

Penas

Uma breve história de violência

Francisco José Vilas Boas Neto¹

SUMÁRIO: I.- Introdução; II.- Seria a pena um ato de violência?; III.- A dogmática penal como forma de limitação da violência; IV.- A teimosa persistência da violência penal; V.- Conclusão; VI.- Referências.

RESUMEN: Entendiendo que el poder de castigar es un poder político ejercido hegemónicamente, se muestra históricamente que la pena se aplicaba como expiación aflictiva al cuerpo del condenado. Así, es claro que la historia del castigo es la historia de la violencia ejercida por el Estado en perjuicio del individuo. La desaceleración de la violencia delictiva, entre otros factores, se debió en gran medida al desarrollo de la dogmática penal, que permitió la elaboración de institutos como el principio de legalidad, la culpabilidad, el bien jurídico, entre otros. Aún con el desarrollo de la dogmática en el sentido de crear mecanismos tendientes a limitar la intervención penal, existe una persistencia y continuidad en la imposición del sufrimiento por la aplicación de la sanción, ya sea por las denominadas penas ilícitas, o por las penas lícitas que no se aparten de su justificación violenta.

RESUMO: Compreendendo que o poder de punir é um poder político exercido hegemonicamente, mostra-se como historicamente a pena foi aplicada como expiação aflitiva ao corpo do condenado. Assim, percebe-se que a história da pena é a história da violência perpetrada pelo Estado em desfavor do indivíduo. O abrandamento da violência penal, dentre outros fatores, deu-se em grande parte pelo desenvolvimento da dogmática penal, que possibilitou a elaboração de

¹ Doutor em Direito Penal pela PUC Minas, mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta e graduado em Direito pela PUC Minas. Professor de Direito Penal de cursos de graduação e pós-graduação em Direito.

institutos como o princípio da legalidade, culpabilidade, bem jurídico, dentre outros. Mesmo com o desenvolvimento da dogmática no sentido de criação de mecanismos que visam a limitação da intervenção penal, constata-se uma persistência e continuidade na imposição de sofrimento pela aplicação da sanção, seja pelas chamadas penas ilícitas, seja pelas penas lícitas que não se afastam da sua fundamentação violenta.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal – Pena – Violencia

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Pena – Violência

I.- Introdução

O que seria um ato de violência?

Violência é um constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, que obriga essa pessoa a fazer o que lhe é imposto, podendo ser um ato de crueldade, de perversidade ou de tirania. Na percepção de Hanna Arendt (2011), a violência é um instrumento de coação, exercido por aquele que detém autoridade no exercício de alguma forma de poder. Já nas lições de Marilena Chauí (2018), violência é a redução do outro à condição de coisa.

No Brasil, por definição legal, conforme preceitua o artigo 7º da Lei 11.340 de 2006, uma violência poderá ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

A lei preceitua como violência física qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal; a violência psicológica é entendida como qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; a violência sexual é definida como qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sexualidade, que impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou que limite

ou anule o exercício de direitos sexuais e reprodutivos; por violência patrimonial a lei traz qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as necessidades; por fim, a violência moral é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Por ocasião do julgamento realizado em 13 de dezembro de 2016, no habeas corpus número 134.670², de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, tal qual previsto na Lei 11.340 de 2006, entendeu que são formas de violência a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Há também a definição de violência política, trazida pela Lei 14.192 de 2021, que prevê como ato de violência toda ação, conduta ou omissão com a finalidade de impedir, obstaculizar ou restringir os direitos políticos da mulher.

Ainda que as definições tenham sido trazidas pelas leis que visam coibir a violência doméstica e/ou contra a mulher, os conceitos descritos devem ser compreendidos como conceitos legais para o ordenamento jurídico como um todo. Esta é uma percepção lógica da hermenêutica jurídica, pois no mesmo ordenamento jurídico uma circunstância não pode ser considerada como violência e não-violência ao mesmo tempo. Seria um paradoxo jurídico se um fato *fosse e não fosse* ao mesmo tempo. Assim, as definições de violência extrapolam o âmbito de aplicação da Lei 11.340 de 2006 e da Lei 14.192 de 2021. Por tal razão, esses conceitos podem ser entendidos como uma definição legal sobre o que venha a ser considerado um ato de violência conforme o direito brasileiro.

II.- Seria a pena um ato de violência?

Entendido o conceito, a pena, em qualquer circunstância, deverá ser considerada como um ato de violência:

Acrescenta-se que o direito penal, porquanto circundado por limites e garantias, conserva sempre uma intrínseca brutalidade que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se

² Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363149/false>

acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo. (FERRAJOLI, 2010, p.15)

No mesmo sentido:

A importância deste primeiro alerta reside no fato de que toda consequência penal é uma manifestação de violência. Não se pode, portanto, separar o conceito de direito penal do conceito de violência. É porque o direito penal tem em si a violência, que os esforços para limitá-lo representam um marco que tem por escopo dar legitimidade àquela violência, a partir da sua justificação. (BRANDÃO, 2019, p. 31)

Alves (2019) também advertiu que mesmo o direito penal sendo uma reação à violência, a pena, *per se*, é um ato institucionalizado de violência. Seria a violência do Estado contra o cidadão, formalizada pelo direito penal e chamada de sanção penal ou simplesmente de pena. A sanção penal enquanto resposta ao crime é em si um ato de violência, punindo-se a violência do crime com a violência da pena.

Nesse contexto:

Se, no segundo destes atos, como se dirá daqui a pouco, se deve ver uma pena, isso significa que também a pena, assim como o delito, é um mal ou, em termos econômicos, um dano; quando o homicida, por sua vez, é morto pelo carrasco, em lugar de uma só, há duas mortes: parece, por isso, à primeira vista, que o castigo, a um mal, agrega outro. (CARNELUTTI, 2015, p. 27)

Quanto à intensidade da violência praticada pelo Estado sob a justificativa da aplicação da pena, vale a descrição de Nogueira:

[...] nas suas várias épocas, as seguintes penas: morte simples (pela mão do lictor para o cidadão romano e pela do carrasco para o escravo), mutilações, esquartejamento, enterramento (para os Vestais), suplícios combinados com jogos de circo, com os trabalhos forçados, *ad modlem*, *ad metallum*, nas minas, nas *lataniae*, *laturnae*, *lapicidinae* (imensas e profundas pedreiras, destinadas principalmente aos prisioneiros de guerra). Havia

também a perda do direito de cidade, a infâmia, o exílio (*a interdictio aqua et igni* tornava impossível a vida do condenado). Os cidadãos de classes inferiores e, em particular, os escravos, eram submetidos à tortura e a toda sorte de castigos corporais. (NOGUEIRA, 1956, p. 22)

Para descrever essa violência penal, Foucault afirma:

Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris aonde devia ser levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; em seguida, na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1999, p. 8)

Ao comentar o julgamento real de Guglielmo Piazza, Verri narra:

Comove toda a humanidade a cena da segunda tortura com a corda de cânhamo que, deslocando as mãos, fazia com que elas se dobrassem sobre os braços, enquanto o osso do ombro saía de sua cavidade. Guglielmo Piazza exclamava enquanto se preparava o novo suplício: *Me matem que vou gostar, porque a verdade eu já disse*, e depois, enquanto se iniciava o cruelíssimo deslocamento das juntas, dizia: *Que me matem os que estão aqui*. Depois, aumentando a tortura, gritava: *Oh Deus, estou sendo assassinado, não sei nada, e se soubesse alguma coisa não estaria até agora sem dizer*. O martírio prosseguia e aumentava gradualmente. (VERRI, 2000, p. 22)

É explicado por Foucault que no século XVIII a maior parte da legislação europeia permitia arrebeitar um acusado sobre uma roda, para depois torturá-lo

por açoite até que perdesse os sentidos. Depois de açoitar o acusado, ele seria suspenso por correntes e deixado para morrer de fome. A marca de ferro como imposição de suplício físico ao criminalmente acusado, segundo Foucault, foi abolida na Inglaterra em 1834 e na França em 1832, mas o uso do chicote permaneceria em alguns sistemas penais como na Rússia e na Prússia.

Como descrevem Colen e Castilho, para Foucault a imposição do martírio físico possuía um significado:

Para tanto, a pena, para ser considerada suplício, deve obedecer a alguns critérios, tais como produção de uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar. O suplício, segundo o autor francês, deve corresponder, com o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos, à gravidade do crime, à pessoa do criminoso e ao nível social das vítimas. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 29)

O castigo penal, como arte da imposição das sensações insuportáveis ao corpo, admitia a tortura, o suplício e o sofrimento como retribuição para o crime. A violência física era extrema e não eram raros os casos de pessoas sendo crucificadas, queimadas vivas ou mutiladas por aqueles que detinham o poder de punir.

Não é possível determinar ao certo a origem da imposição do martírio como castigo criminal, mas no século XVIII, nas suas Observações sobre a tortura, Verri desconfia de como a prática da imposição de intenso sofrimento físico foi introduzida no sistema penal:

A invenção da tortura, a cremos em *Ramée, Constit. Criminal*, art. 58 e Juan Luis Vives, nos comentários a S. Agost, *De Civit. Dei, lib. XIX, cap. VI*, deve ser atribuída ao último rei de Roma, *Tarquínio*, o Soberbo, *A Massêncio* e a *Falarides*, cabe louvar o criminalista *Remée*, pois aos menos escolheu judiciosamente três conhecidíssimos tiranos. [...] A origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição, e é provável que a tortura seja tão antiga quanto antigo é o sentimento do homem

de dominar despoticamente outro homem, quão antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pelas luzes e pela virtude. (VERRI, 2000, p. 99)

Pelas lições de Alves:

As penas corporais são as que tendem a punir o culpado através da dor. As penas incidem sobre o corpo e o afligem. As que contendem com as faculdades activas ou passivas das pessoas. As que tendem ao derramamento de sangue, à amputação de membros, à dor ou à pura incomodidade. (ALVES, 2019, p. 302).

Como explica Colen e Castilho (2021), as marcas trazidas pelos suplícios no corpo do condenado serviriam para demonstrar a força e o triunfo da justiça.

No contexto brasileiro, o uso da pena enquanto imposição de suplício físico e elemento de crueldade, pode ser exemplificado na condenação de Tiradentes³. Ele foi executado e esquartejado e o seu sangue foi utilizado para lavar a certidão de que estaria cumprida a sentença. Sua cabeça decapitada foi erguida num poste onde hoje se localiza a cidade mineira de Ouro Preto e os seus restos mortais foram espalhados pelas estradas.

É possível afirmar que nos dias de hoje a lei penal brasileira não determina a imposição desse tipo de sofrimento àquele que sofre a intervenção penal. Todavia, os registros históricos, alguns de conhecimento notório, demonstram que no Brasil e no mundo a violência cruel imposta pelo Estado ao indivíduo esteve amparada, quase sempre, no discurso de reprovação do mal do crime com o mal da pena.

Além de Tiradentes, é possível mencionar apenas por interesse de registro, a condenação imposta a Sócrates ou aos milhares de torturados e mortos pelo regime nazista durante o período da Segunda Guerra Mundial. Também cabe mencionar a condenação criminal imposta a Jesus Cristo, que foi obrigado a carregar a cruz pela qual seria crucificado vivo.

³ MARCHIONI e BAZAGLIA. Disponível em <https://www.justificando.com/2020/04/21/o-processo-de-tiradentes-e-sua-surpreendente-semelhanca-com-atuais-procedimentos-penais/>. Consulta realizada em 17 de setembro de 2021.

Apesar das diferenças temporais entre as condenações de Sócrates, Jesus ou Tiradentes, elas guardam um mesmo estilo de utilização da sanção penal, que leva em consideração a pena como imposição de castigo físico.

Por outro lado, como salienta Carnelutti (2009), é possível medir o avanço de uma sociedade pela forma que ela trata o seu criminoso. Talvez por isso, aos poucos, procurou-se amenizar a intensidade das sanções penais.

Ao comentar essa questão, afirmam Colen e Castilho:

A partir do século XVIII, há um aumento gradativo da insatisfação contra a crueldade das penas corporais. Tal inconformismo, como nos informa Foucault (2017; p. 73), vem de diversos setores, tais como filósofos, teóricos do direito, magistrados e, até mesmo, de legisladores. Alegava-se que as penas corporais revelavam, na verdade, o excesso, a sede de vingança sem limites do poder soberano que se materializava na nobreza, mais especificamente na figura do Rei. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 27)

A diminuição da intensidade do castigo dita por Foucault (1999, p. 12) como “uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação”.

Ao descrever o desaparecimento desse sofrimento extremo, Foucault afirma:

No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturaram-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de

administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas — condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade — são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas — “cena repugnante”, dizia Real; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

Com o abandono da imposição pública de sofrimento ao condenado, o Estado não assumiria mais, ao menos publicamente, a violência que estaria ligada ao exercício do poder de punir.

Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício. O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco a ela que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custa ter que impor. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

Há uma sugestão no texto de Foucault que o abandono do suplício público, dentre outros motivos, ocorre também para que a sociedade não veja a humanidade do condenado, pois a partir do momento em que se reconhece o criminoso como um ser humano, poder-se-ia criar com ele certa empatia.

[...] os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 1999, p. 13)

O texto de Foucault foi publicado originalmente na segunda metade do século passado, mas já no século XVIII, Verri demonstrava a falta de sentido na imposição de intenso sofrimento à pessoa acusada por algum crime:

Se o crime é certo, os tormentos são inúteis, e a tortura é aplicada desnecessariamente, mesmo que constituísse um meio para desvendar a verdade, já que, entre nós, o réu sabidamente culpado é condenado, ainda que não confesse o crime. Neste caso, portanto, a tortura seria uma injustiça, porque não é justo fazer um homem padecer desnecessariamente, e padecimento da maior gravidade. (VERRI, 2000, p. 95)

No mesmo sentido, Beccaria:

Entre as penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. (BECCARIA, 2001, p. 31)

Dallari, por sua vez:

Praticar tortura contra uma pessoa é uma forma covarde de cometer violência física, psíquica e moral, fazendo sofrer a vítima, degradando o próprio torturador e agredindo valores que são de toda humanidade. Tem havido momentos na história humana em que a prática de violência se torna rotina. (DALLARI, 2000, p. VII)

A par do abandono da previsão legal da imposição pública de sofrimento intenso, é possível afirmar que as penas possuíam uma essência inegavelmente aflitiva, sendo que ao corpo do condenado era imposto um intenso martírio físico. Mas também é inegável que a violência sobre o corpo não deixou de permear a aplicação da sanção penal:

Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão, a interdição de domicílio, a deportação — que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos — são penas “físicas”: com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. [...] O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. (FOUCAULT, 1999, p. 15)

Mesmo a história do direito penal tendo caminhado para o abrandamento das penas de natureza cruel, a imposição de violência extrema resistiu nos ordenamentos jurídicos, como no exemplo da aplicação da pena de morte.

A pena de morte que outrora era aplicada de forma torturante, pelo desmembramento de partes do corpo, esquartejamento, crucificação ou pelas fogueiras, quando pessoas eram queimadas vivias, passou a ser mais “civilizada”, pela utilização do enforcamento, guilhotina ou por injeções letais. Quanto a isso, o que se pode dizer é que a morte cruel foi abandonada, mas a crueldade da pena de morte insistiu em permanecer.

Nesse ponto é importante ressaltar as lições de Beccaria, para quem o assassinato tão reprovável pela sociedade, é tolerado quando aplicado pelo Estado.

Ao que parece, o Estado que nas lições de Hobbes (2003) é um mal necessário, seria o verdadeiro lobo do homem.

Como Foucault explica, foi em meados do século XIX que o grande espetáculo da punição física começou a desaparecer, excluindo-se da visão pública

a encenação da dor. O desaparecimento dos suplícios foi mais ou menos alcançado no período compreendido entre 1830 e 1848.

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto nem de acordo com um único processo. Houve atrasos. Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países mais reacionários ao cancelamento dos suplícios: talvez por causa da função de modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao *habeas-corpus* haviam dado à sua justiça criminal; principalmente, sem dúvida, porque ela não quis diminuir o rigor de suas leis penais no decorrer dos grandes distúrbios sociais do período 1780-1820. Por muito tempo, Romilly, Mackintosh e Fowell Buston não conseguiram atenuar a multiplicidade e o rigor das penas previstas na lei inglesa — esta “terrível carnificina”, dizia Rossi. Sua severidade (ao menos nas penas previstas, uma vez que sua aplicação se afrouxava à proporção que a lei parecia excessiva aos olhos dos júris) havia aumentado, pois em 1760 Blackstone constatara a existência de cento e sessenta crimes capitais, na legislação inglesa, que somavam duzentos e vinte e três em 1819. Devemos levar em consideração também as acelerações e recuos que o processo global seguiu entre 1760 e 1840, a rapidez da reforma em certos países, como a Áustria, a Rússia, os Estados Unidos, a França no momento da Constituinte, depois, o refluxo da Contra- Revolução na Europa e o grande temor social de 1820 a 1848; as modificações, mais ou menos temporárias, ocasionadas pelos tribunais ou pelas leis de exceção; a distorção entre a teoria da lei e a prática dos tribunais (longe de refletir o espírito da legislação). Tudo isto torna bem irregular o processo

evolutivo que se desenvolveu na virada do século XVIII ao XIX. (FOUCAULT, 1999, p. 19)

É preciso deixar claro que o poder sobre o corpo não deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Não há dúvidas de que a pena não seria mais focada na técnica do martírio, mas é importante ressaltar que a privação pura e simples da liberdade, de certa forma, não deixa de ser uma expiação imposta ao corpo.

Nos ordenamentos jurídicos atuais, a vedação à imposição de violência extrema ao condenado encontra expressa disposição. O texto constitucional brasileiro prevê em seu artigo 5º, inciso III, que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; no mesmo artigo, inciso XLVII, alínea “e”, há a previsão de que não haverá penas de natureza cruel. A legislação brasileira ordinária, inclusive, conforme pode ser extraído da Lei 9.455 de 1997, criminaliza a prática de tortura.

A lei brasileira está de acordo com o artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o artigo 1º das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), que trazem o direito à integridade física e a vedação à prática de tortura e de tratamento cruel.

Não é possível negar que a história da pena seja uma história de violência. Por outro lado, com base na literatura e na evolução da legislação, é possível afirmar que a história da dogmática penal é uma história de luta para limitação dessa violência.

A diminuição da intensidade do sofrimento penal imposto ao condenado ocorreu, dentre outros fatores sociais, em razão do desenvolvimento da ciência penal que, nas lições de Brandão (2019), consistiram em esforços para legitimar e justificar o poder de punir atribuído ao Estado. Na mesma linha Alves (2019) sustenta, quando trata da crítica e da humanização das leis, que a doutrina advoga pela postergação das penas cruéis, que são desproporcionais e inúteis.

A dogmática, como forma de conhecimento e aperfeiçoamento do direito penal, possibilitou o desenvolvimento de institutos que foram pensados no intuito de limitação do poder de punir. O desenvolvimento de alguns desses institutos será visto a seguir.

III.- A dogmática penal como forma de limitação da violência

Partindo da premissa do reconhecimento da pena como a reação violenta do Estado frente à prática criminosa, a dogmática penal desenvolveu formas, ao longo da sua história, de limitação desse poder. A título de exemplo é possível citar, conforme preceitua Brandão (2019), que no século XVIII Beccaria lançaria as primeiras bases para o desenvolvimento do princípio da legalidade que viria a ser desenvolvido por Feurbach no Século XIX. Cita-se ainda, segundo o mesmo autor, a teorização da culpabilidade por Karl Binding e da tipicidade por Ernst Von Beling. A própria construção da noção de bem jurídico foi desenvolvida com vias de limitação da intervenção penal.

Quando escreve o texto *Dos delitos e das penas no século XVIII*, Beccaria lança as bases para o princípio da legalidade. Todavia, mesmo antes dele, por volta do ano de 1215, conforme descrevem Colen e Castilho, a Magna Carta Inglesa editada pelo Rei João Sem Terra, já traria no seu artigo 39 algo parecido com aquilo que foi descrito pelo Marquês Bonensana.

Durante a Baixa Idade Média, retoma-se a discussão do direito. E, nesta nova fase, promulga-se a Magna Carta de João Sem Terra em 1215 e que representa o embrião do princípio da legalidade. Na esteira de Yacobucci (1998), não podemos nos esquecer da importância da Carta Magna de 1215. (COLEN e CASTILHO, 2021, p. 37)

De toda forma, foi com a Revolução Francesa que o referido princípio teria encontrado coro nos ordenamentos penais, como forma de limitação da intervenção estatal.

No Brasil o princípio da legalidade está positivado na legislação penal desde o Código Criminal do Império de 1830. O artigo primeiro desse código previa que não haveria delito sem uma lei anterior que o qualificasse⁴. Por ele, é preciso compreender que a lei asseguraria à pessoa que ela não seria punida se não houvesse uma previsão legal antecedente, que descrevesse a conduta por ela praticada como sendo uma conduta criminosa.

Nas lições de Ferrajoli:

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Consulta realizada em 17 de setembro de 2021.

O princípio de mera legalidade que atua, conforme a fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, como norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes, e somente delas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, que chamarei de *primeiro postulado do positivismo jurídico*: trata-se, mais precisamente, de uma regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado). (FERRAJOLI, 2010, p. 344)

A Constituição brasileira prevê no seu art. 5º, inciso XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal. Na mesma literalidade é o art. 1º do Código Penal que vigora desde 1940.

Na estreita compreensão da previsão do princípio da legalidade, é possível afirmar que: a) para que uma conduta seja considerada criminosa, ela deve ser prevista em lei; b) a lei que prevê o crime, para que seja aplicada, deve ser anterior à ação criminosa; c) a pena cominada deve estar dentro do parâmetro descrito pela lei penal, sendo anterior ao fato criminoso e; d) a lei penal, por tal razão, não poderá retroagir para alcançar fatos pretéritos.

O desenvolvimento do princípio da legalidade foi importante, porque ele veda a aplicação da pena sem uma regra positivada.

Como preleciona Toledo:

[...] da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição de invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. (TOLEDO, 1994, p. 25)

Para Beccaria:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só

pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei. (BECCARIA, 2001, p. 11)

Mesmo sem observar necessariamente um rigor metodológico, Beccaria ajudou na construção e desenvolvimento do princípio da legalidade como forma de limitação da intervenção penal.

O princípio da legalidade é importante, pois como ensina Brandão (2019), a tipicidade como primeiro elemento do conceito de crime seria definida por uma relação de adequação entre a conduta humana e a lei penal positivada.

Brandão pondera que:

Quando falamos especialmente em Direito Penal, nem todas as formas de comportamento humano possuem relevância. Para que a multirreferida conduta seja penalmente relevante, o legislador precisa reduzi-la a um tipo. [...] Em síntese: a questão da relação de correspondência que se verifica entre uma ação que se deu historicamente no espaço e no tempo e a imagem conceitual expressada, sob ameaça de uma pena, em uma lei – que é a tipicidade – possibilita a afirmação e o cumprimento do Princípio da Legalidade no direito penal. (BRANDÃO, 2019, p.111/112)

O princípio da legalidade, previsto pela fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege*, transformado em axioma por Ferrajoli, apresenta-se como uma construção de inegável importância para a limitação da intervenção penal. Com a legalidade, o julgador que outrora possuía ampla disposição sobre o corpo do acusado, tanto para definir o que era o crime, quanto para aplicar a pena que entendia cabível, teria agora uma restrição sobre o seu poder de punir.

Além da legalidade, o desenvolvimento do instituto da culpabilidade surgiu, também, para limitar o poder estatal na aplicação da pena. Como ensina Brandão (2019), a culpabilidade pode ser entendida como o juízo de reprovação ou censura que recai sobre a pessoa que comete um fato definido como crime. Ele se expressa pelo axioma garantista da *nulla actio sine culpa*.

De origem na dogmática alemã, a culpabilidade limitaria o âmbito de intervenção penal, pois segundo Brandão:

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou a responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado do dano.

A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva. (BRANDÃO, 2019, p. 216)

Sobre o surgimento da culpabilidade, salienta Roxin:

El pensamiento naturalista de finales del siglo XIX, que intentaba reconducir todos los conceptos jurídicos e datos empíricos explicables por las ciencias naturales, desarrolló el “concepto psicológico de culpabilidade [...]”; según el mismo, la culpabilidade se concebía como la relación subjetiva de sujeto com el resultado⁵. (ROXIN, 1997, p. 794)

Como descreve Baqueiro (2016), o conceito de culpabilidade será desenvolvido por Claus Roxin na projeção limitadora do poder de punir a ser exercido pelo Estado. Isto porque, conforme preceitua Baqueiro, a culpabilidade está no sentido de que o sujeito será penalmente responsável somente quando ele souber que existem as opções de atuar em conformidade ou em desconformidade com o direito.

Para Ferrajoli:

⁵ Tradução livre: O pensamento naturalista de finais do século XIX que tentou reconduzir todos os conceitos jurídicos e dados empíricos explicáveis pelas ciências naturais, desenvolveu o conceito psicológico da culpabilidade [...]; segundo ele, a culpabilidade se concebe com a relação psicológica entre o sujeito e o resultado.

A terceira condição material requerida pelo modelo garantista, como justificação do "quando" e do "que" proibir, é a da culpabilidade. No sistema *SG*, expressa-se no axioma *nulla actio sine culpa* e nas teses que dele derivam: *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa* (T15, T23 e T30). Por exigir dita condição, que corresponde ao chamado "elemento subjetivo" ou "psicológico" do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer. (FERRAJOLI, 2010, p. 447)

A par de possíveis divergências sobre as teorias da culpabilidade, o certo é que assim como a legalidade, ela foi desenvolvida como uma forma de limitação da ação do Estado no momento da intervenção penal.

Da mesma forma, no intuito de restringir o uso da violência da pena, diversos outros institutos penais foram criados para limitá-la. Como dito no início deste tópico, a própria ideia de bem jurídico foi desenvolvida com o intuito de restrição da violência praticada pelo Estado na hora da imposição da sanção.

Como preceitua Brandão:

Em todas as condutas incriminadas há, pois, um valor tutelado, e esse valor é chamado de bem jurídico. [...] Materialmente, o crime é definido como violação ou exposição a perigo do bem jurídico. A definição legal de crime desvinculada do bem jurídico representaria um corpo sem alma. Ao contrário, o bem jurídico desacompanhado da definição legal de crime significaria uma alma à procura de um corpo inexistente. O crime, portanto, encontra sua essência na síntese do seu significado material e do seu significado formal, isto é, na síntese do preceito da norma com o bem jurídico tutelado. (BRANDÃO, 2019, p. 38)

A proposição do bem jurídico foi teorizada para limitar a utilização do direito penal, pois por mais elevada que seja a sua magnitude, nenhum dano seria penalmente relevante se um bem jurídico não sofresse lesão ou ameaça de lesão.

A lesão ao bem jurídico determinará o âmbito de aplicação do direito penal, sendo que o princípio da lesividade, descrito por Ferrajoli pelo axioma *nulla necessitas sine injuria*, traz que não há atuação do direito penal se não houver efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Para Ferrajoli, a necessidade da lei penal fica adstrita à natureza lesiva do resultado, ou seja, aos efeitos que o resultado produz. As ponderações, razões e dimensões para surgimento da proibição penal serão a partir dos danos causados.

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas - materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis - passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal. (FERRAJOLI, 2010, p. 440).

Quando um ato proibido não gera dano ou quando a proibição legal é imprestável para impedir esse dano, para Ferrajoli a proibição penal não faria nenhum sentido.

A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e como próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 441)

No mesmo contexto:

Desde a formulação de Binding, o bem jurídico é visto como um valor. Binding o definiu como um valor social, o que fez com que essa instituição penal não tivesse pertinência com a

vida privada, nem com a correspondente esfera desse setor, o direito privado. (BRANDÃO, 2019, p. 190)

Hassemer assevera:

La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con toda las diferencias de origem y concepto – negativa y crítica del Derecho (aun cuando la negatividade constituía una contradicción de la pontencia crítica): el legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazaban um bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos⁶. (HASSEMER, 1991, p. 31)

Decorrendo do desenvolvimento teórico sobre o bem jurídico e consequentemente sobre a lesividade, a dogmática avançou para descrever as características da intervenção mínima e da fragmentariedade, inerentes ao direito penal.

O caráter fragmentário condiciona que nem todos os ilícitos serão ilícitos penais, sendo que o direito penal será direcionado essencialmente aos atos que atentem contra os valores exclusivamente fundamentais.

A experiência jurídica representa uma laboração voltada para a especificação de uma forma de tutela ou garantia do que se considera socialmente valioso. Muito embora exista alguma discordância entre os autores sobre as funções do Direito Penal, o processo de eleição das condutas criminosas não pode olvidar as noções do que seja conduta lesiva ou potencialmente lesiva aos bens que, juridicamente, almeja-se proteger. (GALVÃO, 2011, p. 114).

⁶ Tradução livre: A função fundamental da doutrina dos bens jurídicos era e é – com todas as diferenças de origem e conceito – negativa e crítica do Direito (ainda que a negação constitua uma contradição da potência crítica): o legislador deve castigar somente os comportamentos que ameaçam um bem jurídico; os atos que só atentam contra a moral, contra valores sociais ou contra o soberano, devem ser excluídos dos castigos penais.

A previsão da fragmentariedade autoriza afirmar que a intervenção penal seja a *ultima ratio*, ou seja, o direito penal será a última fase de proteção ao bem juridicamente tutelado.

No âmbito da legalidade, o caráter fragmentário prevê que a criação dos tipos penais leve em consideração somente as situações nas quais os demais ramos do direito tenham falhado. A preocupação se dá no sentido de que o direito penal seja voltado aos comportamentos fragmentários (específicos), tendo por poder-dever a tutela daqueles bens jurídicos tidos como mais importantes.

Vale notar que nem todos os bens jurídicos recebem tutela específica do Direito Penal. Os bens que se encontram juridicamente protegidos pelas normas penais são aqueles que exigem proteção especial, por se revelarem insuficientes as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em seus aspectos extrapenais. (GALVÃO, 2011, p. 115).

Ensina Brandão (2019, p. 111), “que quando falamos especificamente em direito penal, nem todas as formas de comportamento humano possuem relevância”.

Pelas lições de Fernando Galvão:

Eleger uma conduta como criminosa, necessariamente, deve orientar-se pela finalidade protetiva do bem juridicamente tutelado. O estabelecimento de modelos comportamentais proibidos que não representam real ou potencial ofensa ao bem jurídico caracteriza um sistema penal arbitrário e que se fundamenta na repressão do indivíduo pelo seu modo de ser ou de pensar. (GALVÃO, 2011, p. 115).

A intervenção mínima, com a mesma orientação dada pelo princípio da fragmentariedade, aparece com a premissa de não admissibilidade de uma imputação criminal sem a estrita necessidade de uma atuação tão adversa quanto à prescrita pela lei penal.

A intervenção mínima deve ser compreendida como uma importante prudência na definição de quais serão as ações merecedoras de tutela pelo direito penal.

A necessidade social deve ser o critério justificador fundamental para a intervenção das normas incriminadoras. Em sentido material, o Estado Democrático de Direito concebe um Direito Penal destinado a produzir os ideais de um Estado justo. O Direito Penal realiza as mais graves interferências na esfera de liberdade individual, e, conforme determina a Constituição Federal, deve ser preocupação fundamental da política criminal a preservação da dignidade da pessoa humana. A utilização desenfreada do Direito Penal importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, na medida em que a intervenção venha a ser desnecessária. (GALVÃO, 2011, p. 116).

A proposição trazida está em que o ordenamento jurídico deverá manejar os meios menos lesivos para proteção dos bens juridicamente tutelados. Beccaria já advertia que o castigo deveria ser o menos nocivo ao corpo do condenado. Nesse contexto, se o bem jurídico que solicita proteção é adequadamente tutelado por outro ramo do direito, o direito penal deverá ser dispensado.

Pelas características da fragmentariedade e da intervenção mínima, é importante ressaltar que ainda que exista a previsão típica de proteção pelo direito penal, ele não poderá ser utilizado se a questão for satisfatoriamente resolvida pela atuação de outro direito válido democraticamente, como o direito administrativo ou o direito civil.

O ordenamento jurídico deve utilizar, em primeiro lugar, as formas menos gravosas de proteção aos bens jurídicos. Somente quando é ineficaz a proteção oferecida pelas formas menos gravosas disponíveis é que o Estado poderá lançar mão da intervenção penal. A atividade punitiva é a última razão de um Direito que respeita a dignidade da pessoa humana, nunca a primeira.

Por isso, o princípio da intervenção mínima significa que a intervenção do direito penal deve restringir-se ao mínimo necessário à manutenção da harmonia social. Não se pode admitir exagero na incriminação ou na punição. (GALVÃO, 2011, p. 116).

É importante esclarecer que aqui não houve a preocupação em se fazer uma descrição taxativa dos institutos desenvolvidos pela dogmática penal que foram criados com o fim de limitar o arbítrio do Estado. A descrição é exemplificativa e foi colocada apenas para demonstrar que a legalidade, a culpabilidade, o bem jurídico e tantos outros mecanismos surgiram não apenas para justificar, mas principalmente para limitar o uso da violência estatal.

Como dito no início, a história da pena é uma história de violência, mas também há uma história de desenvolvimento científico com a finalidade de limitação dessa violência. Afinal, esse é o papel histórico de desenvolvimento da dogmática penal.

Que a pena é a violência exercida pelo Estado contra a pessoa, não há dúvidas. Quanto à necessidade de limitação dessa violência, Mangiameli explica:

Proporcional e humana, ou seja, deve ser banido na execução da pena todo e qualquer inútil suplemento aflitivo, todo e qualquer supérfluo tratamento cruel, desumano e discriminatório. A pena deve ser suave, deve atingir o autor do que crime que é a sua vontade que deve ser o alvo da reação penal, que deve ser negada, e não o seu corpo, o qual deve permanecer, mesmo na aflição penal, intangível. (MANGIAMELI, 2019, p. 72)

Por outro lado, ficaria a pergunta: os institutos desenvolvidos até o momento foram ou são suficientes para a limitação da violência pelo Estado?

Como se verá, apesar do desenvolvimento da dogmática, a violência insiste em permanecer.

IV.- A teimosa persistência da violência penal

Como dito anteriormente, a sociedade contemporânea caminhou no sentido da diminuição dos suplícios públicos impostos ao condenado. A pena outrora tida como um espetáculo público de imposição de sofrimento passou a ter outras finalidades.

Todavia, ainda que a dogmática penal tenha se desenvolvido para limitar a intervenção do Estado, não podemos esquecer as lições de Zaffaroni:

Entre los formados en el derecho suele reiterarse la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales⁷. (ZAFFARONI, 2020, p. 4)

Zaffaroni (2020, p. 4) advierte que há um distanciamento entre a teoria e a prática do direito penal, deixando claro que o punitivismo demagógico é “la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes”⁸.

Resta claro que o direito vigente é uma escolha política e como ensina Karnal (2017), política é historicamente o exercício e o monopólio de poder.

Pelas lições de Foucault:

Postulado de la legalidade (según el cual el poder del Estado se expresa por médio de la ley). Debe ponerse em juego outra comprensión de la ley: entender la ley no como lo que demarca limpiamente dos dominios - legalidade-ilegalidad -, sino com um procedimiento por médio del cual se gestionan ilegalismos. Ilegalismos que la ley permite o inveta como privilégios de classe⁹. (FOUCAULT, 2015, p.15)

A crítica de Zaffarroni é no sentido de que no Brasil e na América Latina como um todo, seria impossível afirmar que as penas aplicadas aos condenados se dariam apenas dentro dos limites legais.

Es hoy imposible afirmar que en Latinoamérica sólo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

⁷ Tradução livre: Entre os formados em direito cabe reiterar a afirmação de que uma coisa é a doutrina e outra a prática do direito penal, expressada na explicação da desilusão de quem como estudante, encontrou no direito penal a sua primeira namorada, mas logo seguiu outros caminhos profissionais.

⁸ Tradução livre: A afirmação de que o Direito é um mero instrumento das classes dominantes.

⁹ Tradução livre: Postulado de legalidade (segundo o qual o poder do Estado se expressa na lei). Outro entendimento do direito deve ser colocado em jogo: entendendo o direito não como aquilo que demarca claramente dois domínios - legalidade-ilegalidade -, mas como um procedimento por meio do qual as ilegalidades são administradas. Ilegalismos que a lei permite ou inventa como privilégios de classe

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada pueda sostenerse que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso admitiendo esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son hartamente evidentes. Muchísimos de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas¹⁰. (ZAFFARONI, 2020, p. 3)

Zaffaroni explica inicialmente, que de forma completamente destoante da previsão legal, a violência estatal é exercida ilicitamente pelos policiais e pelos agentes penitenciários.

Ele explica:

El poder punitivo ejercido en forma ilícita –típica o no– es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores. En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados, que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa. Fura de estos casos extremos, deben entrar en consideración –por su gravedad– las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la

¹⁰ Tradução livre: Hoje é impossível afirmar que na América Latina só se exerce o poder punitivo dentro dos limites assinalados pela lei. Quiçá, desde a criminologia mais ou menos radical possa sustentar que se trata de um fenômeno mundial, mas inclusive admitindo esta observação, é certo que na nossa região as manifestações ilícitas do poder punitivo são fartamente evidentes. Muitos desses ilícitos consistem em delitos cometidos por funcionários, a grande maioria impunes, ou seja, que na prática são tratados como condutas atípicas.

abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe¹¹. (ZAFFARONI, 2020, p. 5)

Descrevendo a violência policial à margem do lícito exercício do direito penal, Zaffaroni ressalta a impunidade dos agentes estatais. O autor dá a entender, que a violência policial é impunível, que está fora da autorização dada por lei e que é uma forma de violência penal informal. Apesar de não prevista em lei, estaria de certa forma institucionalizada nos países da América Latina, quiçá em todos os ordenamentos jurídicos.

Quando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias¹². (ZAFFARONI, 2020, p. 6)

Exemplos de violência policial sob a justificativa de combate à criminalidade não são raros. No Brasil, é possível citar o caso de Paraisópolis¹³ ocorrido em 2019, o caso das crianças mortas por balas perdidas em ações policiais no Rio de Janeiro¹⁴, também em 2019, o caso de 2017, quando uma pessoa morreu ao ficar

¹¹ Tradução livre: O poder punitivo exercido de forma ilícita – típica ou não – é um velho problema na região. Nos referimos às condutas ilícitas imputáveis aos funcionários policiais ou penitenciários, como também a terceiros por omissão dos anteriores. Em primeiro lugar, não podemos ignorar que em nossa região se seguem registrando desaparecimentos forçados, ainda que nem todas sejam imputáveis a funcionários estatais, sendo que a violência nos Estados pouco desenvolvidos é sinal que perderam relativo monopólio do poder punitivo. Isto não significa que não haja imputações aos funcionários, como no triste caso dos estudantes de Ayotzinapa. Fora destes casos extremos, devem ser levados em consideração – por sua gravidade – as execuções sem processo, que são de antiga data e em ocasiões são normalizadas. Se trata da real pena de morte na região, sendo que esta foi abolida formalmente pelo direito, ressaltados alguns casos de países do Caribe.

¹² Tradução livre: Quando estas lesões configuram condutas típicas dos funcionários, em grande parte resultam impunes, dada a dificuldade para a sua investigação, ou pela pouca ou nula atenção que lhes dispensam os tribunais, abarrotados de causas por fatos de menor gravidade, como também pela falta de denúncia, ante a ameaça de represálias pelos próprios funcionários ou de suas agências.

¹³ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/30/justica-aceita-denuncia-do-mp-e-torna-reus-12-policiais-militares-acusados-do-homicidio-de-9-jovens-em-paraisopolis.ghtml>

¹⁴ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/familias-de-criancas-mortas-por-bala-perdida-no-rj-cobram-respostas-e-contestam-policia-virou-rotina.ghtml>

presa em uma cela ao céu aberto¹⁵, ou ainda o caso da punição coletiva acontecida em 2021 em Minas Gerais, quando os presos foram obrigados a ficar sentados, nus, sob o sol¹⁶. Todos estes casos ocorreram à margem da lei e não são situações isoladas. Há uma habitualidade no emprego da violência pelas agências policiais, o que seria descrito por Nietzsche (2007), como atos de indiferença convertidos em situação de poder.

Dallari salienta:

No século XX foi registrada a prática de torturas nos períodos de guerra e, fora deles, nos regimes de força, essencialmente antidemocráticos. Nos últimos anos houve comprovação de largo uso da tortura, com métodos bastante sofisticados, [...] foi tornada pública a habitualidade da prática de tortura contra os chamados “presos comuns” em grande parte do mundo, mas sobretudo nos países menos desenvolvidos. (DALLARI, 2000, p. XXI)

De toda forma, explica Zaffaroni que essa não seria a maior forma de aplicação de violência penal ilícita pelo Estado. Para ele, inegavelmente o que traz maior assombro seriam as penas ilícitas impostas pelo judiciário, inclusive em razão das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais.

Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arrecia el número de establecimientos en los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120%) y sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*). [...] Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de

¹⁵ <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/comerciante-morre-apos-ficar-detido-em-cela-a-ceu-aberto-no-maranhao.ghtml>

¹⁶ <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2021/11/11/fotos-de-presos-de-formiga-sentados-enfileirados-nus-e-alguns-almagados-em-penitenciaria-caem-nas-redes-sociais-e-diretor-geral-e-afastado.ghtml>

la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los somete a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental¹⁷. (ZAFFARONI, 2020, p. 9/11)

Para Zaffaroni, não resta dúvida de que a prisão é imposta como forma tortura:

La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos – muchas veces humillante y servil–, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias), escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura¹⁸. (ZAFFARONI, 2020, p. 13)

¹⁷ Tradução livre: Um John Howard moderno verificaria que, embora nem todos os presídios de nossa região se encontrem em condições semelhantes de deterioração, a verdade é que aumenta o número de estabelecimentos em que a superlotação supera as margens toleráveis segundo os padrões internacionais, especialmente os das Nações Unidas. (o que indica uma densidade máxima admissível de 120%) e suas regras mínimas para o tratamento de pessoas privadas de liberdade (regras de Mandela). [...] As prisões, nessas condições, passam a ser instituições nas quais não só são violadas regras em relação à alimentação, a circulação de ar, à saúde, mas também degradam ao máximo a autoestima dos presos. Sujeitas à servidão, colocam em perigo suas vidas por causa da violência interna, sendo impotentes para pedir ajuda ou proteção ao pessoal de segurança que, quando existe, é completamente insuficiente em número para cumprir esta função elementar.

¹⁸ Tradução livre: A privação de liberdade sob constante ameaça à vida e à saúde, a desnutrição, o risco de doenças infecciosas, a submissão a grupos violentos de prisioneiros - muitas vezes humilhantes e servis -, em dormitórios com até três níveis de leitos, desprovidos de proteção anti-fogo colchões de polietileno retardante (cuja combustão produz asfixia letal devido à obstrução do trato respiratório), pouco ou nenhum pessoal de segurança, sem um mínimo de privacidade, maus-tratos aos visitantes, buscas violentas e humilhantes, pessoal médico e de enfermagem insuficiente ou inexistente, falta de

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter ilícito da pena aplicada na prática, ao julgar a ADPF 347, que ficou conhecida como o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro¹⁹.

Pela decisão da Suprema Corte brasileira, restou configurada a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura.

Segue a ementa da decisão:

MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
347 DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REQTE.(S) :PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE –
PSOL
ADV.(A/S) :DANIEL ANTONIO DE MORAES
SARMENTO E OUTRO
CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL –
SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
– ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento
de preceito fundamental considerada a situação degradante
das penitenciárias no Brasil.
SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL –
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES
DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS
ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente
quadro de violação massiva e persistente de direitos

medicamentos, foi considerada por tribunais internacionais como configurando uma forma ou modalidade de tortura.

¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 347. A origem do termo estado de coisas inconstitucional teria se dado na Colômbia em 1997, com a decisão que ficou conhecida como Sentencia de Unificación.

fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL, STF, 2015)

Pela decisão não há dúvidas de que há uma violência persistente aos direitos fundamentais dos presos que permite dizer que o sistema penitenciário nacional possa ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional.

Constata-se a partir dos ensinamentos de Zaffaroni e da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que a violência da pena por imposição de sofrimento corpóreo ao condenado, muito embora não encontre respaldo legal, é uma ocorrência fática e habitual do sistema penal brasileiro e da América Latina como um todo.

Zaffaroni, em crítica ferrenha à atuação dos juízes, afirma que o magistrado, com hecendo a situação do sistema prisional, ao encaminhar um condenado para o cumprimento da pena, atua como verdadeiro violador de direitos e garantias fundamentais.

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando en el tiempo transcurrido es que, en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente eran

personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo²⁰. (ZAFFARONI, 2020, p. 17)

Quanto à responsabilidade dos juízes que enviam os condenados para o sistema prisional ao discurso de que apenas cumprem a lei, Zaffaroni afirma:

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso valiéndose de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales que

²⁰ Tradução livre: A diferença mais profunda e radical com o que propusemos há três décadas e o que nos preocupa como um fenômeno que se generalizou no tempo decorrido é que, naquela época, estávamos nos referindo a penas ilícitas impostas e executadas por agentes do Estado que, normalmente eram policiais e agentes penitenciários, mas agora são nada menos do que penas ilegais ordenadas pelos juízes, porque toda vez que um juiz manda uma pessoa para uma prisão degradada, ele está impondo uma pena ilegal, ele conhece o estado da prisão e, portanto, também agiria com dolo.

hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis²¹. (ZAFFARONI, 2020, p. 18)

Como se vê, ainda que formalmente a Constituição, as normas internacionais e a legislação ordinária vedem o suplício físico no momento da intervenção penal, na prática, esse sofrimento se concretiza no dia a dia da execução da pena.

Já que essa violência desmedida não está normatizada no ordenamento jurídico, ela é caracterizada por Zaffaroni como pena ilícita. Cumpre esclarecer que ela não ocorre excepcionalmente no sistema penal brasileiro, mas ao contrário, ela apresenta-se habitualmente como regra. A superlotação nos presídios brasileiros é algo naturalizado, bem como a péssima qualidade da alimentação destinada aos condenados e as outras formas de violências ocorridas no dia a dia.

Não são raras as notícias de presos sendo violentados, maltratados, tendo que revezar a hora do descanso²² por conta da superlotação ou também as situações em que recebem comida estragada e de má qualidade²³.

Mesmo que formalmente não exista violência no sistema penal, materialmente ela é indiscutível. Sabem dela os juízes, promotores, legisladores, advogados e a sociedade de uma forma geral.

²¹ Tradução livre: Não se poderia sequer argumentar em favor dos juízes que eles não são culpados, devido à sua formação jurídica positivista, como foi alegado com os juízes nazistas. Nesse caso, esse argumento não pode ser eficaz, porque os juízes nazistas obedeciam às leis de sua época, onde não existiam normas constitucionais ou internacionais válidas. Mas os positivistas de hoje não podem ignorar as normas perfeitamente válidas e de primeira linha que proíbem essas penalidades. Aos juízes nazistas pretendeu-se justificar que não tinham uma formação jusnaturalista, mas no caso das prisões cruéis de nossa região, qualquer consideração suprallegal não desempenha nenhum papel, porque para entender o que se trata de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, basta ler as constituições, ou seja, ser um positivista jurídico são e correto.

O drama de nossos juízes latino-americanos diante das penas ilegais de prisão é muito mais grave, porque parece que eles se colocam em uma contradição sem saída: parecem ser autores indiretos de torturas e até homicídios, valendo-se de autores diretos amparados por justificativas; além disso, seriam cúmplices de crimes internacionais que responsabilizam o Estado e nem mesmo poderiam ser protegidos pelo argumento com o qual se pretendia beneficiar os juízes nazistas.

²² <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2015/09/com-superlotacao-presos-se-revezam-para-dormir-em-cela-de-delegacia.html>

²³ <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/12/15/presos-denunciam-falta-de-agua-comida-estragada-e-pouca-ventilacao-em-ala-recem-inaugurada-de-penitenciaria-em-mt.ghtml>

Dito isso, atualmente as penas ilícitas seriam a única forma de violência penal?

A partir dos apontamentos acima, seria possível entender que a diferença da violência atual para a violência de outros momentos históricos, estaria na *legitimidade* jurídica. Enquanto atualmente a violência seria ilícita porquanto contraria a lei, em séculos passados ela seria legitimada, pois haveria a previsão da aplicação da tortura, martírio ou morte enquanto formas de aplicação do direito vigente. Entretanto, pensar dessa forma seria mera ingenuidade, pois nos dias atuais não são somente as penas ilícitas que são formas de violência.

Ainda que se possa imaginar uma prática de intervenção penal que não seja cruel e ilegal, como no caso brasileiro, a violência penal apresentar-se-ia como algo incontestável. Isso porque, muitos dos institutos e fundamentos da aplicação da pena são em si, formas de violência.

Antes da demonstração do porque as finalidades da pena no direito brasileiro serem formas de violência é preciso compreender quais sejam estas finalidades.

Beccaria (2001) salientou que entre as finalidades da pena estariam a) a contenção do condenado para que ele não voltasse a delinquir e b) a dissuasão da sociedade pelo exemplo dado. Pelas lições de Beccaria é possível extrair o caráter preventivo da sanção penal. Já pelos ensinamentos de Carnelutti (2015), ao tratar a pena como um eco do crime, pode se extrair o fundamento retributivo da pena.

Pela ideia da pena enquanto eco ou pena enquanto retribuição, foram desenvolvidas as chamadas teorias absolutas, que de forma geral descrevem a sanção penal como a realização da justiça ou expiação de um mal. Razões de finalidade de política criminal não perpassam por uma teoria absoluta da pena, pois ela é vista apenas como uma retribuição natural ao crime praticado.

Ferrajoli pondera:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. (FERRAJOLI, 2010, p. 236)

Pela teoria absoluta, a pena é uma consequência natural do crime, pois como preleciona Carnelutti, seria a restauração da ordem quebrada.

Nas lições de Mangiameli:

A pena é o castigo previsto pelo ordenamento jurídico e infligido ao autor do fato ilícito. Trata-se, naturalmente, de um instrumento de aflição que deve ser proporcional à gravidade do crime e direcionado à compensação do mal provocado (*malum passionais propter malum actionis* [emoções são ruins por causa das atividades ruins]). (MANGIAMELI, 2015, p. 69)

Para Ferrajoli, a doutrina retributivista funda-se na percepção de que é justo "transformar mal em mal", que tem por base o intuicionismo primitivo da "vingança de sangue". Conforme explica Duarte (2009), seria a proposição própria da Lei de Talião.

Sobre a Lei de Talião, Alves explica:

O talião supõe a mais estreita correlação entre a pena e o crime. O mal da pena deve corresponder ao mal do crime. Pune-se *taliter*, de igual forma – *oculum pro oculo*.

Na sua primeira e mais óbvia forma, a pena de talião é o direito pelo qual alguém sofre o mesmo mal que fez. Corresponde à pena igual, idêntica ou semelhante ao crime cometido. À pena recíproca. (ALVES, 2019, p. 134).

Lado outro, a ideia da pena como forma de impedir que o criminoso continue a delinquir ou como forma de dissuasão da sociedade, é desenvolvida a partir da concepção das teorias relativas da pena, sendo elas as teorias de prevenção geral e prevenção especial.

Em oposição às absolutas, as teorias relativas, também conhecidas como prevencionistas, são marcadamente teorias finalistas, por verem a pena não como um fim em si mesmo, mas como um meio a serviço de um fim. São teorias utilitárias. Finalidade da pena, em suas várias versões, é a

prevenção de novos delitos em caráter geral e/ou especial.
(QUEIROZ, 2008, p. 34)

Pela ideia de prevenção geral negativa, como explica Queiroz (2008, p. 35) ao citar Feuerbach, a pena é utilizada “como coação psicológica exercida sobre toda a sociedade, de modo a atemorizar os destinatários das normas penais”. Aqui, o condenado é utilizado como exemplo para toda a sociedade, como se o Estado dissesse: “é isso que acontecerá com você, se você delinquir”. A pessoa do condenado, portanto, é instrumentalizada como um meio para se alcançar a inibição de outras pessoas.

Já a prevenção geral positiva não busca demover os potenciais delinquentes da prática criminosa sob a ameaça de uma pena, mas, antes disso, busca-se utilizar da pessoa do condenado para demonstrar a confiança que todos devem ter no ordenamento jurídico. O efeito almejado com a pena, pela prevenção geral positiva, seria de creditar no imaginário social a eficiência do sistema penal.

Para os autores da prevenção positiva ou integradora, a pena se presta não à prevenção negativa dos delitos, demovendo potenciais infratores, nem tampouco dissuadindo aqueles que já praticaram o delito; seu propósito vai além: infundir na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo a integração social finalmente. (QUEIROZ, 2008, p. 38)

Além da prevenção geral, a dogmática apresenta também a prevenção especial, sendo ela, também, positiva ou negativa.

A prevenção especial negativa visa a intimidar o condenado para que ele não volte a delinquir. Sua finalidade seria evitar a delinquência, neutralizando o infrator com a segregação imposta pelo cárcere. Afastado da sociedade, o delinquente não mais ofenderia o sistema penal com a prática de crimes.

Na prevenção especial positiva, por sua vez, a preocupação seria com o retorno do condenado à sociedade, o que se daria pela sua ressocialização. Nesse sentido está o artigo 22 da Lei de Execuções Penais que prevê a preparação do preso para o retorno à sociedade.

A legislação penal brasileira prevê expressamente que a pena tenha um caráter retributivo e um caráter preventivo. Essa é a percepção extraída do art. 59 do Código Penal, que prevê que a pena será aplicada conforme seja necessário para a reprovação e a prevenção do crime. Como convencionou-se pela literatura jurídica brasileira, ante as duas finalidades da pena, o sistema adotado pelo Código Penal foi o da teoria unitária, mista ou eclética.

Considerando o que foi descrito acima, o que se defende neste trabalho é que as finalidades da pena, conforme apontadas e previstas na literatura e na legislação penal, *per se*, são formas de violência.

Quanto ao fundamento da pena enquanto retribuição é preciso entender que a sanção penal, por este único critério, seria um mero instrumento de vingança. Não a vingança privada como dita por Beccaria ao descrever a origem das penas, mas a vingança pública a partir da ideia de um pacto social, no qual os seres humanos, para evitarem a guerra de todos contra todos, entregaram parte da sua liberdade ao Estado, para que este, inclusive, exerça o poder de punir.

Todavia, como adverte o próprio Beccaria (2001, p. 67), “nenhum homem entregou gratuitamente parte da própria liberdade visando ao bem comum; essa quimera só existe nos romances”.

A pena enquanto retribuição ao crime ou enquanto consequência deste é em si uma violência, porque a ideia de que o criminoso mereça um castigo porque podia e devia ter agido de outro modo, serve apenas para compensar a dor do crime com a dor que é imposta ao culpado.

Assim, ao contrário do ensinado por Carnelutti, defende-se aqui que a pena não é uma consequência natural do crime, pois nenhuma ordem será reestabelecida com a aplicação dela. A ideia do crime que gera um desequilíbrio que é restaurado pela aplicação da pena não passa de ficção²⁴.

O sofrimento imposto ao criminoso deve ser idêntico ao sofrimento da vítima? Isso não parece fazer sentido, pois é preciso entender que o crime que foi

²⁴ E quais são as características que evoluíram nos humanos? Vida, certamente. Mas liberdade? Isso não existe na biologia. Assim como a igualdade, direitos e empresas de responsabilidade limitada, a liberdade é um ideal político em vez de um fenômeno biológico. (HARARI, 2018, p. 153)

praticado não pode voltar ao status de não praticado. A pena não tem como eliminar o crime ocorrido. Aquilo que está feito não pode converter-se em desfeito.

É impossível restaurar a ordem quebrada pelo crime, porque para que isso fosse praticável, a soma entre crime e pena deveria ser igual à zero. Isso nunca ocorrerá porque o direito penal não atua para evitar a prática de crimes, mas para penalizar os crimes já praticados. Por essa percepção justifica-se, inclusive, a ineficiência da pena de morte, pois se o Estado aplica a pena de morte ao homicida, não teremos a anulação da primeira morte (soma zero), mas ao contrário disso, teremos agora, duas mortes: uma praticada pelo criminoso e outra imposta pelo Estado.

Entendendo que a pena não cancela o delito, compreende-se que o caráter retributivo da pena como consequência natural, não passa da violência estatal imposta ao condenado. É uma violência porque o Estado impõe não apenas a segregação da liberdade, mas também uma série de outras violações que já foram descritas anteriormente.

É preciso entender, como ensina Rodrigo Roig (2015), que a pena privativa de liberdade é monopólio estatal, sendo apresentada como reflexo da escolha política adotada pelo Estado.

A violência pelo critério da retribuição ficaria mais caracterizada ainda, em razão da seletividade penal, que pelas lições de Zaffaroni.

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades:

villas miserias, favelas, pueblos jóvenes)²⁵. (ZAFFARONI, 2020, p. 9)

Nas lições de Roig:

[...] a ideologia da proteção de bens jurídicos ocultaria a real tutela dos interesses das classes sociais hegemônicas, de um lado criminalizando comportamentos típicos das classes sociais subalternas e, de outro, assegurando a não intervenção penal sobre comportamentos socialmente danosos das classes hegemônicas. A pena criminal realiza a função fundamental de retribuição equivalente da sociedade burguesa, executada mediante a função de neutralização de condenados reais. [...] a pena como retribuição equivalente seria expressão de um Direito Penal discriminatório, promovendo a seletiva criminalização dos aliados sociais do mercado de trabalho e reforçando os instrumentos formais e ideológicos de controle social. (ROIG, 2015, p. 43/44)

É possível extrair das percepções de Zaffaroni e Roig, que a lei penal é essencialmente seletiva para criminalizar as pessoas das camadas menos favorecidas da sociedade e, portanto, a pena enquanto consequência natural seria apenas uma perpetuação da violência social e da desigualdade que é imposta a estas pessoas.

Pelas lições de Foucault:

[...] todas las leyes contra los mendigos, vagabundos, ociosos; todos los órganos de policía destinados a perseguirlos, les obligan a aceptar – y era éste su papel – en e lacto las condiciones impuestas (...) este sistema penal se aplicaba, de

²⁵ Tradução livre: Em todo caso, em todos os nossos países a população carcerária é quase inteiramente constituída por pessoas das camadas mais pobres de cada sociedade, ou seja, selecionadas segundo estereótipos de classe, que em alguns se combinam com os elementos racistas mencionados acima, são jovens, pobres e em alguns países, preferencialmente negros, mulatos e índios. A composição da população carcerária mostra que a seleção criminalizadora é realizada segundo estereótipos configurados na mídia no imaginário social com essas características, aos quais costuma se somar o de morar em bairros precários (as favelas de nossas cidades).

modo privilegiado, sobre los elementos más móviles, más agitados de la plebe²⁶. (FOUCAULT, 2015, p. 62)

Se a clientela penal é composta majoritariamente por pessoas com características comuns, como cor da pele, classe social e etnia, a pena vista como resposta natural ao crime apenas fomenta a desigualdade social para extirpar da sociedade um determinado grupo de pessoas.

Portanto, o que se defende é que o fundamento da pena como retribuição natural não passa de violência institucional contra um grupo de pessoas em razão da sua condição social ou daquilo que representam.

E as teorias relativas? Também seriam formas de violência?

Não há dúvidas quanto a isso. A pena enquanto prevenção geral ou especial também não deixa de ser em si uma violência. Como dito, a prevenção geral negativa consiste em utilizar o condenado para intimidar o restante da sociedade, enquanto que a prevenção geral positiva visa utilizar do condenado para demonstrar à sociedade a credibilidade do sistema jurídico.

A prevenção geral positiva parece corresponder à advertência de Harari (2018), para quem o direito é uma ordem imaginada e como tal, não se sustentaria apenas pela violência. Segundo ele, é necessário que algumas pessoas realmente confiem na ordem imaginada.

O problema, entretanto, refere-se à forma de como isso é pretendido. A utilização da pessoa do condenado como instrumento de intimidação ou como demonstração de eficácia ou credibilidade da ordem jurídica vigente é em si um ato de violência, pois violaria a norma constitucional que prevê no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa.

²⁶ Tradução livre: (...) todas as leis contra os mendigos, vagabundos, ociosos; todos os órgãos de polícia destinados a persegui-los, lhes obrigam a aceitar – e era este o seu papel – o ato das condições impostas. (...) este sistema penal se aplica de modo privilegiado sobre os elementos mais instáveis, mais agitados do povo.

Na ideia de dignidade da pessoa humana é importante esclarecer que o conceito entendido é que o ser humano, na sua plenitude, deve ser entendido como um fim em si e nunca simplesmente como um meio para outro fim qualquer.

Nesse sentido:

[...] los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue como fines en sí mismos, o sea, como algo que no puede ser usado meramente como medio y por tanto, limita todo capricho en este sentido (y es, en definitiva, objeto de respeto)²⁷. (KANT, 2007, p. 42)

Dito de outra forma, um ser humano não pode ser instrumentalizado ou coisificado para o alcance de outro fim que não seja a sua própria dignidade.

A instrumentalização ou coisificação implicaria em violência a ser praticada contra a dignidade da pessoa. Por tal razão, a utilização da pessoa do condenado como instrumento de intimidação social ou como forma de gerar credibilidade ao sistema jurídico é, em si, um ato de violência.

A prevenção especial como fundamento da pena, por sua vez, também não deixa de ser uma violência institucional contra o condenado.

A prevenção especial negativa é um ato de violência porque ela visa segregar o condenado da sociedade para que ele não continue a delinquir. Aqui há um paradoxo, pois a pena não estaria sendo aplicada como reprovação ao crime praticado, mas como reprovação aos futuros crimes que não foram praticados. A pessoa seria restringida da sua liberdade não por causa do crime cometido, mas por causa dos potenciais crimes que pode (ou não) cometer. É o critério da periculosidade.

Esse é um assunto temeroso, pois a pessoa não sofre a intervenção penal pelo que ela fez, mas pelo que ela representa. Não estaríamos reprovando o fato praticado e sim a pessoa, mas não pelo que ela fez, mas pelo que ela é.

²⁷ Tradução livre: [...] os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Pela prevenção especial negativa as pessoas com as características do grupo majoritário do sistema prisional sofrem uma propensão maior à intervenção penal. Essa criminalização da pessoa pelo que ela é ou representa é um ato de violência, pois não cabe ao Estado segregar a liberdade das pessoas pelo que elas são. Importa ressaltar que ainda que algumas pessoas possam ser classificadas como más, não cabe ao Estado criminalizar a maldade.

A maldade humana só deve interessar ao direito penal na medida em que viole bens jurídicos protegidos pela lei penal. Quanto ao tema, Welzel (1997, p. 221), ensinava que não se castiga a vontade má como tal, mas só a vontade má em realização.

Para Ferrajoli (2010, p. 440), o direito e a moral devem ser separados por uma necessidade axiológica, já que deve ser considerado que “os pensamentos e as intenções, da mesma forma que os *vícios* e a *maldade de ânimo*, não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado em sua punição”.

A proibição de atos internos e, em geral, a responsabilidade penal sem ação contradizem, sob esses dois aspectos, o princípio de utilidade. E, ademais, contrastam, desde a mesma perspectiva, com a função preventiva da pena e com o próprio princípio de legalidade, que pressupõe o requisito de materialidade, cuja base utilitarista compartilham, seja no sentido de que a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não a de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei. (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

A maldade humana, como ficou claro, não deve ser estigmatizada pela utilização do direito penal. Da mesma forma, deve-se entender que nem todos os pecados podem ser proibidos pelo direito penal, já que não é uma tarefa jurídica regular ou estabelecer a moral.

Essa tese encontra, nos princípios de exteriorização dos atos suscetíveis de proibição penal e de reserva dos atos internos ao domínio específico e exclusivo da moral, seus dois corolários mais relevantes política e eticamente. De fato, se a

valorização da interiorização da moral e da autonomia da consciência é o traço distintivo da ética laica moderna, a reivindicação da absoluta licitude jurídica dos atos internos e, mais ainda, de um direito natural à imoralidade é, talvez, o princípio mais autenticamente revolucionário do liberalismo moderno. (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

As ofensas que são meramente ilícitos morais, por ausência da lesividade e da materialidade da ação, não devem ser objeto da intervenção penal.

Por tais razões, o entendimento é no sentido de que o fundamento da prevenção especial negativa é um ato de violência por criminalizar a pessoa pelo que ela é ou representa e não pelo que, de fato, ela fez.

A prevenção especial positiva, como consequência da prevenção especial negativa, deseja impor ao condenado uma forma correta de se viver. Parte-se da ideia de que o criminoso, para que possa viver em sociedade, precisa ser socializado pela pena.

Comentando a prevenção especial ou a emenda dos delinquentes, Alves explica que:

Na perspectiva do delinquente, a pena pode dirigir-se à emenda ou correção e até à sua reinserção. Esta finalidade não teve porém no século XVIII o peso que no passado lhe chegara a ser atribuído.

Segundo Tiraquellus, o primeiro fim do castigo é a emenda e a correção do culpado. E leva às últimas consequências esta prioridade da finalidade corretiva. (ALVES, 2019, p. 105)

Como ensina Aleixo e Penido (2018, p. 25) “o discurso da ressocialização parece fazer parte de um mecanismo de violência institucionalizada, operacionalizada pelo poder punitivo a impor a reforma da personalidade”. É isso que ocorre, por exemplo, na obra ficcional 1984²⁸ de George Orwell, com a reforma da personalidade da personagem Winston Smith pela vontade do Big Brother.

²⁸ ORWELL, George. 1984. Companhia das Letras, São Paulo, 2021.

Todavia, assim como na ficção, há na prevenção especial positiva uma violência ou mesmo tentativa de aniquilamento da individualidade do condenado, uma vez que a ideia seria matar o preso para que nele renasça outra pessoa.

Nesse sentido:

Parte-se de uma retórica, nunca cientificamente demonstrada, que cumpre centenariamente a função de apresentar-se no discurso jurídico como doutrina de justificação da reclusão punitiva. Não obstante essa pretensão, um grande catálogo de objeções sempre puseram de manifesto a falácia central sobre a que se assentou: ensinar a viver em liberdade privando da mesma [...]. (ALEIXO e PENIDO, 2018, p. 27)

Continuando:

Na concepção de Estado democrático de direito não é legítimo ao poder estatal determinar qual o comportamento que o preso deve ter ou demonstrar ter para ser considerado apto a retornar ao convívio social. O direito de cada um de desenvolver a sua personalidade de acordo com os valores que acredita e assimila do seu contexto social e cultural é característico desse paradigma. (ALEIXO e PENIDO, 2018, p. 31)

É preciso entender que a ideia da pena enquanto necessária para a ressocialização do condenado, com o objetivo de reeducá-lo, violaria a sua alteridade e a consciência que ele tem si. Por tal razão, seria uma violência contra a sua dignidade. Como dito por Aleixo e Penido (2018), tal proposta constitui uma sutil forma de desrespeito à integridade da pessoa presa, ao se tentar impor um modo hegemônico de vida.

No mesmo sentido, Harari esclarece:

Os debates acalorados sobre o “estilo de vida natural” do Homo sapiens perdem de vista a questão principal. Desde a Revolução Cognitiva, não existe um único estilo de vida natural para os sapiens. Há apenas escolhas culturais, dentro

de um conjunto assombroso de possibilidades. (HARARI, 2018, p. 71)

É por essa razão que a pena não pode ser uma forma de impor ao condenado um modo de viver.

Considerando que os critérios da retribuição natural e da prevenção como finalidades da pena estão previstos na legislação vigente, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal, tem-se, então, que o sistema penal em vigor é um sistema de violência contra o condenado.

V.- Conclusão

Chega-se à percepção descrita desde o início de que histórica e contemporaneamente, a pena, enquanto política de controle social, é um instrumento de violência utilizado pelo poder hegemônico do Estado.

Os institutos e fundamentos criados ao longo da história pela dogmática penal não foram capazes de evitar a violência, sendo que muitos não passaram de retórica para justificar o injustificável, ou seja, o controle das classes dominadas pelas classes dominantes.

Recordando as formas de violência definidas pela lei e trazidas no início do texto, é inquestionável que apesar do desenvolvimento e evolução da dogmática penal, a sanção penal continua a ser utilizada como um instrumento violento que afeta a integridade física, psicológica e moral do apenado.

Ao que parece, a única forma de anular a violência praticada pelo Estado seria a desconstituição da própria ideia de sanção penal. Segundo Ferrajoli (2010) as teorias negativas da pena e do abolicionismo caminham nesse sentido.

Todavia, esta não é a proposta desses apontamentos, pois como preleciona Mangiameli (2019, P. 70/71) “a pena encontra o seu fundamento na justiça e somente se justa realiza as suas funções, sejam aquelas primárias, sejam aquelas acessórias”.

Ressalta-se, como teria dito a própria Mangiameli (2019), que a pena é necessária para conservar, em um sistema de leis que regulam as relações entre livres vontades, a simetria da justiça.

No viés do garantismo, enquanto não for possível prescindir da pena, dever-se-á criar mecanismos que atuem como forma de redução de danos, ou seja, mecanismos voltados para a retenção da violência estatal.

Parte-se da compreensão de que as justificativas para a pena e os mecanismos criados para limitação penal são insuficientes para a limitação da violência, porque não levam em consideração o fator-ator mais importante da equação.

Tendo por base essa premissa, conclui-se pela necessidade de uma teoria na qual os institutos sejam elaborados e desenvolvidos a partir daquele que sofre a intervenção penal, ou seja, a partir da pessoa do condenado, pois é ela que no plano concreto sofre a violência estatal.

VI.- Referências

- ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Avila. **Execução penal e resistências**. D'Placido, Belo Horizonte, 2018.
- ALEIXO, Klélia Canabrava; PENIDO, Flávia Avila. **Introdução à prática na execução penal**. D'Placido, Belo Horizonte, 2020.
- ALEXY, Robert (organizador). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Editora Qualis, Florianópolis, 2015.
- ANTÓN, Tomás S. Vives. **Principios penales y Dogmática Penal**. In. RENGIFO, Carlos Simón Bello; ROSALES, Elsie (Org.). Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis: Tomo I, p. 361/390. Intertextos Consultores, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.
- ALVES, Silvia. **Punir e humanizar: o direito penal setecentista**. D'Placido, Belo Horizonte, 2019.
- ALVES, Silvia. **Prefácio**. In. BRANDÃO, Claudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- BAHIA, Charles Nunes. **Positivismo jurídico e nazismo: a superação do mito**. Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade. Univali. Itajaí, 2014.
- BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. **A definição da responsabilidade em Claus Roxin e o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. In. MELLO, Sebaástian Borges de Albuquerque (Org.). Culpabilidade no pós-finalismo, p. 185/227. JusPodivm, Salvador, 2016.
- BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. eBookLibres, edição eletrônica. 2001.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Prefácio da primeira edição.** In. BRANDÃO, Claudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Prefácio à 1ª edição italiana.** In. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do grantismo penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.
- BRANDÃO, Claudio. **Teoria jurídica do crime.** D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- BRANDÃO, Claudio. **La raíz del derecho penal em Francisco de Vitoria.** In: BALLESTEROS, Maria et al (Org.). El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humano de la ONU. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2018. P. 181 et seq
- BRANDÃO, Cláudio. **A crise da prisão em três centúrias - um estudo à luz do gênese dos direitos humanos.** Recife: Caderno de Relações Internacionais. Faculdade Damas. v. 1, n. 1, p. 5-16, 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. **A teoria dos direitos humanos em Francisco de Vitória.** Recife: Caderno de Direito e Política. Faculdade Damas, v. 1, p. 05-15, 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. **Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva.** D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Código Penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Lei 11.340 de 2006.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Lei 9.455 de 1997.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19455.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Lei de 7.210 de 1984.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.

- BRASIL. **Código Criminal do Império**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 134.670**. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4987574>. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. ADPF 347**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>). Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 136961**. Disponível em www.stj.jus.br. Consulta realizada em 24 de novembro de 2021.
- BRASIL. **Decreto 678 que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021.
- CARRASQUILLA, Juan Fernández. **Acerca de los principios del derecho penal**. In. RENGIFO, Carlos Simón Bello; ROSALES, Elsie (Org.). Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis: Tomo I, p. 57/140. Intertextos Consultores, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Editora Pillares, São Paulo, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Editora Pillares, São Paulo, 2009.
- COLEN, Guilherme Coelho; CASTILHO, Fernanda Pascoal Valle Bueno de. **O princípio da legalidade e a sua influência na segunda revolução científica do direito penal: a construção da tipicidade**. Revista DELICTAE, Vol. 6, N°10, p. 25-49, 2021.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Prefácio**. In. VERRI, Pietro. Observações sobre a tortura. Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciadores invejosos**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.
- DUARTE, Melina. **A Lei de Talião e o princípio de igualdade entre crime e punição na Filosofia do Direito de Hegel**. Revista Eletrônica Estudos Hegelianos, ano 6, n°10, p. 75-85, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do grantismo penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Editora Vozes, Petrópolis, 1999.
- FOUCAULT, Michel. **Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones**. Alianza Editorial, Madrid, 2015.
- GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 4ª edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- G1 GLOBO. Justiça aceita denúncia do MP e torna réus 12 policiais militares acusados do homicídio de 9 jovens em Paraisópolis. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/30/justica-aceita-denuncia-do-mp-e-torna-reus-12-policiais-militares-acusados-do-homicidio-de-9-jovens-em-paraisopolis.ghhtml> . Consulta realizada em 24 de novembro de 2021.
- G1 GLOBO. Famílias das 5 crianças mortas por bala perdida no RJ em 2019 cobram respostas e contestam polícia: 'Virou rotina'. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/familias-de-criancas-mortas-por-bala-perdida-no-rj-cobram-respostas-e-contestam-policia-virou-rotina.ghhtml>. Consulta realizada em 24/11/2021
- G1 GLOBO. Comerciante morre após ficar detido em jaula a céu aberto em delegacia no Maranhão. Disponível em <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/comerciante-morre-apos-ficar-detido-em-cela-a-ceu-aberto-no-maranhao.ghhtml>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.
- G1 GLOBO. Fotos de presos nus em pátio de penitenciária de MG caem nas redes sociais e diretor-geral é afastado. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2021/11/11/fotos-de-presos-de-formiga-sentados-enfileirados-nus-e-alguns-almagados-em-penitenciaria-caem-nas-redes-sociais-e-diretor-geral-e-afastado.ghhtml> . Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.
- G1 GLOBO. Com superlotação, presos se revezam para dormir em cela de delegacia. Disponível em <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2015/09/com-superlotacao-presos-se-revezam-para-dormir-em-cela-de-delegacia.html>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.

- G1 GLOBO. Presos denunciam falta de água, comida estragada e pouca ventilação em ala recém-inaugurada de penitenciária em MT. Disponível em <https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/12/15/presos-denunciam-falta-de-agua-comida-estragada-e-pouca-ventilacao-em-ala-recem-inaugurada-de-penitenciaria-em-mt.ghtml>. Consulta realizada em 25 de novembro de 2021.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapeins: uma breve história da humanidade*. Editora L&PM Pocket, Rio de Janeiro, 2018.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. *Pena y Estado*. PPU, no 1, Barcelona, 1991.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- HERRERO, Francisco Javier. **Estudos de ética e filosofia da religião**. Editora Loyola, São Paulo, 2006.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Edición de Pedro M. Rosário Barbosa, San Juan, 2007.
- KARNAL, Leandro. **Todos contra todos**. Editora LeYa, Rio de Janeiro, 2017.
- Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 edição. Martins Fontes. São Paulo, 1985.
- MANGIAMELI, Agata Cecília Amato. **Filosofia do Direito Penal**. D'Plácido, 2019.
- MARCHIONI, Guilherme; BAZAGLIA, Otávio Espires. **O processo de Tiradentes e sua surpreendente semelhança com atuais procedimentos penais**. Justificando, Rio de Janeiro, 2020.
- MOREIRA, Luiz (coordenador). **Jurgen Habermas 80 anos, direito e democracia**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**. Editora Escala, São Paulo, 2007.
- NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. Saraiva, São Paulo, 1956.
- OLIVEIRA, Pablo Alves. **O que se passa na cabeça de um garantista?** In. VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). *Ensaio de intervenção penal e garantismo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

- OLIVEIRA, Pablo Alves. **O ódio à educação e a democratização radical da educação jurídica através da aprendizagem mediada significativa:** proposta de um novo modelo para os cursos de Direito (Ou como transformar a sala de aula numa mesa de bar?). Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.** Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela)**, 2015. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Consulta realizada em 18 de setembro de 2021
- PALMA, Maria Fernanda. **Prefácio da quarta edição**. In. BRANDÃO, Cláudio Bezerra. Teoria Jurídica do Crime. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- PENNA, Flávia Chaves Nascimento Brandão. **O espaço mínimo pessoal como critério objetivo caracterizador de tratamento degradante e a aplicação da redução compensatória da pena privativa de liberdade**. Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2021.
- PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. Programa de Pós-graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutoramento. Belo Horizonte, 2014.
- PIGNATA, Fabiano das Silva; KANZLER, Roberta Karina Cabral. **O garantismo penal como instrumento de efetivação de políticas criminais**. In. VILAS BOAS NETO, Francisco José (Org.). et al; COLEN, Guilherme Coelho (Coord.). Ensaios de intervenção penal e garantismo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- PLANAS, Ricardo Robles. **Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e Direito Penal econômico**. 2º ed. vol. 6. Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016.
- PLATÃO. **A república**. Editora Escala, São Paulo, 2007.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª edição. Saraiva, São Paulo, 2015.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Tomo I**. Madrid, Civitas, 1997.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. Saraiva, São Paulo, 1994.

- VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Martins Fontes, São Paulo, 2000. VILAS BOAS NETO, Francisco José. **A imoralidade como direito fundamental e a etiqueta do direito penal**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, v. 4, n. 1, p. 106-124. Salvador, 2018.
- VILAS BOAS NETO, Francisco José. **Bases para uma teoria antropocêntrica de Direito Penal**. Editora Trevo, 1ª edição, São Paulo, 2022.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Editora Jurídica del Chile. Santiago, 1997.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Penas Ilícitas: un desafío a la dogmática penal**. Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal**. BdeF, Buenos Aires, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal**. Ediar, Buenos Aires, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Revan, Rio de Janeiro, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal**. T. III. Ediar, Buenos Aires, 1981.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Política y dogmática jurídico-penal: política y no “política criminal” o meramente “penal”**. Período eletrônico Direito e Democracia, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2441/1667>. Consulta realizada em 06/09/2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica: criminología em tempos de totalitarismo financeiro**. Quito: Editorial El Siglo, 2019.