contexto, a pena teria a finalidade de reprimir a ofensa mediante o seu rigor, e ao mesmo tempo teria efeito preventivo perante os homens (HOBBS, 2003).

Em paralelo a essa concepção, Thomas More, em sua obra utopia que tratava sobre um modelo de sociedade ideal sem tribunais penais, foi um dos primeiros autores a trazer uma concepção de pena com a finalidade de reeducar o delinquente, não enxergava uma efetiva eficiência da pena, ao invés disso, buscava evitar as causas originárias do crime (MARQUES, 2016).

Diante das mazelas sociais, nenhuma pena, por mais rigorosa que fosse, seria suficiente para impedir o indivíduo que tem no crime seu único meio de sustento, tendo em vista a denúncia do autor, de que nem mesmo a pena de morte, que representava o auge da finalidade repressiva da lei, foi suficiente para diminuir os delitos de roubo (MORE, 1993).

Como alternativa ao questionamento sobre os efeitos de uma sanção penal no contexto das mazelas sociais, foi proposto que o estado, ao invés de impor penas pesadas, deveria garantir meios de subsistência aos indivíduos para que nenhum homem enxergasse no crime a única alternativa para a sua sobrevivência (MORE, 1993).

Nesta época, imperou a concepção de lesa-majestade, sendo o Monarca a principal representação do estado e do divino, o delito seria não só uma ofensa ao estado como também um sacrilégio perante a concepção divina, pois a autoridade real era tida como sagrada, sendo necessária para conter as paixões do indivíduo (BITENCOURT, 2020).

Nesse contexto, a pretensão punitiva amparada pelo estado e pela religião, se mostrava imponente e incontestável, de modo que, na justiça penal, não imperava o princípio do duplo grau de jurisdição, e a finalidade da pena não era outra senão reafirmar a autoridade do soberano mediante o sofrimento infligido ao criminoso e o suplício, como única medida cabível representava o desequilíbrio de poder entre o súdito e o soberano (MARQUES, 2016).

Com base nas teorias expostas pelos autores citados, conclui-se que o renascentismo e o absolutismo da idade moderna trouxeram uma concepção intimidativa da pena como retribuição do estado diante de uma transgressão de sua ordem, ao mesmo tempo em que se desenvolveram alguns pensamentos idealistas que abordaram a pena sob uma ótica social e reeducadora, que até hoje estão presentes no debate da política penal.

### **2.1.4 Do desenvolvimento teórico acerca das finalidades da pena na contemporaneidade**

Com o advento do liberalismo, houve o fim gradativo da vingança pública bem como o suplício no campo penal. A partir daí, houve uma busca maior por uma justiça mais humana, uma vez que a pena passou a ter a função de proteger a sociedade ao invés de proteger o poder monárquico do rei, de modo que a pretensão punitiva do estado deveria encontrar um equilíbrio entre a falta cometida e a sanção aplicada (MARQUES, 2016).

A religião também deixou gradativamente de ter grande impacto sobre os fundamentos da pena, pois diante das influências da filosofia iluminista, houve o predomínio da razão, de modo que a pena deixou de ter o caráter espiritual de penitência e passou a priorizar a razão e o interesse da sociedade acima da religião e de suas bases teológicas (BITENCOURT, 2020).

No contexto liberal, o direito assume uma postura diferente, pois ao invés de assegurar o crescimento do estado, buscou, contudo, inibir o seu crescimento desenfreado através da política do estado mínimo, e conseqüentemente, passou a ter um olhar mais atencioso com os abusos provenientes de sanções penais desproporcionais ou infundadas. Diante dessa nova proposta, surgiram diversas correntes do direito penal para discutir a finalidade da pena e sua eficiência (FOUCAULT, 2008).

Sobre os aspectos criminológicos, abordar-se-á na próxima seção o desenvolvimento contemporâneo das escolas contextualizando o aprimoramento das teorias da finalidade da pena bem como suas bases até a chegada da nova ordem de defesa social.

## **2.2 AS ESCOLAS PENAIIS E A NOVA ORDEM DE DEFESA SOCIAL**

### **2.2.1 Escola Clássica**

Diante do liberalismo, tido como novo fundamento da pena, surgiu primeiramente a escola clássica; tal modelo não possuía caráter homogêneo em suas teorias sobre a finalidade da pena, pelo contrário, ficou marcada pela dualidade entre o jusnaturalismo liberal e o contratualismo de Rousseau (BITENCOURT, 2020).

Dentre os grandes expoentes da escola Clássica destaca-se Carrara, que considerava o direito natural como principal fundamento da pena, de modo que seja ponderado pelo estado, considerava a pena como um preceito da lei eterna, que por sua natureza teria a função de tutelar o direito da humanidade, bem como a preservação social, correspondendo sempre ao senso de consciência universal (CARRARA, 1971).

Na mesma linha, Kant, concebia a lei como um imperativo categórico, portanto, reafirmava o caráter retributivo da pena ao estabelecer que a sanção se justifica pela ordem ética. Nesse contexto, a pena, assim como a lei e o homem, é um fim em si mesma, ou seja, sua finalidade consiste apenas em retribuir a infringência do imperativo categórico (BITENCOURT,2020).

Por sua vez, Hegel acreditava na pena como uma reafirmação do direito, não entrando no mérito da relação entre a pena e o ofendido, mas sim tratando o preceito punitivo como uma reação lógica frente à violação da lei, que por sua vez representa o desejo popular de punir o criminoso em razão do delito cometido (HEGEL, 1997).

Tal movimento também contribuiu para o desenvolvimento de certa humanização das ciências penais. Beccaria protagonizou tal discussão ao refletir que a pena tinha como finalidade a prevenção geral, indo de encontro às teses retributivas, ou seja, prevenir que novos delitos não sejam cometidos, tendo como fundamento o contratualismo, atribuindo à pena um caráter utilitário e individual, sendo esta, dentro do possível, munida de rapidez, necessidade e proporcionalidade (BECCARIA, 2002).

Romagnosi, seguindo uma linha contratualista e se opondo ao retributivismo, descartava o caráter vingativo da pena. Em sua concepção, a pena não deve ser direcionada a responder um fato passado, mas sim, pois, ter o papel de defender a ordem social mediante a prevenção geral pela intimidação. Nesse contexto, o preceito punitivo servirá como contra estímulo ao delinquente, reforçando o caráter proporcional da pena perante a inclinação do criminoso (ROMAGNOSI, 1956).

Ao ter uma breve noção sobre os aspectos da corrente clássica, conclui-se que houve avanços quanto às discussões dos limites tanto da aplicação, quanto da cominação de penas, bem como a apresentação de diversas teorias que explicavam a finalidade da pretensão punitivas do estado, sendo fundamentado seja pela utilidade, legalidade ou necessidade da pena (BARATTA, 1991).

Contudo, a noção predominante continuou a ser a teoria absoluta da pena, bem como seu caráter retributivo. Em tal contexto, a pena era representada como um mal necessário, seja com o intuito de proteger a tranquilidade pública, ou reafirmar a imponência do estado frente a transgressão da lei cometida pelo criminoso (MARQUES, 2016).

### **2.2.2 Escola Positiva**

A partir do século XIX surge o positivismo criminológico proveniente da escola

positiva, que ao contrário da escola clássica que tinha como base o liberalismo e o contratualismo, buscou afastar o cunho filosófico do estudo do direito penal e se aproximar das produções científicas por meio do método empírico-indutivo (MARQUES, 2016).

Na perspectiva da escola positiva, o foco de estudo seria o criminoso e não o delito, sendo este considerado apenas como uma manifestação do caráter periculoso do delinquente, que por sua vez, estaria inclinado a praticar crimes. Para alguns autores, em razão de uma suposta patologia de forma que nesta corrente de estudos os criminosos não são dotados de livre-arbítrio, ao invés disso, são considerados como indivíduos efêmeros (LÓPEZ, 2004)

Inicialmente, Cesare Lombroso foi um dos primeiros estudiosos a teorizar sobre a origem da inclinação delitiva do criminoso. Segundo o autor, tais comportamentos teriam origem antropológica, explicadas pelo atavismo que trazia o crime como uma forma de herança genética proveniente dos povos primitivos (BITENCOURT, 2020).

Entretanto, apesar das teses lombrosianas deixarem lacunas em muitos questionamentos sobre a questão delitiva e da natureza do criminoso, a nova percepção trazida pelo estudo antropológico mostrou que diante da variedade do comportamento e da motivação oriunda do crime, se faz necessários meios diferentes de finalidade da pena que vão além do caráter retributivo (MARQUES, 2016).

Enrico Ferri, grande expoente da escola positiva, contestou o livre-arbítrio dos criminosos ao trazer diferentes classificações de criminosos: natos, loucos, habituais, de ocasião e por paixão, e, conforme sua tese, para cada categoria deveria incidir um tipo diferente de pena (MARQUES, 2016).

Contudo, era evidente que a principal finalidade da justiça penal seria a de preservar a existência da sociedade. Nesta linha, o fundamento da pretensão punitiva se sustentava na defesa social, de modo que a pena tida como um castigo para a escola clássica, passou a obter um caráter de pena-defesa e pena-educativa, no intuito de prover a preservação social (MARQUES, 2016).

Garofalo, por sua vez, trouxe a noção de delito natural que é definido como uma ofensa ao senso moral, que era composta pelos sentimentos de piedade e probidade, conteúdo desconhecido pelo criminoso, que de acordo com o autor, era um ente desprovido de qualquer senso de benevolência ou misericórdia (GAROFALO, 1893).

A pena indeterminada era por muitas vezes defendida entre os pensadores da escola positiva, uma vez que a pena tinha como objetivo propiciar ao criminoso uma adaptação à sociedade, e na ausência dessa adaptação, o criminoso poderia ser considerado como “incurável” (GAROFALO, 1893).

A concepção sobre a finalidade da pena era pautada na teoria da prevenção geral, em que houve também a noção que este tipo de prevenção também produzia efeitos para o indivíduo que não fosse delinquente, pois reafirmava o bom comportamento do cidadão, de modo que a ameaça da pena fortifica a justificação moral da conduta do cidadão (MARQUES, 2016).

Na escola positiva, havia forte contestação ao sistema retributivo preconizado pela escola clássica, bem como a culpabilidade, pois os fins da pena não se fundamentam no castigo como uma resposta a uma violação da ordem social, mas sim como uma abordagem protetiva manifestada pela sanção, que duraria até que cessasse a periculosidade do criminoso, ou, caso o delinquente não fosse recuperado, de sua completa segregação (GAROFALO, 1893).

### **2.2.3 Correccionalismo**

O correccionalismo já era discutido e abordado antes mesmo do advento da escola positiva, tal corrente trouxe a concepção da pena como caráter medicinal, ou seja, um remédio para corrigir as inclinações criminosas do delinquente, de forma que o vigor da legislação fosse recuperado e a saúde social fosse assegurada (MARQUES, 2016).

A pena correccional, inicialmente trazida por Röder, era direcionada conforme a individualidade de cada criminoso, de modo a proporcionar uma transformação interna e sua correção moral. Na ótica do autor, tais efeitos consistem no principal objetivo da atividade penal (MONTERO, 1973).

Concepción Arenal e Pedro Montero se destacaram nessa escola diante da crise do sistema retributivo da pena. O sistema clássico não conseguiu produzir efeitos, porquanto não reduziu as infrações, pelo contrário, houve aumento nos casos de reincidência nos delitos, e diante de tal situação, a corrente correccional ganhou força como uma alternativa promissora (MARQUES, 2016)

Nesse contexto, a pena passou de mero castigo e se converteu em uma medida educacional de tratamento do criminoso, de modo que contra este não se deve recair nenhum tipo de vingança punitiva, mas, ao invés disso, oferecer medidas pedagógicas, trazendo benefícios tanto para o delinquente como para a comunidade social (ARENAL, 1941).

O delito, na ótica correlacionista, seria um sintoma de anormalidade psíquica do infrator que mais uma vez é evidenciado pelo caráter medicinal da pena, que é representada como um remédio de caráter medicinal e pedagógico que rompe com o sistema penal

repressivo que não traz nenhum benefício social, a pena, pois, deve ter como fim a preservação social, sendo regeneradora e preventiva em razão de buscar o afastamento da periculosidade de um indivíduo (MONTERO, 1915).

#### **2.2.4 Von Liszt e o positivismo**

Por volta do final do século XIX, Von Liszt trouxe para o debate internacional do direito penal uma nova concepção para o sistema penal, que procurava conciliar alguns princípios das teses da escola clássica com a escola positiva, criando assim a escola moderna alemã (BITENCOURT, 2020).

Essa nova concepção positivista sustentava conceitos retributivos da escola clássica, indicando a importância do poder intimidativo das sanções em abstrato frente ao indivíduo, no caso do cidadão prudente, a lei reforçaria o valor do estado perante seus princípios, e no caso do delinquente, a pena seria consequência da violação do preceito legal, sendo um mal que responderia ao crime para servir de contrapeso às tendências criminosas (LISZT, 2003)

Os partidários a este novo modelo acreditavam que o correccionalismo havia falhado como modelo de finalidade da pena, e que tal movimento acentuou ainda mais a ocorrência de crimes. Tal visão sobre a finalidade ressocializadora da pena contribuiu para justificar as teses repressivas desta escola (ARAÚJO JÚNIOR, 1991).

Ao endossar a tese da escola positiva sobre a pena indeterminada, alguns estudiosos desse modelo moderno de positivismo acreditavam que o afastamento do infrator perante o meio social seria a principal finalidade da pena, pois, durante este período, o criminoso estaria impossibilitado de cometer novos delitos, trazendo, desta forma, um sentimento maior de segurança na sociedade (GUNTHER, 2009).

Contudo, os direitos fundamentais e humanos deveriam ser observados e mantidos quanto a pena imputada bem como suas condições, pois se assim não fosse, essa nova concepção traria à tona o direito penal do inimigo (GUNTHER, 2009).

O novo modelo inovou ao desviar o foco da finalidade da pena no sentido de priorizar uma política criminal preventiva, de forma que a intimidação da pena esteja relacionada não a sua gravidade, mas sim, pela certeza da eficácia de sua aplicação, pois a motivação do crime consistiria também na sensação de impunidade, fator que deve ser evitado pela pretensão punitiva (MARQUES, 2016).

A questão da emenda do criminoso ainda constitui finalidade na execução penal, devendo haver uma individualização no sentido de adaptar a punição à realidade do infrator,



mas quanto à finalidade da pena em abstrato, esta continua a ser uma reafirmação do poder punitivo do estado, de modo que a pena seja um dano causado ao criminoso, tornando-o inócuo para novos crimes e desta forma garantindo a manutenção da ordem jurídica (LISZT, 2003)

### **2.2.5 A Nova Ordem de Defesa Social**

Após as mazelas da segunda guerra mundial, onde imperou o tecnicismo jurídico, houve a ascensão de movimentos humanitários. Em 1948, por meio da Sociedade Internacional de Defesa Social, sob a presidência de Felippo Gramática, foram desenvolvidas as ideias iniciais de um novo movimento que revolucionou as teses contemporâneas sobre a pena e o sistema penal (MARQUES, 2016).

Inicialmente, tal movimento trazia propostas de substituição da pena por medidas de ressocialização do criminoso, consideradas como medidas de defesa social; alguns membros mais radicais ousaram propor um “direito de defesa social” que substituiria o próprio direito penal (ANCEL, 1979).

Por intermédio das ideias de Marc Ancel, foi apresentada uma doutrina mais moderada deste movimento intitulada de Nova Defesa Social, que propunha meios alternativos de caráter preventivo diversos do padrão do direito penal daquela época, tendo como prioridade a prevenção do crime bem como o tratamento do delinquente no sentido da ressocialização (MARQUES, 2016).

Nesse sentido, a nova defesa social rompe com a característica de vingança e expiação proveniente da teoria retributiva e passa a focar na ressocialização do delinquente, indo também de encontro ao positivismo moderno ao romper com a lógica que condiciona a pena ao delito, passando a não só considerar o delito, mas também o indivíduo e o tratamento cabível, pois o criminoso, uma vez condenado e afastado da sociedade, não pode ser posto em condições que impossibilitem sua reintegração à sociedade (MARQUES, 2016).

Este movimento foi inclusive considerado como um movimento preterpenal em razão de sua característica de questionar as instituições quanto ao desempenho de humanizar as punições, e se necessário, reformular ou até mesmo abolir do sistema penal as instituições que não se adequassem a esses princípios, pois o movimento não considerava o direito penal como único e nem melhor meio para alcançar a proteção social (ARAÚJO JUNIOR, 1991).

Além do manifesto repúdio à pena capital, também houve uma reafirmação sobre o caráter de *ultima ratio* do direito penal, pois ao abordar os crimes de bagatela a nova defesa

social propõe a descriminalização de determinadas condutas em razão de uma superação da valoração proveniente de novos valores sociais ou pela ínfima lesão a um determinado bem jurídico (ARAÚJO JUNIOR, 1991).

A nova defesa social também revolucionou o sistema penal ao trazer para o campo do debate o estudo da vitimologia que visava meios de reparação à vítima pelo dano causado pelo crime, que pode acarretar consequências físicas e emocionais comprometedoras ao sentimento de segurança, sendo assim, seria de suma importância a atuação de entidades para dar a devida assistência à vítima (MARQUES, 2016).

O sistema penal tradicional tratava a vítima apenas como um elemento probatório que teria a sua importância condicionada ao andamento do processo, contudo o movimento da nova defesa social influenciou o aprimoramento desse debate que impulsionou, inclusive na atualidade, a criação de entidades que visam definir, discutir e assegurar os direitos da vítima, tendo seu ápice em 1985, ao ser aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas uma declaração acerca dos direitos fundamentais da vítima (FERNANDES, 1995).

Outra tese de destaque na nova defesa social trata-se da intitulada Política Criminal Alternativa. Esta tese de conteúdo radical fundamenta-se na premissa de que o sistema penal sofre forte influência de bases ideológicas, em razão de agir efetivamente para privilegiar as classes dominantes em detrimento das camadas sociais mais vulneráveis. Sob esta ótica, os estudiosos desta política criminal alternativa sustentavam que até mesmo a legislação penal estaria contaminada, em razão de certa omissão quanto a crimes mais danosos, como os de natureza econômica, por exemplo (ARAÚJO JUNIOR, 1991).

Desta forma, era proposta a extinção das penas privativas de liberdade em razão de sua ineficiência na defesa social, bem como os ônus que esta proporciona ao tecido social, e enquanto este objetivo não fosse cumprido, caberia ao estado iniciar um largo processo de descriminalização e despenalização com o intuito de passar o controle social do estado para a comunidade para regular as condutas desviadas de menor potencial lesivo (ARAÚJO JUNIOR, 1991).

Entretanto, tal proposta não poderia ser aplicada aos crimes mais graves, situação esta que impossibilita o objetivo de afastar as penas privativas de liberdade, sendo esta até então o remédio cabível para a manutenção da segurança social. Diante de tais fatores, o movimento de nova defesa social representa ao mesmo tempo uma tese atual, pois trouxe inúmeros avanços e questionamentos sobre a atuação da pena, ao mesmo tempo em que se destaca o seu caráter progressista, principalmente quanto ao desenvolvimento dos direitos humanos no sistema penal (MARQUES, 2016).

## 2.3 EFEITOS: EFICÁCIA E EFETIVIDADE DA PENA NO BRASIL

O ponto central da discussão sobre a finalidade da pena diz respeito aos seus efeitos quanto a sua eficácia e efetividade como preceito secundário dentro da norma penal. Inicialmente, é necessário conceituar brevemente os termos frente à norma jurídica, sendo a eficácia o elemento teleológico, ou seja, a finalidade desejada pelo autor da norma, enquanto a efetividade diz respeito ao comportamento social diante de determinada norma (NADER, 1996).

### 2.3.1 A presença da teoria absoluta da pena e o castigo

Tendo sua origem na escola clássica, a teoria absoluta com fins retributivos da pena se perpetua durante toda a história do direito penal, não deixando de ser atual na realidade brasileira, a sua eficácia divide opiniões, tendo em vista que a finalidade consiste em usar a sanção como resposta a ofensa do preceito primário da norma penal (ROXIN, 1993).

Sob a efetividade, a teoria absoluta trouxe avanços ao romper com o caráter desproporcional da vingança pública proveniente dos regimes absolutistas, pois, se a punição é uma resposta à violação do preceito da lei, isso significa que a pena não poderá ultrapassar o limite legal, na mesma linha; considerando o livre-arbítrio, também não poderá ultrapassar a culpabilidade do autor, de forma que a teoria retributiva contribuiu para a manutenção dos princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

Contudo, a principal crítica sobre a teoria absoluta consiste no questionamento sobre a razão do castigo ser o único meio de retribuição à ofensa cometida, tal ausência da justificativa da pena resulta em risco de legitimação de sistemas radicais e autoritários pautados no direito penal do inimigo (FERRAJOLI, 2006), fenômeno este que é presente na realidade jurídica nacional e no senso comum da sociedade.

Já com relação ao apenado, a teoria retributiva é eficaz em razão de limitar a pena à culpabilidade do criminoso, contudo, quanto a sua eficiência, ainda está sujeita ao populismo penal proveniente do fundamento do castigo que ainda é pautado na vingança pública, que embora tenha sua atuação limitada pela lei, ainda se perpetua no sistema punitivo (FIGUEIREDO, 2014).

### 2.3.2 A teoria relativa e a coação psicológica

A teoria preventiva, inicialmente desenvolvida na escola positiva, adaptou sua eficácia conforme cada contexto histórico e social, justamente por seu aparato sociológico e criminológico buscou modelar o caráter preventivo da pena, sendo este geral perante a sociedade, ou especial diante do criminoso, sendo positiva no sentido de reafirmar a eficácia da lei frente ao escopo social, ou negativa no sentido de intimidar a população ou o criminoso (BITENCOURT, 2020).

Quanto a efetividade, a teoria preventiva buscou, de certa forma, superar a vingança residual das teses retributivas, pois tal elemento não pode ser admitido no contexto de um estado democrático de direito, devendo se limitar a proteger os bens jurídicos, não podendo, sem qualquer finalidade, responder uma ofensa com outra ofensa por meio do castigo. O estado não pode se portar como uma instância terrena que busca ideais de uma justiça divina (MARQUES, 2016).

No contexto da efetividade da prevenção negativa perante o apenado, que tem como fundamento a coação psicológica para evitar a reincidência, existe o entendimento que tal modelo pode criar a tendência de uma intervenção estatal desenfreada, que, em determinados casos, não encontra fundamentação nos casos em que não há perigo de reincidência por parte do infrator (ROXIN, 1993).

A prevenção geral negativa, por sua vez, também é pautada na intimidação, mas com direcionamento à comunidade, de forma a gerar uma reação no tecido social diante da pena mais dura imputada ao criminoso como uma forma de aviso que serve de ameaça a outros potenciais delinquentes (MARQUES, 2016).

Tal forma de punição não encontra efetividade diante dos indivíduos que não são intimidados, tal modelo também pode vir a ferir a dignidade humana, pois o castigo seria efetuado não com base no criminoso ou em suas ações, mas sim como um meio de intimidar outros indivíduos (ROXIN, 1993).

Também se questiona uma falha na fundamentação dessa teoria, no quesito da reação social, pois, em tese, o estado precisa mostrar que o mal da pena é maior que o benefício do crime. Na prática, a sociedade já possui certa noção do dano da conduta criminosa nos casos de crimes comuns (JAKOBS, 1997).

Entretanto, nos crime de origem econômica, em diversos casos existe toda uma estrutura que atua racionalmente para obter benefício do crime, sendo praticado muitas vezes por uma elite econômica ou política, em que essa intimidação parece não ser contundente perante estes sujeitos, transmitindo a ideia de que o crime pode compensar nessas condições,

de forma que torna a prevenção geral negativa menos efetiva (JAKOBS, 1997).

### **2.3.3 A Teoria ressocializadora e a realidade carcerária**

Tendo como base os princípios da escola correcionalista, surgiu, a partir do século XX, a teoria socializadora que tinha como ponto central estabelecer que a finalidade da pena deve ser a ressocialização do condenado, beneficiando tanto o preso como também o próprio meio social em que este está inserido (MARQUES, 2016).

Entretanto, mesmo tendo como base os princípios da teoria correcional é importante salientar a existência das diferenças entre os dois modelos teóricos, pois, enquanto a teoria correcional foca no caráter qualitativo da transformação do preso mediante a pena, por meio de uma mudança particular proveniente da vontade e atitude do próprio apenado, a teoria socializadora possui uma abordagem mais pedagógica de caráter tutelar que busca junto ao apenado a melhor forma de reinserção social (MOLINA e GOMES, 1996).

Tal reintegração social poderá ter programas de caráter mínimo ou máximo, sendo o primeiro resumindo-se apenas à finalidade de fazer com que o apenado respeite a ordem jurídica e as leis vigentes de forma que não volte a cometer crimes, funcionando como uma prevenção especial positiva (MARQUES, 2016).

Já o programa máximo, além de garantir a finalidade do programa mínimo, propõe uma transformação comportamental por meio de terapias que influem na personalidade do apenado. Tal programa é previsto na lei de execução penal brasileira que prevê, desde o seu primeiro artigo, a reintegração harmônica do apenado no seio social (JUNQUEIRA, 2017).

Contudo, existe uma crítica quanto à efetividade do programa máximo adotado pela execução penal, uma vez que, por influir em elementos delicados como a moral e a personalidade, o estado estaria praticando um abuso ao violar a liberdade individual e os fundamentos do estado democrático de direito (BITENCOURT, 1993).

Na mesma linha, por conta do programa influir na esfera de consciência do apenado, passando de certa forma a priorizar a personalidade do indivíduo em detrimento à sua culpabilidade, ou seja, rompendo com o direito penal de fato, ademais, certos tipos de criminosos não precisam de reintegração social, justamente por já fazerem parte da elite, como é o caso dos crimes de colarinho branco, fazendo com que a finalidade perda o condão de justificar a pena (PUIG, 1994).

Cabe ressaltar a crítica quanto a ineficiência prática deste modelo no Brasil, em razão do modelo só ser virtualmente eficaz, pois ao vislumbrar as condições carcerárias nacionais,

constata-se que na realidade o modelo não é posto em prática, neste sentido, cabe a crítica de caráter sociológico de que o modelo ressocializador pressupõe um meio social justo com potencial de acolher o indivíduo ressocializado, sendo ineficiente no contexto em que o cárcere ainda segue as concepções marginalizantes da teoria absoluta ou da prevenção geral negativa (BARATTA, 1997).

Apesar da tese socializadora não ser suficiente para justificar a finalidade da pena, esta poder ser complementada com a teoria geral positiva, uma vez que a punição reforçaria a efetividade da norma perante a sociedade ao mesmo tempo em que no campo da execução penal, fosse feito o programa com fins de reintegração social (MARQUES, 2016).

### **2.3.4 As teorias mistas e a crítica ao formalismo monista**

A partir do positivismo de Von Liszt se têm as primeiras teorias que mesclam os aspectos da teoria absoluta e relativa. Os partidários dessas novas teorias sustentam a crítica sobre as chamadas “soluções monistas”, ou seja, repudiam as teses que tratam que somente um modelo de finalidade da pena seria capaz de abarcar toda a complexidade dos fatos sociais protegidos pelo direito penal, buscando diferenciar fundamentos e fins da pena (PUIG, 2007).

Neste prisma, o fundamento da pena constitui o fato praticado de forma que os fins da pena não podem ultrapassar tal fundamento, dessa forma afastando a principal crítica a respeito das teorias preventivas que tinham a tendência de atribuir justificações externas ao fato cometido (BITENCOURT, 2020).

As primeiras teorias dividem-se em teoria conservadora e progressista. A primeira sustentava o caráter principal da teoria absoluta, tendo os elementos da teoria relativa como caráter complementar, já a teoria progressista invertia a ordem priorizando a prevenção e considerando a complementaridade da teoria retributiva. Porém, ambas as teorias sustentavam que a culpabilidade e a proporcionalidade, elementos da teoria retributiva, seriam os critérios limitadores da atuação do jus puniendi (FEIJOO SÁNCHEZ, 2007).

Roxin, por sua vez, faz uma crítica a essa adesão de diferentes teorias, pois ao invés de haver complementação poderia se ter uma multiplicação das problemáticas de cada tese, sendo assim, é proposto a teoria unificadora dialética, que rompe com a tese retributiva, estabelecendo que a finalidade tem de ser preventiva (BITENCOURT, 2020).

Tal teoria busca combinar os aspectos da prevenção geral para obtenção de efeitos perante a sociedade no sentido de reafirmar a efetividade da legislação penal, ao mesmo tempo em que, perante o apenado, propõe a prevenção especial positiva como garantia

individual, no sentido de promover a ressocialização do criminoso, desde que esta não chegue a tornar a sanção ínfima de modo que prejudique a confiança da sociedade, chamado de mínimo preventivo geral (ROXIN, 1997).

Mesmo rompendo com a tese retributiva, não se ignora, entretanto, o elemento da culpabilidade, este passa a ter um caráter secundário no sentido de controlar o limite máximo da pena conforme o caso concreto, de modo que a pena não pode ser aumentada em razão da culpabilidade, entretanto, poderá ser diminuída para fins preventivos (ROXIN, 1997).

A efetividade das teorias mistas consiste em influenciar a doutrina e legislação brasileira no acolhimento da individualização da pena bem como a adequação do preceito punitivo a cada caso concreto, aplicando os elementos de cada teoria (GRECO, 2004).

### **2.3.5 A teoria geral positiva e a nova defesa social**

A teoria da prevenção geral positiva definia a finalidade da pena como uma proteção à norma violada no sentido de impor a sanção para reafirmar perante a sociedade a confiança da norma e a excepcionalidade do delito. Tal teoria subdivide-se na tese fundamentadora e limitadora (PUIG, 1994).

A teoria fundamentadora expõe a ineficácia da pena em reparar o dano causado pelo crime. Para que o delito ocorra, não necessariamente precisaria da efetivação concreta do dano, mas sim apenas a violação da norma vigente, por isso a finalidade da pena não consiste em proteger os bens jurídicos, mas sim de reafirmar a norma vigente (JAKOBS, 1997).

Esta teoria, que teve forte influência da perspectiva hegeliana sobre o direito, não afasta os efeitos secundários da pena como a prevenção geral negativa, por exemplo, mas prioriza o caráter garantidor da pena no sentido de preservar a expectativa da sociedade frente à ordem jurídica vigente (JAKOBS, 1997).

Entretanto, a teoria fundamentadora sofreu fortes críticas quanto a sua efetividade por parte dos adeptos da nova defesa social e do direito penal mínimo, uma vez que, tal modalidade de prevenção geral positiva abre espaço para a ampliação da pretensão punitiva do estado conforme o contexto social, podendo deixar de lado a proporcionalidade e a culpabilidade em razão de não focar na relação da pena com o bem jurídico (MARQUES, 2016).

Diante dessas críticas, surge a teoria limitadora que, como o nome já diz, busca limitar a prevenção geral positiva a alguns elementos e princípios pautados no garantismo penal e na nova ordem de defesa social, sem, contudo, afastar totalmente os efeitos da teoria

fundamentadora (MARQUES, 2016).

A culpabilidade é o primeiro elemento que limita a prevenção geral positiva, uma vez que a finalidade positiva geral de conscientização da sociedade perante a norma só poderá ser alcançada se houver a plena preservação da individualidade de quem está sujeito a ela, limitando-se pela culpa e na eficácia da prevenção especial positiva de ressocialização (DIAS, 1999).

Na mesma linha, a prevenção deve ser limitada aos princípios da proporcionalidade, humanidade e ressocialização, de forma que exista um equilíbrio entre a lógica preventiva e o direito penal mínimo da lógica garantista (SÁNCHEZ, 1992).

Pois, conforme a doutrina garantista, o valor da pessoa humana constitui fundamento da limitação do *jus puniendi*, valor este que rechaça o castigo desproporcional, a tortura e a pena de morte, pois tais práticas comprometem a legitimidade do próprio estado (FERRAJOLI, 2006).

Sob uma perspectiva sociológica, no contexto em que a pena passa de mero castigo para um instrumento de proteção social, se tem a noção de que sociedades fracas e menos estruturadas sofrem maior dano na ocorrência de crimes, e por isso precisam de uma proteção maior para que o escopo social seja preservado (FOUCAULT, 2015).

Ao mesmo tempo que sociedades mais fortes e estabilizadas podem ter o privilégio de ter uma política criminal menos agressiva, visto que seu escopo social não corre tanto perigo diante de uma prática delituosa, portanto, ocorre o fenômeno da relatividade penal que não incide sobre o indivíduo, mas sim da utilidade social (FOUCAULT, 2015).

Há o questionamento sobre qual a situação real do Brasil e qual seria a melhor teoria cabível para fundamentar a razão de punir do estado na nossa legislação, ao interpretarmos o artigo 59 do código penal. Constata-se que há uma pretensão pela tese preventiva geral com aspectos retributivos ao estabelecer que o juiz observará a necessidade e suficiência da pena para a reprovação e prevenção do crime; além disso a constituição prevê princípios garantistas que limitam a punição e buscam a ressocialização do apenado (MARQUES, 2016).

Nesse contexto, nasce uma crítica sobre a efetividade prática desse sistema previsto na legislação nacional, uma vez que, diante de diversos mecanismos de diminuição de pena, progressão de regime e dispositivos de extinção de punibilidade, o Brasil ainda figura como um dos países mais violentos do mundo. Tal fato expõe a ineficiência da prevenção prevista em lei, surgindo entre muitos críticos a denúncia sobre uma ‘bandidolatria’ (PESSI, 2017)

O termo foi criado com o intuito de definir a atuação criminosa estimulada pela sensação de impunidade proveniente da supressão do caráter retributivo e preventivo da pena,



que apesar de estarem previstos na lei são suprimidos pelos elementos limitadores da pena pautados no garantismo penal (PESSI, 2017).

A denúncia sobre a bandidolatria provém originalmente do chamado laxismo penal, que é uma crítica à conduta judiciária no sentido de promover uma punição benevolente incompatível com o mal causado pela conduta criminosa e insuficiente do ponto de vista preventivo ao desconsiderar a periculosidade do agente e seu potencial de reincidência (DIP; MORAES JUNIOR, 2002).

Contudo, observa-se maior incidência desse fenômeno nos crimes de colarinho branco, como os de sonegação fiscal, por exemplo, uma vez que o legislador pune mais severamente os crimes de rua enquanto proporciona pena mais branda aos crimes de origem econômica, criando uma relativização da atividade punitiva não perante o fundamento da pena que é o fato, mas perante o sujeito e sua classe social, distorcendo o sentido da finalidade da pena (FELDENS, 2002).

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base no que foi estudado, o fundamento da pena sempre teve forte impacto sobre a finalidade da pretensão punitiva do estado, que leva em conta também o caráter epistemológico de cada cenário bem como a cultura de cada povo. É importante salientar que desde a formulação das concepções do que era pena na antiguidade até os tempos modernos, sempre houve algum elemento residual que perpetua até os tempos hodiernos.

A vingança e o castigo, por exemplo, apesar do aprimoramento do debate jurídico ao longo do tempo no sentido de promover uma justiça pautada nos valores iluministas e democráticos, é um claro exemplo desse elemento que se perpetua no seio da população. No campo teórico, constata-se que alguns aspectos da vingança pública ainda estão presentes nos fundamentos das teorias retributivas.

Também houve com o advento das teorias retributivas, muitos elementos que somam para o aprimoramento do sistema penal, como é o caso da culpabilidade e proporcionalidade como instrumentos reguladores dos níveis da pena, de modo que, diante do contexto liberal em que essas ideias surgiram, tais elementos servem de proteção aos abusos do poder estatal.

Com o desenvolvimento da criminologia e da sociologia na formulação das teses preventivas houve maior aprimoramento nas bases de estudos sobre a eficácia e efetividade da pena no tecido social, levando em consideração os aspectos peculiares de cada comunidade, fazendo com que a pena fosse além da retribuição e passasse a ter a utilidade de prevenir a

reincidência ou reafirmar a confiabilidade das leis penais perante a sociedade.

Através da adição das ciências sociais no campo do direito penal, a pena também assumiu um papel social no sentido de não só beneficiar a sociedade, mas também promover a ressocialização do preso, sendo este o método mais eficaz para prevenir a reincidência.

Na mesma linha, o movimento da nova defesa social trouxe um caráter mais humanitário ao direito penal. Nesse contexto, o apenado não seria um sujeito à parte do meio social, mas sim um componente deste, sendo também um sujeito de direito, afastando ainda mais o caráter de vingança e priorizando a eficácia tanto da prevenção quanto da ressocialização.

Entretanto, como foi observado neste estudo, cada teoria sobre a pena encontra obstáculo em alguma situação ou contexto social, de forma que a discussão nesse campo teórico não pode ser reduzida a determinismo, populismo, banalização ou ideologização das suas finalidades e fundamentos, mas pelo contrário, deve ser aprimorada e amplamente debatida no campo acadêmico, jurídico e político.

Ao abordar a questão da finalidade da pena no ordenamento jurídico nacional, percebe-se que há previsão legislativa de um modelo teórico a ser seguido, além dos princípios limitadores da prevenção geral previstos na nossa Constituição como é o caso do princípio da culpabilidade, da dignidade humana e da proporcionalidade.

Contudo, ao contemplar factualmente a realidade do sistema penal brasileiro, é difícil definir qual a finalidade da pena da pretensão punitiva estatal, por mais que no campo da política exista um forte embate ideológico entre os adeptos da tese retributiva e da teoria socializadora, o Brasil não consegue estabelecer efetivamente qualquer teoria de finalidade da pena.

Pois, conforme demonstrado, a pena para uns consegue ser extremamente retributiva no sentido mais arcaico da teoria, quanto à rigorosidade da pena e a imposição de uma vingança pública através do populismo penal e do direito penal do inimigo.

Já com as teses socializadoras e correccionalista, o país enfrenta o problema de ter uma péssima estrutura carcerária que não tem condições sequer de dar o mínimo de dignidade, ficando ainda mais distante de uma política pedagógica capaz de ressocializar o apenado. Ademais, a própria situação do tecido social não é apta para receber um indivíduo marginalizado de volta a seu seio.

No caso das teorias preventivas, como abordadas na última seção, ao observar a situação do avanço da criminalidade e da violência, constata-se que diante de tantas brechas legais e falhas processuais há o sentimento de impunidade perante a sociedade, no caso da

prevenção geral, e não há intimidação capaz de frear os casos de reincidência quanto a prevenção especial.

Ao fazer um retrospecto geral sobre a efetividade da pena, constata-se que não há um aprimoramento nem um comprometimento por parte do estado em estabelecer verdadeiramente qual é a sua razão de punir e em que essa razão de punir se fundamenta.

Diante de uma sociedade fraca do ponto de vista foucaultiano, a realidade jurídica nacional apresenta a peculiaridade de ter um relativismo penal que não consegue estabelecer objetivamente qual é o seu objetivo de punir, fazendo com que o indivíduo fique refém das arbitrariedades do ordenamento jurídico e da própria vontade do estado.

Sendo assim, se faz necessário maiores estudos sobre os efeitos da pena, pois antes do estabelecimento de qualquer legislação ou preceito punitivo, é preciso observar se tal sanção está em consonância com a real finalidade da pretensão punitiva do estado.

## REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. **A nova Defesa Social**. tradução da 2a. ed. rev. e notas por Osvaldo Melo. Rio de Janeiro, Forense, 1979.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Impunidade & Cia**. O globo, v. 13, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado**. ARAÚJO Jr. João Marcelo de (coord). Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**.v.1. ed. 26 . São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Rev da Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**. Trad. Ortega Torres. Bogotá, Temis, 1971. v.1.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la Historia de la Filosofía**. Trad.esp. Mariano Ruiz Funes. México: Utena, 1953.

DENZIN, N. K. e LINCOLN, Y. S. (Orgs.). **O planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. ed 2. Porto Alegre: Artmed, 2006.

DIP, Ricardo; MORAES JUNIOR, Volney Correa Leite de. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Millennium, 2002.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

FIGUEIREDO, Maria Patricia Vanzolini. **Nêmesis, o papel da vingança no direito penal**. Tese (Doutorado em direito penal), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3º ed. Trad: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Tradução. Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: Curso no Collège de France**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia: Estudo sobre o delito e a repressão penal**. Trad. Júlio Matos. São Paulo: Teixeira & Irmãos Editores, 1983.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2ª ed, Trad. A. M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GÜNTHER, Püschel. “**Crítica da Pena I**”. In F. P.; MACHADO, M. M. Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günter. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes. 1ª edição. 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. Tradução por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal**. Parte general. 2ª ed. Madrid M. Pons, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação**

**penal especial**. Vol. 1.. Saraiva Educação SA, 2017.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. e comentários José Higino Duarte Pereira atual. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 8.ed.São Paulo: Atlas, 2017.

LOPÉZ, Francisca Cano. **“La Influencia del Positivismo en la Criminología y Penología Españolas: Orígenes y primeros pasos de la prevención especial como fin de la punición**. In: **Mitologías y Discursos sobre el Castigo: História del Presente y posibles escenarios**. Coord.Iñaki Rivera Beiras. Barcelona: Antrophos, 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 3º ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MELLIM FILHO, Oscar. **Ética de interesses versus ética de princípios: Cesare Beccaria e a justificação da punição legal**. Dissertação (Mestrado em Filosofia), Faculdade de Filosofia, Pontificia Universidade Católica de Campinas, 2000.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MONTERO, Pedro Dorado. **El derecho protector de los criminales**. Vol. 2. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para um nuevo derecho penal**. Barcelona: Anacleto, 2003.

MORE, Thomas. **Utopia**. Tradução de Jefferson Luiz Carmargo e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**.5. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para a Genealogia da Moral**. 3º ed. Trad. Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e democídio**. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona. Ariel Derecho, 1994.

PUIG, Santiago Mir. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

ROMAGNOSI, Giandomenico. **Génesis del Derecho Penal**. Trad. Carmelo González Cortina e Jorge Guerreri. Bogotá: Temis. 1956

ROXIN, Claus. **“Sentido e limites da pena estatal”**. In: problemas fundamentais de direito penal. 2ª ed. Trad Ana Paula dos Santos Luís Ntscheradetz. Lisboa: Vega, 1993.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Fundamentos. La estructura de la teoría Del delito. Tomo I.** Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civictas, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: José Maria Bosch, 1992.

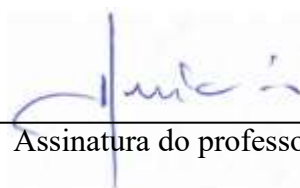
SÁNCHEZ, Bernardo José Feijó. **Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal.** Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** São Paulo: Cortez, 2007.

## **PARECER DE FORMATAÇÃO / NORMATIZAÇÃO**

Eu, Hudson Josino Viana, professor com formação acadêmica em Administração e especialização em Docência na Educação Profissional, Científica e Tecnológica, pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará, membro da empresa Papers et al. inscrita no CNPJ: 50.318.267/0001-08, realizei a formatação / normatização conforme ABNT e Manual da IES do trabalho intitulado A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÂNEO, do aluno Luigy Westphan Oliveira e orientador Me. Luís José Tenório Britto. Declaro este TCC apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio / Unileão.

Juazeiro do Norte, 20 / 06 / 2023.



---

Assinatura do professor

## **PARECER DE TRADUÇÃO DO RESUMO PARA LÍNGUA INGLESA**

Eu, Patrícia Karla Filgueira Borja Almeida, professor(a) com formação Pedagógica em Letras:Língua Inglesa-Licenciatura, pela Instituição de Ensino Superior URCA – Universidade Regional do Cariri, realizei a tradução do resumo do trabalho intitulado A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÂNEO do (a) aluno (a) Luigy Westphan Oliveira e orientador (a) Luis Jose Tenório Britto. Declaro que o ABSTRACT inserido neste TCC está apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 17/06/2023

Patrícia Karla Filgueira B. Almeida

Assinatura do professor

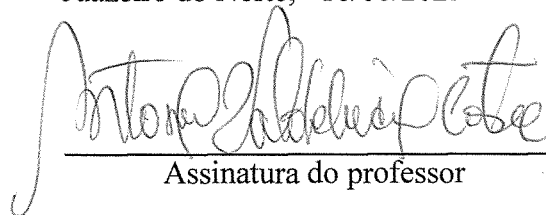
*Patrícia Karla Filgueira B. Almeida*  
**Professora de Inglês e Espanhol**



## PARECER DE REVISÃO ORTOGRÁFICA E GRAMATICAL

Eu, ANTONIA VALDELUCIA COSTA, professor(a) com formação Pedagógica em Letras: Língua Portuguesa-Licenciatura, pela Instituição de Ensino Superior UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI - URCA, realizei a revisão ortográfica e gramatical do trabalho intitulado **A APRECIÇÃO DAS FINALIDADES E FUNDAMENTOS DA PENA NO DEBATE JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**, do (a) aluno (a) Luigy Westphan Oliveira, e orientador (a)\_ Luis Jose Tenório Brito. Declaro este TCC apto à entrega e análise da banca avaliadora de Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário Doutor Leão Sampaio/Unileão.

Juazeiro do Norte, 16/06/2023



---

Assinatura do professor