

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Igor Cavalheiro Barni

**A INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA DA PENA DE MORTE E DA TORTURA NO**  
**DIREITO ILUMINISTA DE CESARE BECCARIA**

**SÃO PAULO**

**2021**

Igor Cavalheiro Barni

**A INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA DA PENA DE MORTE E DA TORTURA NO  
DIREITO ILUMINISTA DE CESARE BECCARIA**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Ms. Adalberto José de Q.T.C.  
Aranha Filho

**SÃO PAULO**

**2021**

Igor Cavalheiro Barni

**A INCOMPATIBILIDADE JURÍDICA DA PENA DE MORTE E DA TORTURA NO  
DIREITO ILUMINISTA DE CESARE BECCARIA**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms. Adalberto José de Q.T.C Aranha Filho

---

Professor Examinador

---

Professor Examinador

## RESUMO

O objetivo do presente artigo científico é analisar através dos estudos de Cesare Beccaria, a incompatibilidade jurídica da pena de morte e da tortura na visão do seu Direito Penal Iluminista. A partir da análise do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da proporcionalidade da pena, esse estudo visa compreender como as penas aflictivas se tornaram incompatíveis com o Direito Penal norteado pelos ensinamentos de Beccaria. O autor, nascido em Milão no século XVIII, escreve em 1764 sua obra *Dos Delitos e das Penas* contra a barbárie promovida pelo Estado monárquico, os abusos praticados pelas estruturas de poder estabelecidas e a desigualdade no tratamento jurídico e na distribuição de vantagens aos indivíduos. Movido pelos ideais do iluminismo, o filósofo de Milão, ao observar as penas e as condições desumanas às quais os indivíduos eram submetidos, critica o modelo penal de sua época e propõe um novo direito, que tem como requisito elementar a observância dos princípios inerentes a condição de humanidade dos indivíduos. Suas críticas influenciaram o desenvolvimento de um Direito Penal guiado pelos princípios humanos, que através da justiça distributiva e proporcional, assumiu como objetivos zelar pela igualdade, promover o bem geral e proteger os indivíduos dos abusos cometidos pelo próprio Estado. Essa tese utilizará exclusivamente o método bibliográfico para analisar a obra de Beccaria e os efeitos que seu livro revolucionário trouxe à ciência do Direito.

**Palavras-chave:** Pena de morte. Tortura. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade da pena. Direito Iluminista

## ABSTRACT

The aim of this scientific article is to analyze, through the studies of Cesare Beccaria, the legal incompatibility of the death penalty and torture in the perspective of his Enlightenment Law. From the analysis of the principle of human dignity and the principle of criminal proportionality, this study aims to understand how the afflicting penalties became incompatible with the Criminal Law guided by the teachings of Beccaria. The author, born in Milan in the 18th century, wrote in 1764 his work *Dos Delitos e das Penas* against the barbarism promoted by the monarchic State, the abuses practiced by the established power structures and the inequality in the legal treatment and distribution of benefits to individuals. Moved by the ideals of the Enlightenment, the Milan philosopher, when observing the penalties and inhuman conditions to which individuals were subjected, criticized the criminal model of his time and proposed a new law, which has the elementary requirement of observing the principles inherent to the human condition of each individual. His criticisms influenced the development of a Criminal Law guided by human principles, which, through distributive and proportional justice, assumed the objectives of ensuring equality, promoting the general well-being and protecting individuals from abuses committed by the State itself. This thesis will exclusively use the bibliographic method to analyze Beccaria's work and the effects that his revolutionary book brought to the science of law.

**Keywords:** Death penalty. Torture. Human dignity. Criminal proportionality. Enlightenment law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 CONCEITO DE PENA .....</b>	<b>7</b>
1.1 A pena como vingança privada.....	8
1.2 A pena como vingança divina .....	9
1.3 A pena como vingança pública .....	9
1.4 A pena no período humanitário .....	10
<b>2 O DIREITO PENAL ILUMINISTA DE CESARE BECCARIA .....</b>	<b>12</b>
<b>3 A PENA DE MORTE E A TORTURA SOB O ASPECTO HUMANÍSTICO DO DIREITO ILUMINISTA .....</b>	<b>15</b>
3.1 A pena de morte .....	16
3.2 A tortura .....	20
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO ILUMINISTA .....</b>	<b>24</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>27</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## INTRODUÇÃO

Neste artigo científico pretende-se demonstrar a partir dos estudos de Cesare Beccaria, a incompatibilidade jurídica da pena de morte e da prática de tortura, sob a visão do Direito Penal Iluminista, em razão do princípio da dignidade humana e da proporcionalidade da pena. Esse trabalho desenvolverá uma análise sobre como o iluminismo penal contribuiu para a elaboração de um Direito Penal livre de abusos e que passou a ter como escopo a distribuição igualitária das vantagens a todos os indivíduos das sociedades (BECCARIA, 2001, p.7). Segundo Beccaria (2001, p. 7), tal mudança estrutural do direito penal poderia apenas ser alcançada através da lei, outrora instrumento de objetivos e paixões de uma minoria, agora passa a contemplar a justiça social e o afastamento dos privilégios, visando o bem comum. O Direito Penal estabelece como finalidade, portanto, a formação e o asseguramento de uma sociedade mais justa e distributiva em prol da convivência coletiva harmônica.

A obra de Beccaria é movida principalmente pelo seu utilitarismo em relação à pena, onde essa deve ter finalidade preventiva para coibir a iminente conduta delituosa, obtendo-se assim uma estabilização social justa e proporcional. O autor foi responsável por separar o pecado do delito, traçar limites entre o direito divino e o direito humano, bem como declarar que a pena como vingança, a pena de morte e a tortura são suplícios que além de inúteis, se encontram em dissonância com o princípio da proporcionalidade entre pena e delito.

Nos primeiros arranjos sociais, conforme ocorria a expansão das sociedades e as relações humanas se desenvolviam, o ser humano vê-se compelido a renunciar parte de sua liberdade em troca de meios para garantir estabilidade e segurança social. O estabelecimento do contrato celebrado por indivíduos de uma sociedade tem como pressuposto a necessidade de se propiciar uma convivência harmônica entre seus membros, delimitando regras e prevendo punições para efetivar o cumprimento das leis. A formação da soberania das leis a partir da cessão de pequenas porções de liberdades por indivíduos origina a lógica do direito de punir e legitima a necessidade da punição (BECCARIA, 2001, p. 9). No entanto, o Direito Penal motivado pela vingança privada e pelo respaldo da justiça divina, cometia frequentes abusos e ilegalidades através dos procedimentos criminais. Tais violações foram objeto de insurgência por parte de Beccaria (2001, p. 7), que se propôs a demonstrar que a legitimidade do direito de punição deveria guardar relação de proporcionalidade entre o delito e sua pena, além de expressar a necessidade de se garantir e proteger o valor da dignidade humana, que era sistematicamente desrespeitado pelo Estado da época sob a forma de torturas, sentenciamento

à pena de morte, banimentos, tribunais de exceção, entre outras formas de mácula aos Direitos Humanos.

Em suma, o presente trabalho visa explorar que o Direito Penal, fundamentado a partir das diretrizes que consideram os indivíduos titulares de direitos inerentes a sua condição de humanidade, não pode coadunar com leis que atentem contra os próprios princípios que regem o funcionamento das sociedades, que desrespeitem os valores da dignidade humana e a proporcionalidade da pena.

## 1 CONCEITO DE PENA

Desde o início da doutrina penalista, o elemento da pena é um dos pilares centrais de toda a ciência penal. A forma como ela se estabeleceu ao longo dos anos foi objeto de muitos estudos e debates acerca de sua definição e aplicabilidade. O que conhecemos hoje como pena, é uma concepção que sofreu diversas modificações ao longo do tempo. O conceito de pena pode ser dividido em quatro grandes fases, que serão estudadas nas seções seguintes.

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado. (NORONHA, 2004, p. 20)

Pode-se entender a pena, dentro da estrutura do Direito Penal nas palavras de Mezger (apud BITENCOURT, 2020, p. 90), como a consequência de um delito manifestada através do poder punitivo do Estado. A diferenciação da legislação penal das outras áreas da doutrina jurídica é dada pela sua capacidade de originar penas em razão do poder punitivo do qual a norma é investida (ZAFFARONI, 2007, p. 33). Ainda, segundo Zaffaroni (2007, p. 33) a pena traduz justamente o limite da norma penal e sua função, uma vez que as teorias positivas da pena consideram que o castigo é benéfico para sociedade, para quem sofre a pena e estabelece função preventiva geral (que se refere a sociedade como um todo para que ninguém transgrida as leis) e função preventiva específica (que diz respeito ao próprio infrator, para que não reincida na conduta transgressora). No mesmo sentido, Damásio de Jesus (2011, p. 563) elucida que “pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma



infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

Rogério Greco (2015, p. 16) aponta, que a pena faz parte da história humana, permeando a evolução do homem através das convenções sociais:

Desde que o homem passou a viver em sociedade, sempre esteve presente a ideia de punição pela prática de atos que atentassem contra algum indivíduo, isoladamente, ou contra ao próprio grupo social. Essa punição não era originária de leis formais, que não existiam naquela época, mas sim de regras costumeiras, culturais, destinadas à satisfação de um sentimento inato de justiça, e também com a finalidade de preservar o próprio corpo social.

Esse sentimento de inerência ou atemporalidade da pena em relação à história humana, se deve ao fato de que a pena, segundo Maggiore (apud GRECO, 2015, p. 15) é “impulso que reage com um mal ante o mal do delito - é contemporânea do homem; por este aspecto de incoercível exigência ética, não tem nem princípio nem fim na história. O homem, como ser dotado de consciência moral, teve, e terá sempre, as noções de delito e pena.”

Sob o ponto de vista de Cesare Beccaria (2001, p. 9), as penas surgem como meio para se conter a vocação humana ao despotismo, onde os homens decidem renunciar parte de suas liberdades para gozarem do resto com mais segurança. Beccaria (2001, p.10), considera a pena como elemento do direito que deve refletir a natureza contratual manifestada através do acordo racional celebrado entre membros de uma mesma sociedade, ao afirmar que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”. O autor então ressalta a importância da fonte da própria pena, tomando a origem da pena na figura do legislador (que também é membro do corpo social que celebra o contrato), como componente vital para sua legitimidade.

### **1.1 A pena como vingança privada**

A pena surge na antiguidade como reflexo de um mal praticado por alguém contra outro indivíduo. Tal reflexo era movido puramente pela vontade vingativa de um indivíduo contra o outro. Deste modo, Noronha (2004, p. 20) demonstra que a origem da pena está intimamente relacionada com o sentimento de vingança, ao desenvolver que

A pena, em sua origem, nada mais foi que vingança, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide à agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações com a proporção, nem mesmo com sua justiça.

A vontade de retaliação, decorrência do espírito humano vingativo, influenciou a formação do conceito de pena como simplesmente uma forma de vingança privada. Segundo Noronha (2004, p. 20), quando a pena para um ato parte de uma reação de um indivíduo que se volta contra outro no sentido de buscar vingança sem o intermédio de terceiros, nesse momento observamos a pena como vingança do ente privado. Ainda, Noronha (2004, p. 21) pontua que a pena não era dotada de nenhuma proporcionalidade, uma vez que os anseios humanos de se fazer o “justo” através de suas próprias convicções pessoais, levaram a aplicação desmedida da pena à um patamar extremo de retaliação geral, onde os grupos sociais e núcleos familiares foram reduzidos à ruína.

## **1.2 A pena como vingança divina**

Na segunda fase do desenvolvimento histórico do conceito de pena, a aproximação da humanidade com suas divindades influenciou a forma pela qual a pena era formada e aplicada. Noronha (2004, p. 21) expõe que a justiça divina, além de exclusivamente interpretada pelos sacerdotes, era composta pelas ações dos homens em busca da satisfação dos deuses motivada pela ofensa ao divino, sendo a punição rigorosa e cruel em razão da grandeza do bem divino ofendido.

## **1.3 A pena como vingança pública**

Apesar de ainda representar um sentimento religioso em face do misticismo que permeava as sociedades na época, a pena, por conta do advento da figura terrena do representante divino, passou a ser contemplada como meio de satisfação do soberano. A organização das sociedades em torno de um Estado influenciou a forma como a pena se moldou de acordo com a transformação da sociedade. Segundo as lições de Rogério Greco (2015, p. 18):

A vingança pública surge, nessa fase da evolução histórica do Direito Penal, e fundamentada na melhor organização social, como forma de proteção, de segurança do Estado e do soberano, mediante, ainda, a imposição de penas cruéis, desumanas, com nítida finalidade intimidatória. Nessa fase, ainda há

resquícios das fases anteriores, ou seja, a vingança privada continua a ser aplicada no seio das tribos, sendo carregada, também, de misticismos, típicos da fase da vingança divina.

A grande transformação que a pena sofreu nesse período se passou na Grécia. Influenciada pela filosofia grega e pela divisão do objeto do direito entre público e privado, a pena adquiriu condição de publicidade, como pontua Noronha (2004, p.22) nesta passagem:

Não tardaram muito, entretanto, a se separarem direito e religião, surgindo os *crimina publica* (*perduellio*, crime contra a segurança da cidade, e *parricidium*, primitivamente a morte do *civis sui juris*) e os *delicta privata*. A repressão destes era entregue à iniciativa do ofendido, cabendo ao Estado a daqueles. Mais tarde surgem os *crimina extraordinaria*, interpondo-se entre aquelas duas categorias e absorvendo diversas espécies ou figuras dos *delicta privata*. Finalmente, a pena se torna, em regra, pública.

Contudo, a vingança pública não abandonou totalmente os diversos elementos oriundos da vingança divina. Levando em consideração que as sociedades do passado eram nitidamente norteadas em vários aspectos pelo misticismo e pela religiosidade, a pena exprimia ainda um sentimento punitivo do flagelo humano, onde segundo João Mestiere (apud GRECO, 2015, p. 18), as leis severas fragilizavam a organização social e as relações entre os membros de uma comunidade, ao passo que a forma pela qual a pena era aplicada, através de mortes e mutilações, inviabilizava a vida em coletivo.

#### **1.4 A pena no período humanitário**

É nesse momento histórico que o conceito da pena sofre sua mais significativa modificação. Em uma era norteadada pela busca da razão e humanidade, o Direito Penal passou a refletir os ideais da revolução francesa, privilegiando a recente pena restritiva de liberdade em face das penas afliativas, além do desponte do princípio da dignidade humana, que embora muito novo, já influenciava a razão de ser e o limite das penas (GRECO, 2015, p. 24). Era nitidamente perceptível pela sociedade que as penas de natureza corporal se tornavam incompatíveis com a evolução do pensamento social da época. A função do Direito como ente criador de privilégios e a falta de tratamento isonômico entre as pessoas impulsionou a análise crítica da ciência jurídica. As leis e seus fundamentos possuíam objetivos determinados pelos poderosos para cumprir determinados fins. Ou, nas palavras de Cezar Bitencourt (2020, p. 204)

As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social.

O Direito Humanitário, portanto, foi pensado como meio de se incorporar ao direito os elementos humanísticos da filosofia iluminista e a proteção do indivíduo perante o Estado. O propósito da pena durante o período histórico em questão foi transformado para sempre, bem como o próprio processo penal, como elucida Rogério Greco (2015, p. 24)

O período iluminista teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio na "razão", o que outrora era praticado despoticamente, agora necessitava de provas para ser realizado. Não somente o processo penal foi modificado, com a exigência de provas que pudessem conduzir à condenação do acusado, mas, e sobretudo, as penas que poderiam ser impostas. O ser humano passou a ser encarado como tal, e não mais como mero objeto, sobre o qual recaía a fúria do Estado, muitas vezes sem razão ou fundamento suficiente para a punição.

Ainda, sobre a pena na fase do Direito Humanitário, Magalhães Noronha (2004, p. 49) traz até nós sua finalidade e limites:

Esta é o meio de tutela jurídica. O crime é a violação de um direito e, portanto, a defesa contra ele deve encontrar-se no próprio direito, sem o que ele não seria tal. Consequentemente, ela não pode ser arbitrária, mas há de regular-se pelo dano sofrido pelo direito. É retributiva. Deve importar também em coação moral que detenha os possíveis violadores do direito.

Encabeçando o movimento do Direito Humanístico e diretamente influenciado pelos filósofos contratualistas, estava Cesare Beccaria. A sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, revolucionou o modo que se pensava a pena e o próprio direito. Levando em consideração a forte premissa iluminista que Beccaria desenvolve ao propor um novo direito, surge em sua obra, um construto teórico que une utilitarismo e contratualismo social (BITENCOURT, 2020, p. 206). A pena passa a ocupar um lugar diferente das concepções anteriores, ao considerar que além das características humanas do indivíduo, é muito mais importante a prevenção do delito do que a punição do indivíduo.

A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente (CASAS FERNANDES, apud BITENCOURT, 2020, p. 204)

## 2 O DIREITO PENAL ILUMINISTA DE CESARE BECCARIA

Quando falamos sobre a escola clássica do Direito Penal, nos referimos principalmente ao autor de Milão: Cesare Bonesana di Beccaria. Mesmo que a nomenclatura da escola nos induza a pensar que esta tenha sido superada por um direito mais moderno, a história tem nos mostrado que a importância do movimento ainda ressoa nos dias de hoje. Dentro do curso da humanidade, vários princípios que regem a nossa relação social passaram a ser desenvolvidos a partir dessa época, onde a humanidade encontrou-se em um momento de profunda revelação ao perceber nos seres humanos, o valor da humanidade. Em seu livro *Dos Direitos e Das Penas*, Beccaria denuncia o próprio mundo e a estrutura de poder que o rege. Escreve contra os poderosos, contra a própria desigualdade e tirania, contra o rumo que a humanidade tinha tomado. Movido por uma vontade de transformar o Direito para sempre, o marquês de Milão dirige suas tempestuosas palavras àqueles que devem ouvi-las:

Mas, se as luzes do nosso século já produziram alguns resultados, longe estão de ter dissipado todos os preconceitos que tínhamos. Ninguém se levantou, senão frouxamente, contra a barbárie das penas em uso nos nossos tribunais. Ninguém se ocupou com reformar a irregularidade dos processos criminais, essa parte da legislação tão importante quanto descuidada em toda a Europa. Raramente se procurou destruir, em seus fundamentos, as séries de erros acumulados desde vários séculos; e muito poucas pessoas tentaram reprimir, pela força das verdades imutáveis, os abusos de um poder sem limites, e fazer cessar os exemplos bem freqüentes dessa fria atrocidade que os homens poderosos encaram como um dos seus direitos. (BECCARIA, 2001, p. 8)

No mesmo sentido, o autor italiano considera as condições, tanto materiais quanto processuais, as quais os indivíduos são sistematicamente submetidos como incompatíveis com a realidade histórica do começo do século XVII, moldado sob a forte influência do iluminismo e dos valores humanitários. A “pequena grande obra” como vários autores gostam de se referir ao legado de Cesare Beccaria, representa sua visão utilitarista do Direito, que se prestou ao combate das injustiças e a proteção do indivíduo perante o Estado. Podemos perceber a importância das ideias de Beccaria através das palavras de Rogério Greco (2015, p. 49):

As ideias postuladas pela Escola Clássica ainda podem ser consideradas como o fundamento dos modernos sistemas jurídico-penais aplicados em todo o mundo. Com o surgimento da Escola Clássica, no século XVIII, e principalmente por intermédio da obra de Beccaria (1764 - *Dos Delitos e das Penas*) e de Bentham (1789 - *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*), inúmeros princípios começaram a ganhar corpo, a exemplo dos princípios da necessidade e da suficiência da pena, proporcionalidade, utilidade, prevenção geral e especial, *in dubio pro reo*, publicidade dos

juízos, presunção de inocência, culpabilidade, dentre outros, sem falar, talvez, na maior conquista da história da humanidade, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que a pena deixasse de ser aflitiva, tendo o corpo do criminoso como seu objeto principal, evoluindo para a privação da liberdade como pena principal.

Beccaria elabora toda sua tese baseada na ideia do contrato social, forjado a partir do sacrifício das liberdades feito por membros de uma sociedade em troca de estabilidade e segurança social, apostando na prevenção dos delitos. Para Cezar Bitencourt (2020, p. 240)

Essa teoria do Contrato Social pressupõe a igualdade absoluta entre todos os homens. Sob essa perspectiva se questionava a imposição da pena, os alcances do livre-arbítrio, ou o problema das relações de dominação que podia refletir uma determinada estrutura jurídica. Sob a concepção de que o delinquente rompeu o pacto social, cujos termos supõe-se que tenha aceitado, considera-se que se converteu em inimigo da sociedade. Essa inimizade levá-lo-á a suportar o castigo que lhe será imposto.

Ainda, nas palavras do próprio Beccaria, o autor logo no início de sua obra expõe de maneira extremamente sofisticada como a sua visão utilitarista do Direito Penal se comunica intimamente com as teorias contratuais elaboradas no período iluminista

Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de a conservar tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros. Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a

mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 2001, p. 9)

A realidade que Beccaria enxergou ao analisar o processo penal e as condições sob as quais os indivíduos eram submetidos, foi em sua época, um exercício de empatia que moldou o modo que o Direito Penal se desenvolveria a partir do período iluminista. O legado de Beccaria inspirou a ciência do direito e a literatura penal no sentido de entender a falibilidade humana e interpretar como esse fenômeno poderia ser evitado, sempre observando os princípios fundadores da lógica penal, representados pelos princípios que norteiam o direito e salvaguardam os humanos. De acordo com Rogério Greco (2015, p. 27), “Os pensamentos de Beccaria, ainda hoje, servem de inspiração a muitos autores. Não se pode cogitar de garantismo penal e processual penal sem buscar socorro e fundamento na obra de Beccaria. Não se pode questionar seriamente o sistema prisional sem antes se aprofundar nos estudos do mestre de Milão”. Greco (2015, p. 27) ainda demonstra a relação da obra de Beccaria e sua visão do Estado, bem como os meios punitivos que este empregava em desacordo com os princípios que tutelam as relações humanas e o próprio princípio da dignidade humana

Alguns tópicos marcantes da obra de Beccaria, que têm o condão de influenciar nosso sistema prisional, pugnando por um cumprimento de pena que não seja ofensivo à dignidade da pessoa humana, que leve em consideração o fato de que o homem pode errar, mas o Estado, não. Não compete ao Estado aniquilar com direitos que são inatos ao ser humano, direitos que não podem ser alienados ou mesmo sacados arbitrariamente de sua personalidade. Por isso, ninguém melhor do que Beccaria para, além de fazer essa radiografia de um sistema penal iníquo e injusto, propor soluções que são aplicáveis ainda nos dias de hoje. A sociedade do século XVIII vivia numa situação de terror e desigualdades. O processo penal era inquisitivo, realizado secretamente, sem que o acusado tivesse conhecimento das provas que contra ele estavam sendo produzidas. A tortura era um meio oficial utilizado pelo Estado para obter a confissão daquele a quem se escolheu para ocupar o lugar de culpado. A confissão era compreendida como a rainha das provas. O réu, na verdade, era quase que obrigado a confessar, a fim de expiar sua culpa. Os juízes, principalmente na França, eram peças fracas e frágeis a serviço de um governo despótico. Sempre parciais, julgavam com desigualdade os processos que envolviam ricos e pobres. As penas eram indeterminadas, ou seja, ficavam ao alvedrio do julgador aplicá-las de acordo com a sua conveniência. As leis existentes eram confusas, de redação rebuscada, que impediam a sua compreensão. Era permitido o uso da analogia para que se pudesse condenar alguém. Enfim, o caos reinou até que surgiram os pensadores iluministas, que se colocaram contra todo esse sistema, e Beccaria se transformou em um dos principais mentores de uma reforma que já se fazia tardia. As lições e os princípios propostos por Beccaria modificaram completamente a maneira de tratar o ser humano, que tem em seu favor, como um direito inato, sua dignidade.

### **3 A PENA DE MORTE E A TORTURA SOB O ASPECTO HUMANÍSTICO DO DIREITO ILUMINISTA**

Desde os primórdios da organização social humana, as formas de resolução de conflito remontam aos instintos mais primitivos do impulso humano. A vontade de retribuir o dano sofrido ao agente causador, é um fenômeno composto por diversas reações humanas, desde o princípio da autopreservação, a vingança decorrente da moral até a satisfação pessoal de infligir sofrimento ou findar o outro. Antes da formação do Direito Penal como uma ciência dotada de responsabilidades e limites, o meio pelo qual a sociedade lidava com seus conflitos era moldado pela atribuição de liberdade pelos próprios membros de uma sociedade, aos entes privados e ao Estado, para punir com o intuito de sanar os litígios, sem observar quaisquer características sociais ou pessoais do próprio apenado. Se a sociedade era pautada pelo sangue, a vingança e a indiferença, ninguém poderia se opor à satisfação pessoal de um indivíduo que pratica atos em relação a outro na forma de tortura ou que resultem em morte. A morte como necessidade satisfatória da vontade humana, e a tortura como meio de obtenção da ‘verdade’ a qualquer custo, foram ao longo dos tempos dados realísticos e permanentes das relações sociais humanas.

No período histórico que compreende o chamado Direito Iluminista, diversos princípios sociais começaram a ser desenvolvidos em razão da racionalização das áreas do conhecimento humano e da primazia dos valores que compunham o ser humano. Algumas condutas passaram a ser consideradas incompatíveis com o rumo que a humanidade seguia, ao passo que várias teorias humanísticas surgiam para conter a crueldade e o desdém que eram típicos do ser humano. Beccaria é um dos primeiros intelectuais a se voltar contra a pena de morte e a tortura, levando em conta, além das incompatibilidades principiológicas destas penas e o iluminismo, suas inutilidades para a prevenção de novos crimes e para a confissão do delito, respectivamente.

Para que seja possível entender o lugar que a pena de morte e a tortura (muitas vezes simultâneos) ocuparam na história da sociedade e posteriormente no ordenamento jurídico de várias nações, primeiro deve-se ater a qualidade destas penas como suplício

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação — que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício



— até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é supliciante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é o caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados). Todos esses diversos elementos multiplicam as penas e se combinam de acordo com os tribunais e os crimes. (FOUCAULT, 1999, p. 36)

Foucault ainda vai além, nos demonstrando os requisitos para que as penas sejam consideradas como suplícios, seus objetivos funestos, o símbolo que comunicam à sociedade e a legitimação do poder ilimitado de quem as aplica

Além disso, o suplício faz parte de um ritual. É um elemento na liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa no corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima; o suplício, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em tomo, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvida é que os suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível. O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos “excessos” dos suplícios, se investe toda a economia do poder. O corpo supliciado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime. (FOUCAULT, 1999, p. 37-38)

### 3.1 A pena de morte

A pena de morte é, sem dúvidas, uma das modalidades aflitivas mais antigas que recaem sobre a humanidade. Datando dos arranjos sociais mais antigos, nas palavras de Rogério Greco (2015, p. 90)

A pena de morte talvez seja uma das penas corporais mais antigas, conhecidas e aplicadas pela maioria dos povos. Sua execução podia ser extremamente dolorosa e lenta, como se dava com a crucificação, em que o condenado passaria, muitas vezes, dias agonizando no madeiro, tendo contrações horríveis em seu corpo, defecando, urinando, sendo picado por insetos, ficando em situação extrema de sede e fome, até que, finalmente, morria por asfixia, ou ocorrer de forma rápida, como nas decapitações.

Podemos perceber que a crueldade a que se prestava a pena de morte, tinha limite justamente na criatividade destrutiva humana, ao fazer uso de diversos dispositivos, técnicas aflitivas e ideias abomináveis que propiciavam maior sofrimento possível ao apenado.

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebatados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebatados; outros a ser arrebatados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebatados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada. (ROSSI, apud FOUCAULT, 1999, p. 35)

O primeiro elemento que Beccaria leva em consideração ao analisar a pena de morte, é sua incompatibilidade com o contrato social. A partir desse raciocínio, o autor explora a contrariedade lógica do estabelecimento do contrato social e a pena de morte, uma vez que

Quem poderia ter dado a homens o direito de degolar seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma origem que as leis que protegem. A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares. Mas, quem já pensou em dar a outros homens o direito de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrifício que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens? (BECCARIA, 2001, p. 32)

Seria ilógico pensar que o ser humano, como signatário do contrato social, cederia uma parcela de sua liberdade para que seus pares e o Estado pudessem ameaçar sua própria vida. A pena de

morte reverbera, nesse período histórico do Direito Penal (dominado pela filosofia contratualista), dissonância em razão dos princípios que protegem os humanos pelo simples fato destes pertencerem a raça humana. Beccaria ainda vai além, ao dizer que a pena de morte não se baseia em nenhum direito, mas sim na arbitrariedade de um Estado em face de um cidadão, que passa a ser objetivo de destruição (BECCARIA, 2001, p. 32). A importância que a teoria de Beccaria tem ao propor pela primeira vez um debate amplo sobre a pena de morte, seus limites e sua própria incompatibilidade com o Direito Penal da época, é demonstrada nessa passagem através das palavras de Norberto Bobbio (2004, p. 68)

É preciso chegar ao Iluminismo, no coração do século XVIII, para encontrar pela primeira vez um sério e amplo debate sobre a licitude ou oportunidade da pena capital, o que não quer dizer que o problema não tivesse jamais sido levantado antes. A importância histórica — que nunca será suficientemente sublimada — do famoso livro de Beccaria (1764) reside precisamente nisto: trata-se da primeira obra que enfrenta seriamente o problema e oferece alguns argumentos racionais para dar-lhe uma solução que contrasta com uma tradição secular.

Ainda, Beccaria manifesta a função da lei como instrumento de humanização dos costumes, implicando a contradição entre a pena de morte (estabelecida pela lei) e o acordo social que reflete o interesse público de se prevenir os homicídios

Se as paixões ou a necessidade da guerra ensinam a espalhar o sangue humano, as leis, cujo fim é suavizar os costumes, deveriam multiplicar essa barbaria, tanto mais horrível quanto dá a morte com mais aparato e formalidades? Não é absurdo que as leis, que são a expressão da vontade geral, que detestam e punem o homicídio, ordenem um morticínio público, para desviar os cidadãos do assassinio? Quais são as leis mais justas e mais úteis? São as que todos proporem e desejariam observar, nesses momentos em que o interesse particular se cala ou se identifica com o interesse público. (BECCARIA, 2004, p. 35)

Ao analisar a tradição do Direito Penal clássico, podemos perceber que na obra de Beccaria, a certeza da punição é mais importante do que a própria punição em si. Levando em conta o utilitarismo presente em sua obra, a crueldade da punição não se mostra essencial, sendo útil mesmo a prevenção do delito através da certeza de que este acarretará uma pena correspondente

Não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas. O que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que se

será de algum modo punido. Subsidiariamente, Beccaria introduz também um segundo princípio, além da certeza da pena: a intimidação nasce não da intensidade da pena, mas de sua extensão, como é o caso, por exemplo, da prisão perpétua. A pena de morte é muito intensa, ao passo que a prisão perpétua é muito extensa. Portanto, a perda perpétua total da própria liberdade tem mais força intimidatória do que a pena de morte. Ambos os argumentos de Beccaria são utilitaristas, no sentido de que contestam a utilidade da pena de morte (“nem útil nem necessária”, como se expressa Beccaria ao iniciar sua argumentação). A esses argumentos, Beccaria aduz um outro, que provocou a maior perplexidade (e que, de fato, foi hoje em grande parte abandonado). Trata-se do chamado argumento contratualista, que deriva da teoria do contrato social ou da origem convencional da sociedade política. Esse argumento pode ser assim enunciado: se a sociedade política deriva de um acordo dos indivíduos que renunciam a viver em estado de natureza e criam leis para se proteger reciprocamente, é inconcebível que esses indivíduos tenham posto à disposição de seus semelhantes também o direito à vida. (BOBBIO, 2004, p. 68-69)

Beccaria, ao se debruçar diante do estudo do instituto da pena de morte e perceber sua inutilidade para a prevenção de crimes, passa a advogar por sua substituição em prol da pena de prisão perpétua. De acordo com o autor, a prisão perpétua possui elementos psicológicos e simbólicos muito mais significativos do que a pena de morte

O rigor do castigo causa menos efeito sobre o espírito humano do que a duração da pena, porque a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente afetada por uma impressão ligeira, mas frequente, do que por um abalo violento, mas passageiro. Todo ser sensível está submetido ao império do hábito; e, como é este que ensina o homem a falar, a andar, a satisfazer suas necessidades, é também ele que grava no coração do homem as ideias de moral por impressões repetidas. O espetáculo atroz, mas momentâneo, da morte de um celerado é para o crime um freio menos poderoso do que o longo e contínuo exemplo de um homem privado de sua liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que repara com trabalhos penosos o dano que causou à sociedade. Essa volta frequente do espectador a si mesmo: “Se eu cometesse um crime, estaria reduzido toda a minha vida a essa miserável condição”, — essa ideia terrível assombraria mais fortemente os espíritos do que o medo da morte, que se vê apenas um instante numa obscura distância que lhe enfraquece o horror. (BECCARIA, 2001, p. 33)

Tendo como ponto de partida o fato de que a pena de morte resulta obviamente, na morte, Beccaria interpreta que é ilógico do ponto de vista utilitarista a aplicação sistemática desta pena, uma vez que para alcançar o resultado pretendido (a prevenção delituosa a partir dos suplícios), os crimes e a mortalidade seriam cada vez mais numerosos

Numa nação em que a pena de morte é empregada, é forçoso, para cada exemplo que se dá, um novo crime; ao passo que a escravidão perpétua de um

único culpado põe sob os olhos do povo um exemplo que subsiste sempre, e se repete. Se é mister que os homens tenham sempre sob os olhos os efeitos do poder das leis, é preciso que os suplícios sejam frequentes, e desde então é preciso também que os crimes se multipliquem; o que provará que a pena de morte não causa toda a impressão que deveria produzir, e que é inútil quando julgada necessária. (BECCARIA, 2001, p. 34)

Não obstante, mesmo com frequente crítica principiológica da pena de morte por Beccaria, é importante ressaltar ela não deixou de compor os ordenamentos jurídicos de sua época. O próprio autor italiano demonstra algumas hipóteses excepcionais nas quais a pena de morte ainda se faria presente em uma sociedade desarmônica, onde não há aprovação do modelo de governo e a nação é desprovida de estabilidade interna e externa.

A morte de um cidadão só pode ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de confusão em que uma nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade, nas épocas de confusão, em que as leis são substituídas pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido. Mas, sob o reino tranquilo das leis, sob uma forma de governo aprovada pela nação inteira, num Estado bem defendido no exterior e sustentado no interior pela força e pela opinião talvez mais poderosa do que a própria força, num país em que a autoridade é exercida pelo próprio soberano, em que as riquezas só podem, proporcionar prazeres e não poder, não pode haver nenhuma necessidade de tirar a vida a um cidadão, a menos que a morte seja o único freio capaz de impedir novos crimes. (BECCARIA, 2001, p. 32)

### **3.2 A tortura**

Ao longo da história, a tortura se mostra presente como forma de induzir ao sofrimento (meio satisfatório das perversas vontades individuais), como forma de solucionar as contradições do acusado e como meio de se obter a confissão ou de se descobrir a verdade sobre um delito moralmente reprovável. Michel Foucault (1999, p. 58) conceitua a tortura como “violência física para arrancar uma verdade que, de qualquer maneira, para valer como prova, tem que ser em seguida repetida, diante dos juízes, a título de confissão espontânea”, ou seja, além da tortura recair sobre o corpo humano, ela possui o elemento de legitimação da confissão e do próprio sofrimento. Rogério Greco (2015, p. 143) conceitua a tortura e sua prática a partir de seus resultados físicos e psicológicos, onde

A tortura se caracteriza por uma infligência de violenta dor ou sofrimento, que pode ser físico ou mental. Dessa forma, tanto pode ser considerado tortura o ato de o funcionário público espancar um preso, agredindo-o com pedaços de

borracha, a fim de obter uma confissão, quanto a atitude daquele que, mediante uma série de artifícios, não permite que o preso repouse, ou seja, impede que durma durante um período prolongado de tempo, mesmo que não ocorra, para tanto, qualquer tipo de agressão física.

Cesare Beccaria inaugura o capítulo sobre a tortura em seu livro *Dos Direitos e das Penas* nos deixando claro sua posição radicalmente antagônica à prática aflitiva, classificando a tortura como

uma barbaria consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, quer para arrancar dele a confissão do crime, quer para esclarecer as contradições em que caiu, quer para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, mas do qual poderia ser culpado, quer enfim porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia. (BECCARIA, 2001, p. 22)

O autor ainda considera a tortura como um instrumento de poder arbitrário que reflete a desigualdade sob a qual os investigados eram submetidos. Segundo Beccaria (2001, p. 23): “A tortura é muitas vezes um meio seguro de condenar o inocente fraco e de absolver o celerado robusto”. O autor italiano evidencia a inutilidade da tortura ao refletir que não existe busca pela verdade real pelo fato desta sequer existir. A verdade será fabricada em razão do quanto de sofrimento cada torturado consegue aguentar, expondo o caráter frágil e inútil da tortura, que se presta apenas ao tratamento desigual dos indivíduos. Beccaria levanta um ponto extremamente sofisticado sobre a finalidade da tortura. Se a tortura se presta justamente para descobrir a elusiva verdade, como que diante das condições aflitivas extremas (que alteram completamente a ciência da realidade pelo torturado, preocupado apenas com a cessação da dor) a verdade revelada poderia ser interpretada inequivocadamente pelo torturador?

Interrogam um acusado para conhecer a verdade; mas, se tão dificilmente a distinguem no ar, nos gestos e na fisionomia de um homem tranqüilo, como a descobrirão nos traços descompostos pelas convulsões da dor, quando todos os sinais, que traem às vezes a verdade na frente dos culpados, estiverem alterados e confundidos? Toda ação violenta faz desaparecer as pequenas diferenças dos movimentos pelos quais se distingue, às vezes, a verdade da mentira. (BECCARIA, 2001, p. 23-24)

No mesmo sentido, Beccaria se preocupa em apontar a inutilidade da tortura na elucidação das contradições proferidas pelo torturado. Como seria possível que alguém submetido à um sofrimento inimaginável possa raciocinar no sentido de não se contradizer?

O segundo motivo, pelo qual se submete à questão um homem que se supõe culpado, é a esperança de esclarecer as contradições em que ele caiu nos interrogatórios que o fizeram sofrer. Mas, o medo do suplício, a incerteza do julgamento que vai ser pronunciado, a solenidade dos processos, a majestade do juiz, a própria ignorância, igualmente comum à maior parte dos acusados inocentes ou culpados, são outras tantas razões para fazer cair em contradição, não só a inocência que treme como o crime que procura ocultar-se. Poder-se-ia crer que as contradições, tão ordinárias no homem, ainda mesmo quando este tem o espírito tranquilo, não se multiplicarão nesses momentos de perturbação, nos quais a ideia de escapar a um perigo iminente absorve toda a alma? (BECCARIA, 2001, p. 24)

O conceito de tortura como disputa bilateral e manifestação de poder do investigador é analisado por Michel Foucault, que compreende a busca pela verdade através dos métodos aflitivos como uma forma ritualística de se distorcer a verdade, uma vez que todos os elementos que compõe a tortura estão conectados para que a provação do mais forte (entre torturador e torturado) prevaleça no final

Sob a aparente pesquisa intensa de uma verdade urgente, encontramos na tortura clássica o mecanismo regulamentado de uma prova; um desafio físico que deve decidir sobre a verdade; se o paciente é culpado, os sofrimentos impostos pela verdade não são injustos; mas ela é também uma prova de desculpa se ele for inocente. Sofrimento, confronto e verdade estão ligados uns aos outros na prática da tortura; trabalham em comum o corpo do paciente. A investigação da verdade pelo suplício do “interrogatório” é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos — a confissão do culpado; mas é também a batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que “produz” ritualmente a verdade. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo. (FOUCAULT, 1999, p. 60)

Beccaria evidencia essa disputa de poder, levando em conta como as características subjetivas de cada torturado e o grau de dor que conseguem aguentar reduzem todo o procedimento tortuoso (que em teoria se presta à busca da verdade) à um mero arbítrio de provação de resistência entre torturador e torturado

De dois homens, igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e mais robusto será absolvido; o mais fraco, porém, será condenado em virtude deste raciocínio: “Eu, juiz, preciso encontrar um culpado. Tu, que és vigoroso, soubeste resistir à dor, e por isso eu te absolvo. Tu, que és fraco, cedeste à força dos tormentos; portanto, eu te condeno. Bem sei que uma confissão arrancada pela violência da tortura não tem valor algum; mais, se não confirmares agora o que confessaste, far-te-ei atormentar de novo.” (BECCARIA, 2001, p. 23)

Ao analisar a aplicação da tortura à indivíduos inocentes e culpados de crimes, Beccaria observa uma contradição que ironicamente demonstra ainda mais a inutilidade das práticas aflitivas. O inocente que enfrenta o flagelo, corre o risco de se incriminar através da confissão para fazer cessar a insuportável tortura, e se não a fizer, todo o sofrimento que lhe fora imposto nunca lhe foi de direito. Já o culpado pelo crime, se suportar a tortura evitará sua condenação.

Resulta ainda do uso das torturas uma consequência bastante notável: é que o inocente se acha numa posição pior que a do culpado. Com efeito, o inocente submetido à questão tem tudo contra si: ou será condenado, se confessar o crime que não cometeu, ou será absolvido, mas depois de sofrer tormentos que não mereceu. O culpado, ao contrário, tem por si um conjunto favorável: será absolvido se suportar a tortura com firmeza, e evitará os suplícios de que foi ameaçado, sofrendo uma pena muito mais leve. Assim, o inocente tem tudo que perder, o culpado só pode ganhar. (BECCARIA, 2001, p. 24)

Os efeitos da tortura influenciam moralmente a visão desprovida de empatia e sensibilidade que os torturadores e torturados passam a ter em relação aos demais indivíduos. Segundo Rogério Greco, ao submeter pessoas à prática horror extremo, a tortura distorce a harmonia social e passa a pautar as relações sociais através da violência e banalização da crueldade, atentando contra todos os princípios que formam o valor da humanidade.

A tortura transforma homens em feras; eles perdem a sensibilidade para com seus semelhantes e, dentro ou fora das grades, passam a cometer toda sorte de atrocidades. No sistema prisional brasileiro não é incomum que presos rebelados mutilem seus próprios colegas de cela, como forma de verem atendidas as suas reivindicações. Assim, a tortura gera um ciclo vicioso, ou seja, é praticada por funcionários públicos contra presos que, revoltados, rebelam-se, e passam a agredir outros, normalmente pertencentes a facções diferentes ou que cometeram crimes repudiados pelo ambiente carcerário, a exemplo do que ocorre com as violações sexuais. (GRECO, 2015, p. 146)

Beccaria no decorrer do capítulo dedicado a tortura em seu livro *Dos Delitos e das Penas*, manifesta seu profundo descontentamento com a presença da tortura em sua época. Nas palavras do próprio autor: “Em verdade, abusos tão ridículos não deveriam ser tolerados no século XVIII.” (BECCARIA, 2001, p. 25). As reflexões do mestre de Milão, influenciadas pela filosofia iluminista da qual faz parte, permitiram que Beccaria enxergasse a indiferença e a banalização do mal das quais muitos indivíduos de sua época padeciam. Ao finalizar seu capítulo sobre a tortura, escreve com indignação: “Coisa espantosa para quem não refletiu sobre a tirania do uso! São homens endurecidos nos morticínios e familiarizados com o sangue que



dão aos legisladores de um povo em paz o exemplo de julgar os homens com mais humanidade!” (BECCARIA, 2001, p. 26).

#### **4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO ILUMINISTA**

Apesar do princípio da proporcionalidade ser observado desde a antiguidade, foi apenas no século XVIII que este passou a ser desenvolvido e começou a figurar entre os elementos básicos da ciência do Direito. A relação entre a conduta delituosa e pena devem guardar proporcionalidade, uma vez que no centro da teoria do Direito Iluminista está justamente a defesa do indivíduo perante o Estado. Nas palavras de Cezar Bitencourt (2020, p. 155)

Com efeito, as ideias do Iluminismo e do Direito Natural diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso.

Para o Direito Penal Iluminista, a relação de proporcionalidade entre o crime e sua respectiva pena simboliza toda a luta social empenhada pela humanidade contra os abusos do Estado, além da verificação de seres humanos como entes detentores de elementos inatos à sua condição de humanidade. Beccaria (2001, p. 30) ao escrever sobre a moderação das penas, ressalta a importância de se relacionar o crime com sua pena de maneira proporcional: “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”. A razão do dano entre a pena e o crime é pautada pelo equilíbrio, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade define como será ditada a relação de causa e efeito do crime e sua pena.

Em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal”. Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio — abstrato (legislador) e concreto (judicial) — entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser

incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas”. (HASSEMER, apud BITENCOURT, 2020, p. 159)

A crescente codificação do Direito no mundo todo acabou por tornar ainda mais complexa a análise proporcional dos delitos. Com a elaboração de diversas penas alternativas para cada crime, a adequação proporcional entre crimes e penas passou a figurar entre as atribuições dos entes estatais, que passaram a ter com o objetivo sua promoção e observância.

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve escolher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou. (ALAGIA; BATISTA; SLOKAR; ZAFFARONI apud GRECO, 2015, p. 51)

Na conclusão de sua mais importante obra *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria coloca a proporcionalidade penal entre os elementos que devem fazer parte da pena para que esta não seja considerada um ato de violência do Estado. De acordo com o autor italiano (BECCARIA, 2001, p. 71): “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”. Podemos aduzir de toda a literatura penal produzida durante a fase iluminista do direito, uma profunda ligação do princípio da proporcionalidade com os demais princípios. A ideia de que as penas sejam proporcionais aos crimes, reflete que o Estado na sua função punitiva, não pode abusar do seu direito de punir. Tal limitação ao poder estatal existe em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, que considera o indivíduo como detentor de direitos que não podem em ocasião alguma ser desconsiderados.

Trata-se, entretanto, como já dissemos anteriormente, de um dos princípios mais fluidos, mais amplos, mais abertos, que podem ser trabalhados não somente pelo Direito Penal, como também pelos outros ramos do ordenamento jurídico. Na seara penal, o princípio da dignidade da pessoa humana serve como princípio reitor de muitos outros, tal como ocorre com o princípio da individualização da pena, da responsabilidade pessoal, da

culpabilidade, da proporcionalidade etc., que nele buscam seu fundamento de validade. As Constituições democráticas, como regra, preveem expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que deverá ser entendido como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, das mutilações etc. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada). (GRECO, 2015, p. 67)

A dignidade da pessoa humana compreende uma dimensão universal dos direitos, onde pelo fato de alguém pertencer à raça humana, é dotado de prerrogativas inatas à sua condição como humano. O conceito de dignidade humana surge em decorrência do exercício intelectual filosófico que passou a compreender o ser humano sob um prisma existencial, na medida que a proteção da vida e do bem-estar dos indivíduos obtêm uma qualidade de destaque.

É um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais. (BONIFÁCIO, apud BITENCOURT, 2020, p. 163)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor elementar para consolidação dos Estados Democráticos de Direito. Em decorrência desse princípio, as organizações estatais reúnem responsabilidades e limitações, que vão desde a proibição de se submeter pessoas à condições processuais e materiais que atentem contra sua dignidade, bem como o papel de propiciar o desenvolvimento humano através das áreas de conhecimento, além de garantir condições saudáveis para que todos os membros de uma sociedade se desenvolvam adequadamente.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitações do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade - em direitos e dignidade - e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (LEMOS, apud GRECO, 2015, p. 70)

Ainda, quando se diz respeito às penas aflitivas, Saldarriaga (apud BITENCOURT, 2020, p. 66) esclarece: “O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados”. Não se pode permitir ao Estado, ente criado a partir da cessão de liberdades individuais através do contrato social, a possibilidade de atentar contra a vida e as condições físicas e psíquicas dos contratantes. As penas cruéis, penas capitais, tortura, maus-tratos, entre outras práticas abusivas não podem ser admitidas nos ordenamentos jurídicos modernos em razão do princípio da dignidade humana, e ainda, o Estado possui a obrigação de combatê-las e garantir condições e recursos para que tais situações nunca recaiam sobre o ser humano (GRECO, 2015, p. 163).

## 5 CONCLUSÃO

É fato que o desenvolvimento do Direito Penal ao longo dos anos trouxe luz aos cantos mais escuros da humanidade. Ao final deste artigo, podemos perceber a importância da literatura iluminista na modificação das relações de poder entre Estado e indivíduos, na criação e desenvolvimento de diversos princípios e na abolição de penas e tratamentos que violam o valor mais importante inerente a cada ser humano. A obra revolucionária e atemporal de Beccaria, traduz os anseios de uma humanidade cansada dos abusos cometidos pelos Estados, da desigualdade, da brutalidade e crueldade de uma época dominada pela indiferença em relação ao ser humano. Seu novo Direito Penal considera os direitos e qualidades dos indivíduos como elementos fundamentais para guiar a estrutura e as ações dos Estados, proibindo diversas práticas aflitivas.

A pena de morte e a tortura, frente ao direito de Beccaria, tornam-se incompatíveis com a realidade filosófica e jurídica experienciada pelo mundo no século XVIII. Influenciado pelos contratualistas franceses, Beccaria propõe uma teoria baseada no contrato social e no utilitarismo, descrevendo como os crimes deveriam ser tratados e objetivando a sua prevenção. Neste artigo, podemos perceber através do Direito Iluminista de Cesare Beccaria, como a pena de morte e a tortura se demonstram incompatíveis com os valores presentes na sociedade moderna, bem como sua inutilidade na prevenção de novos delitos. É ilógico pensar que o Estado, formado pelo contrato social, possa sentenciar indivíduos à pena capital e promover práticas investigatórias que atentem contra o princípio da proporcionalidade e a dignidade humana. O Estado não pode figurar na sociedade como ente proporcionador de sofrimento

humano. A organização estatal deve desenvolver e aplicar meios para combater os abusos aos Direitos Humanos e promover o progresso social, tendo como objetivo a igualdade, o bem comum, a prevenção dos crimes e a promoção dos princípios humanos.

A visão crítica de Beccaria nos permitiu olhar para dentro da própria humanidade e nos ensinou a perceber e criticar a realidade em que vivemos. O indivíduo investido de valores que compreendem sua plenitude e autodeterminação, passa a ser protagonista de sua própria história. O legado de Beccaria influenciou a construção de um mundo guiado pela empatia, pela solidariedade, pela constatação e defesa dos valores humanos que formam as pessoas. Que as luzes de seus ensinamentos continuem a clarear o caminho que se revela diante de nós.

## REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. [S. l.]: Ridento Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 5 out. 2021.
- BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**: volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**: volume 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Penal, volume 1**: parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007.

**TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu, Igor Cavellheiro Berno

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 3152543-1, período NOITE, turma 10º U, tendo realizado o TCC com o título:

A incompetibilidade jurídica de pena de morte e da tortura do direito iluminista de Cesare Beccaria

sob a orientação do(a) Professor(a) Ms. Adalberto José de QTC Aranha Filho

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 8 de 11 de 2021



Assinatura do discente