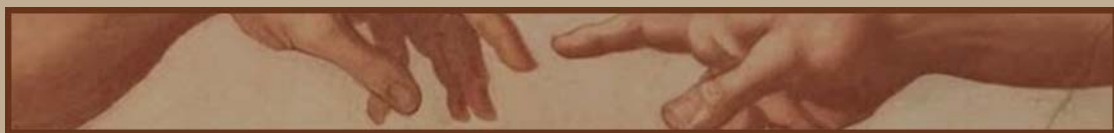


Francisco José Vilas Boas Neto é Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia. É professor de cursos de graduação e pós-graduação em Direito e autor dos livros *Dignidade humana e justiça Social* e *Uma história quase original em tempos de corona* (editora Trevo).

Esse livro é derivado da tese de doutorado em Direito, intitulada *A dignidade humana como limite para a intervenção penal: uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls*, defendida junto ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. A pesquisa foi dividida em três capítulos, sendo que o primeiro tratava da pena enquanto violência, o segundo da apresentação do construtivismo de John Rawls e o terceiro da aplicação do construtivismo de Rawls ao direito penal. Na adaptação da pesquisa para livro, o capítulo que trata do construtivismo de Rawls foi retirado do texto principal e foi subdividido em dois anexos, apresentados após a conclusão. Essa reorganização é proposta para facilitar a leitura do texto. Dessa forma, o leitor interessado em Rawls, poderá se dirigir diretamente ao Anexo I, o leitor que se interessar pela definição do princípio da dignidade humana, pode se dirigir diretamente ao Anexo II e o leitor interessado em conhecer a teoria do antropocentrismo penal, iniciará a leitura a partir da introdução.



COLEÇÃO
ACADÊMICA



EDITORA
Trevo

SÃO PAULO, SP

978 65 5851 064 2

EDITORATREVO.COM.BR



FRANCISCO VILAS BOAS

BASES PARA UMA TEORIA ANTROPOCÊNTRICA DE DIREITO PENAL

BASES PARA UMA TEORIA ANTROPOCÊNTRICA DE DIREITO PENAL



Francisco Vilas Boas



COLEÇÃO
ACADÊMICA

BASES PARA UMA TEORIA
ANTROPOCÊNTRICA
DE **DIREITO PENAL**



PRODUÇÃO EDITORIAL
Wellington Souza

PROJETO GRÁFICO
Editora Trevo

© FRANCISCO VILAS BOAS

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
FICHA CATALOGráfICA ELABORADA PELO BIBLIOTECÁRIO PEDRO ANIZIO GOMES CRB-8 8846
TUXPED SERVIÇOS EDITORIAIS (SÃO PAULO, SP)

V697b Vilas Boas, Francisco.

Bases para uma teoria antropológica de Direito Penal / Francisco
Vilas Boas. – 1. ed. – São Paulo : Editora Trevo, 2022.
194 p.; 14x21 cm.

978 65 5851 064 2

1. Antropoceno. 2. Direito. 3. Direito Penal. I. Título. II. Assunto.
III. Autor.

CDD 341.5

22-3021890

CDU 343.2

Índice para catálogo sistemático

1. Direito: Direito penal.
2. Direito penal.

VILAS BOAS, Francisco. **Bases para uma teoria antropológica de Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora
Trevo, 2022. (Coleção Acadêmica).

1ª EDIÇÃO, 2022

SÃO PAULO.SP

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS À EDITORA TREVO

RUA DELMAR SOARES, 65

02635-170 SÃO PAULO – SP

atendimento@editoratrevo.com.br

EDITORATREVO.COM.BR

COLEÇÃO **ACADÊMICA**

BASES PARA UMA TEORIA ANTROPOCÊNTRICA DE DIREITO PENAL

Francisco Vilas Boas

1ª EDIÇÃO
SÃO PAULO



EDITORA
Trevo



A Amanda (esposa amada) e Marta (mãe incrível)!
Mulheres que dão sentido e apoio a minha vida,
sendo fontes de inspiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por toda bondade e misericórdia. Força sem a qual não seria possível chegar a esse momento.

À minha esposa Amanda, pelo apoio incondicional e à minha mãe Marta, pelo carinho e dedicação.

Ao meu orientador, Professor Guilherme Coelho Colen, pela amizade e paciência e ao meu coorientador, Professor Pablo Alves Oliveira, pela cordialidade e generosidade ao aceitar participar dessa jornada.

Aos Professores Adilson de Oliveira Nascimento, Carla Silene, Henrique Viana e Márcio Pedrosa, integrantes da banca examinadora da tese de doutorado, pelos apontamentos precisos e colaborações necessárias para a pesquisa.

Ao Professor Cláudio Brandão, nosso mestre dos mestres em Direito Penal, referência como acadêmico e pessoa.

À Professora Klélia Aleixo, que com os seus ensinamentos possibilitou o meu desenvolvimento acadêmico e o desenrolar dessa pesquisa.

Aos queridos amigos do Escritório Andrade & Souto, em especial ao Dr. Guilherme Pacheco e ao Dr. José Humberto, pela amizade, apoio e compreensão.

Aos professores, corpo diretivo, amigos e colegas da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

Aos professores, amigos e colegas da PUC Minas, a minha alma mater.

Ao meu editor, Well Souza, pelo empenho e colaboração na edição e divulgação do livro.

NOTA DO AUTOR

Esse livro é derivado da tese de doutorado em Direito, intitulada *A dignidade humana como limite para a intervenção penal: uma hipótese a partir do construtivismo de John Rawls*, defendida junto ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. A pesquisa foi dividida em três capítulos, sendo que o primeiro tratava da pena enquanto violência, o segundo da apresentação do construtivismo de John Rawls e o terceiro da aplicação do construtivismo de Rawls ao direito penal. Na adaptação da pesquisa para livro, o capítulo que trata do construtivismo de Rawls foi retirado do texto principal e foi subdividido em dois anexos, apresentados após a conclusão. Essa reorganização é proposta para facilitar a leitura do texto. Dessa forma, o leitor interessado em Rawls, poderá se dirigir diretamente ao Anexo I, o leitor que se interessar pela definição do princípio da dignidade humana, pode se dirigir diretamente ao Anexo II e o leitor interessado em conhecer a teoria do antropocentrismo penal, iniciará a leitura a partir da introdução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO | 13

I PENA: UMA BREVE HISTÓRIA DE VIOLÊNCIA | 19

1.1 O DESENVOLVIMENTO DA DOGMÁTICA COMO FORMA DE LIMITAÇÃO DA VIOLÊNCIA PENAL | 30

1.2 A PERSISTÊNCIA DA VIOLÊNCIA PENAL | 39

2 UMA TEORIA DE INTERVENÇÃO A PARTIR DO ANTROPOCENTRISMO PENAL | 61

2.1 A DIGNIDADE HUMANA COMO NOVO AXIOMA PARA O GARANTISMO | 64

2.2 A INTERPRETAÇÃO DO BEM JURÍDICO A PARTIR DO NOVO AXIOMA | 81

2.3 A INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIOS INFORMADORES A PARTIR DO AXIOMA DA DIGNIDADE | 86

2.3.1 Princípio da legalidade | 87

2.3.2 Princípio da culpabilidade | 91

2.3.3 Princípio da pessoalidade como limitação das penas | 96

CONCLUSÃO | 103

ANEXO I

I O CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS | 109

1.1 ELEMENTOS INFORMADORES DA TEORIA DE JOHN RAWLS | 111

1.1.1 A concepção-modelo da pessoa | 112

1.1.2 A concepção-modelo da posição original | 123

1.1.3 A concepção-modelo da sociedade bem ordenada | 137

1.2 OS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS | 145

1.3 A JUSTIFICATIVA PARA A UTILIZAÇÃO DO CONSTRUTIVISMO DE JOHN RAWLS | 148

ANEXO II

I O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 157

1.1 A CONCEPÇÃO HISTÓRICA DE PESSOA NA ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA DE VAZ | 157

1.1.1 A concepção clássica de pessoa | 158

1.1.2 A concepção cristã-medieval da pessoa | 161

1.1.3 A concepção moderna de pessoa | 163

1.1.4 A concepção contemporânea de pessoa | 166

1.2 A CONCEPÇÃO SISTEMÁTICA DE PESSOA NA ANTROPOLOGIA FILOSÓFICA DE VAZ | 168

1.3 A CONCEPÇÃO DE ROBERT ALEXY | 172

1.4 A CONCEPÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA EM KANT | 173

REFERÊNCIAS | 181

INTRODUÇÃO

Qual a função do direito penal?

A pergunta, aparentemente simples, demonstra-se objetivamente complexa e dela podem derivar outras indagações e uma variedade criativa de respostas. A função do direito penal é meramente retributiva? Vingam-se o crime com a imposição da pena? O direito penal possui uma função preventiva? Há uma função ressocializadora? Sua função é de extermínio do criminoso? A função do direito penal é a tutela dos bens jurídicos?

As respostas para essas perguntas dizem muito mais sobre o penalista do que sobre o direito penal. A depender da resposta, surgem os catálogos e categorias, quanto ao penalista ser punitivista, abolicionista, agnóstico, minimalista, garantista, etc.

A premissa é de que uma pesquisa sobre o direito penal deve passar pela pergunta sobre a sua função, mas numa concepção socrática, a compreensão é de que a pergunta é mais importante do que a resposta que possa ser dada.

O questionamento sobre a função do direito penal é importante, porque é preciso compreender que a imposição da pena é uma imposição de sofrimento, ou seja, revela-se como um ato de violência praticado pelo Estado em desfavor do indivíduo. O fato é que apesar de ser uma reação ao crime, a pena, *per si*, é uma violência institucionalizada. É a violência do Estado contra a pessoa, retribuindo-se um mal (crime) com outro mal (pena).

Reconhecendo que a pena é um ato de violência imposta pelo poder público, poderia o Estado impor essa violência contra uma pessoa?

A resposta para essa pergunta não é fácil, mas considerando que seja positiva, deve-se partir da ideia de legitimidade do poder punitivo. Isso porque, embora possam existir reflexões filosóficas sobre a falta de justificativa para a pena, no plano concreto ela existe, pois não há um sistema penal no mundo que tenha prescindido totalmente dela. Por tal razão, partindo da realidade fenomênica da pena enquanto um fato, dá-se-á a teoria uma característica muito mais aristotélica do que platônica, ou seja, uma teoria de origem no mundo físico e que não possui sentido apenas no mundo das ideias.

Teorias abolicionistas ou agnósticas da pena, noutra plano, residem muito mais no mundo das ideias. Um ideal é algo a se almejar e que deve ser buscado. Todavia, no plano físico, a realidade é a imposição de sofrimento pela pena.

Se a pena é imposição de violência, o direito penal é capaz de legitimar essa violência?

Primeiro é necessário dizer que direito penal e pena são coisas diferentes. A natureza da pena é afluiva, pois ela se constitui em imposição de sofrimento. O direito penal e mais precisamente a dogmática penal, caracteriza-se como o estudo de natureza científica, destinado à compreensão do crime e da pena. Assim, é possível afirmar que na perspectiva de um Estado Democrático, a função do direito penal é a legitimação da violência estatal; fora de uma democracia, para responder a pergunta, precisar-se-ia discutir o sentido do termo legitimidade.

Ao entender que o direito penal tem a função de legitimar a pena, deve-se compreender que a ideia de um direito penal é que ele seja um limitador, isto é, ele deve ser percebido com a função de limitação da violência.

Então, a função do direito penal é limitar a violência da pena?

Sim! Dentre as várias respostas possíveis, foi essa a escolhida para o desenvolvimento desse trabalho, deixando claro que é um texto sobre garantismo penal.

Noutro giro, se a função do direito penal é limitar a violência, é necessário compreender o que ela venha a ser. O conceito escolhido foi o trazido pela legislação brasileira e reconhecido pela jurisprudência e pela literatura jurídica. A partir da definição legal, são descritas as diversas formas de violências.

Para limitação dessa violência, foram desenvolvidos institutos pela dogmática penal?

Sim! Serão feitos apontamentos de como a dogmática penal foi desenvolvida ao longo da história com o fim de limitar a violência estatal, como por exemplo, as bases lançadas no Século XVIII por Beccaria para o desenvolvimento do princípio da legalidade por Feurbach no Século XIX, a teorização da culpabilidade por Karl Binding e da tipicidade por Ernst Von Beling.

A própria concepção do bem jurídico foi desenvolvida com a finalidade de limitação da violência, na linha que teria sido apresentada inicialmente por Karl Binding.

E qual a importância de se estudar o bem jurídico?

A importância está no fundamento da antinormatividade penal que estaria nele (bem jurídico), sendo ele o elemento presente na atual interpretação dogmática acerca da tipicidade. Já que o direito penal atribui importância somente às condutas previstas em lei, aquilo que não fosse descrito no tipo, seria

irrelevante. Nesse sentido, a relevância penal seria aquela prevista no tipo, que por sua vez seria criado para a proteção de bens jurídicos.

Não obstante o desenvolvimento da dogmática, que trouxe considerável avanço para a limitação da violência, certo é que ela persiste nos dias atuais e que por isso novos mecanismos de contenção do arbítrio estatal se fazem necessários.

No desenvolvimento do capítulo inicial, serão exemplificadas algumas formas de violência extrema que foram impostas ao longo da história, mostrando que a história da pena é uma história de violência.

Casos de suplício narrados por Foucault e Verri serão mencionados e será demonstrado como o desenvolvimento da dogmática ajudou na contenção desse sofrimento extremo. Entretanto, a partir do conceito de violência trazido no início do capítulo, será percebível que apesar da diminuição da sua intensidade, a violência penal não deixou de existir.

Com relação à privação de liberdade, é possível a imposição de uma pena sem que ela seja um ato de violência?

Sem algum tipo de ponderação metafísica, é muito difícil, para não dizer impensável. Mas considerando que a pena é uma realidade, se não é possível prescindir dela e se não é possível desvinculá-la da violência, é necessária a teorização e o desenvolvimento de mais critérios para a sua limitação e, por conseguinte, para a sua legitimação.

Esse texto tratará de uma nova teoria penal? Há essa necessidade?

Não há essa pretensão na pesquisa. Não se buscará no desenvolvimento do trabalho uma inovação ou revolução sobre o direito penal, mas sim, uma forma de interpretação que visa a minimizar a aflição imposta pela aplicação da pena. Nesse ponto também não há nenhuma novidade, pois foi assim que a dogmática se desenvolveu ao longo da história do direito penal.

A novidade ou originalidade estará na metodologia sugerida para a interpretação do direito penal, notadamente, na forma de se interpretar a necessidade de intervenção penal.

Para isso, o ponto de partida ou marco teórico serão os textos *Uma teoria da Justiça* e *Justiça e democracia* de John Rawls, que na segunda metade do século passado desenvolveu a chamada teoria da justiça como equidade.

Não serão utilizados os fundamentos teóricos tratados por Rawls na sua teoria da justiça e sim o seu modelo metodológico para o desenvolvimento do seu texto. Por tal razão, essa pesquisa não é propriamente uma teoria rawlsiana, mas uma interpretação da metodologia utilizada por Rawls, como hipótese para a intervenção penal.

Esse modelo foi denominado pelo próprio autor como construtivista, mas não qualquer construtivismo, e sim um construtivismo de natureza kantiana. O adjetivo “kantiano” dado por Rawls ao seu construtivismo está no reconhecimento da pessoa humana como elemento central da teoria. Por assim dizer, o construtivismo rawlsiano é antes de tudo um construtivismo kantiano.

No Anexo I será demonstrado como Rawls desenvolveu sua teoria, passando aos chamados elementos informadores. Esses elementos informadores foram denominados por Rawls como concepções-modelo, sendo elas a concepção de pessoa, a concepção de posição original e a concepção de sociedade bem ordenada.

Quando escreveu Uma teoria da justiça, também conhecida como teoria da justiça como equidade, John Rawls propôs que os princípios primeiros da justiça e do direito deveriam ser construídos de forma objetiva e racional. Para tanto, ele propôs um marco conhecido como posição original, na qual as pessoas definiriam os princípios válidos para uma sociedade bem ordenada.

Na premissa de Rawls, os princípios da justiça aplicáveis à sociedade bem ordenada seriam destinados às pessoas; se as pessoas são as destinatárias dos princípios, elas deveriam, ao mesmo tempo, ser o fundamento para a sua criação.

Com o desenvolvimento das concepções-modelo, serão apresentadas as justificativas para a utilização do construtivismo rawlsiano e será definido o conceito de dignidade da pessoa humana conforme a concepção mais adequada para o modelo construtivista sugerido.

Como o conceito de dignidade humana só pode ser dado a partir da compreensão do que venha a ser a *pessoa*, propõe-se que seja feito um registro sintético da sua definição a partir da antropologia filosófica de Lima Vaz e da filosofia jurídica de Alexy.

Compreendendo como se aplica o modelo de construtivismo utilizado por Rawls, verificar-se-á a pressuposição da sua aplicação ao direito penal. A hipótese é que o modelo de construtivismo rawlsiano possa sustentar uma nova base de interpretação e redefinição de institutos do direito penal.

Entende-se que os institutos de direito penal desenvolvidos até o momento, de uma ou de outra forma, partiram de interpretações do direito natural ou do direito positivo. Apontando eventuais problemas nessas teorias, surge a urgência de uma nova forma de compreensão do direito penal.

Rawls afirma que o construtivismo é uma teoria válida enquanto alternativa para as filosofias utilitaristas e intuicionistas.

Nessa mesma perspectiva, seria possível apontar o construtivismo como alternativa para jusnaturalismo e o juspositivismo?

Como seriam interpretadas a legalidade e a culpabilidade ou mesmo o bem jurídico nessa concepção?

Como esse modelo implicaria na compreensão do garantismo penal?

Esses questionamentos serão tratados no texto e como foi possível perceber, não haverá a intenção de trazer uma nova teoria de direito penal, mas somente, de sugerir uma nova forma para a sua interpretação.

A metodologia predominante na pesquisa é a exploratória bibliográfica, trazendo-se conceitos e buscando a sustentação na bibliografia apresentada. Nas referências, além de Rawls, Kant e Ferrajoli que são obrigatórios pela proposta do texto, também foram utilizados Alves, Aleixo, Brandão, Colen, Welzel, Antón, Roig e Zaffaroni, dentre outros.

Assim o trabalho é organizado da seguinte forma:

Inicialmente será dado o conceito de violência e apontado como historicamente a pena foi utilizada como instrumento de imposição de suplício; serão dados exemplos de como a dogmática foi desenvolvida com fins de limitar a violência estatal, mas, mesmo assim, ainda existem formas de violência penal que necessitam de maior limitação.

Na sequência será apresentada a hipótese de aplicação do construtivismo de Rawls ao direito penal, bem como as hipóteses de interpretação para o garantismo, bem jurídicos, legalidade, culpabilidade e personalidade para limitação das penas. Acerca da interpretação do garantismo, será sugerido um novo axioma.

No anexo será apresentada a teoria de Rawls, bem como a sua metodologia. Após a explicação sobre as concepções-modelo, mostrar-se-á a justificativa para o construtivismo e será demonstrado qual o conceito de dignidade humana mais adequado para a teoria proposta.

Assim, partindo da pergunta sobre a função do direito penal e do entendimento de que a sua função é a limitação da violência imposta pelo Estado, à qual denominamos por “pena”, essa pesquisa – que adianta-se como uma teoria de garantismo – trará uma hipótese de criação de mecanismos que visam a limitar o arbítrio estatal.

1 PENA: UMA BREVE HISTÓRIA DE VIOLÊNCIA

O que seria um ato de violência?

Violência é um o 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.

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 134.670¹, de relatoria do Ministro Teori Zavaski, o Supremo Tribunal Federal, 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.

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 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 si, 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 modum, 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

¹ Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur363149/false>

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 crudelíssimo 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 arrebentar 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 crermos 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 quão 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.