

PUNIÇÃO CORPORAL JUDICIAL NOS ESTADOS UNIDOS? LIÇÕES DA LEI CRIMINAL ISLÂMICA PARA CURAR AS DOENÇAS DO ENCARCERAMENTO DE MASSA

JUDICIAL CORPORAL PUNISHMENT IN THE UNITED STATES?! LESSONS FROM
ISLAMIC CRIMINAL LAW FOR CURING THE ILLS OF MASS INCARCERATION

Mohamed A. Arafa¹ e Jonathan G. Burns²
Traduzido por Víctor Minervino Quintiere³

Resumo: No final do ano de 2012, a população carcerária adulta nos EUA (que compreende indivíduos em liberdade condicional e em presídios) somava 6,94 milhões de pessoas, o equivalente a 1 em cada 35 adultos norte-americanos. Esses números representam a maior taxa de encarceramento do mundo. Além desses números altos, o sistema prisional dos EUA é: 1) caro, devido às grandes despesas estaduais e federais necessárias; e 2) ineficaz. Este artigo se propõe a analisar a política de punição corporal por ordem do Judiciário e como ela pode ajudar a reduzir os custos econômicos e sociais do encarceramento, que é a principal forma de se penalizar no sistema criminal da nossa sociedade. Faremos isso em quatro Partes. A Parte II examinará os cinco propósitos universais da punição, propondo uma definição de punição corporal judicial. A Parte II também trará uma análise comparativa da punição corporal judicial nos sistemas legais islâmico e norte-americano. A Parte III traz uma análise subjetiva dos autores a respeito do tema, primeiramente, admitindo as desvantagens do castigo corporal judicial tal qual implementado no direito penal islâmico, chegando à conclusão de que essa forma de punição é superior ao modelo predominante nos EUA. A conclusão a que se chega na Parte III é fundada em três argumentos principais, que mostram que o sistema que utiliza o castigo corporal judicial é mais eficaz, menos custosa e mais compassiva que o status quo do encarceramento.

Palavras-chaves: Sistema penitenciário dos EUA; Encarceramento; Castigo corporal judicial; Direito Islâmico.

1 Assistant Professor of Law, Alexandria University Faculty of Law (Egypt); Visiting Adjunct Professor of Law, Indiana University Robert H. McKinney School of Law at Indianapolis and Cornell Law School. Visiting Professor of Law, University of Brasília Faculty of Law. S.J.D., Indiana University McKinney School of Law (2013); LL.M., University of Connecticut School of Law (2008); LL.B., Alexandria University Faculty of Law (2006). Any errors are all mine. For comments or questions please contact the author at marafa@iupui.edu.

2 J.D., Universidade de Indiana, Robert H. McKinney School of Law (2014); B.A., Universidade Evangel (2010). O Sr. Burns é Associado do escritório internacional de advocacia Dentons, em Riyadh, Reino de Arábia Saudita, e é o autor de INTRODUÇÃO AO DIREITO ISLÂMICO: PRINCÍPIOS DE CIVIL, CRIMINAL, E LEI INTERNACIONAL SOB O SHARĪ'A (2013). Os autores desejam agradecer Ahmad ElAshry por sua gentil assistência na condução de pesquisas para este artigo.

3 Doutorando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Professor de Direito Penal na Escola Superior da Advocacia na Ordem dos Advogados do Distrito Federal – OAB.DF. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF. Sócio no escritório Bruno Espiñeira Lemos & Quintiere Advogados. E-mail para contato: victor.quintiere@ceub.edu.br

Abstract: At year-end 2012, the entire adult correctional population in the U.S. (consisting of individuals on probation, parole, or in prison or jail) consists of 6.94 million people, equivalent to about 1 in 35 U.S. adults. Unsurprisingly, these numbers represent the highest incarceration rate in the world. In addition to these high numbers, the U.S. system of incarceration is both: 1) expensive (due to the large state and federal expenditures required); and 2) lacking in efficacy. The purpose of this article, therefore, is to provide taxpayers and policymakers with information about the objective policy behind judicial corporal punishment and how it could help to significantly reduce the huge economic and social costs which incarceration as a preferred form of criminal punishment has levied on our society. This will be achieved in four Parts. Part II examines the five universal purposes of punishment and offers a working definition of judicial corporal punishment. Part II also provides a comparative analysis of judicial corporal punishment in the U.S. and Islamic legal systems. Next, Part III begins the authors' independent subjective analysis, first conceding the drawbacks of judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law, then coming to the conclusion that, despite the drawbacks, judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law is superior to the status quo of incarceration in the U.S. Part III's conclusion will be supported by three main arguments showing that judicial corporal punishment as implemented in Islamic criminal law is more effective, less costly, and more compassionate than the status quo of incarceration.

Keywords: US prison system; Incarceration; Judicial corporal punishment; Islamic Law.

“Deus torna alguns corações tão macios que são mais macios que o leite, e Ele torna os outros ainda mais duros do que pedras”⁴

“A prisão é um mistério para todos, exceto para os milhões de pessoas forçadas a viver e trabalhar neste gigantesco sistema de detenção administrado pelo governo. E enquanto nós não olhemos para o que acontece por dentro, nos recusando a considerar alternativas, nada vai mudar”⁵.

PARTE I: INTRODUÇÃO

No final de 2012, aproximadamente 2.312.300 indivíduos foram encarcerados nas celas e prisões dos Estados Unidos por todo o país⁶. Para visualizar isso, considere quase toda Chicago, metade da Irlanda ou toda a Jamaica delimitada por todos os lados por muros da prisão.

Este número, por maior que seja, representa apenas indivíduos adultos que estão sob custódia física; não inclui jovens e adultos que estão no sistema, mas não na cela ou prisão. A população correcional adulta inteira (composta por indivíduos em liberdade condicional, liberdade condicional ou na prisão) representa 6,94 milhões de pessoas, o equivalente a cerca de 1 em cada 35 adultos ou, ainda, 2,9% de toda a população adulta nos Estados Unidos⁷.

Surpreendentemente, esses números representam o maior encarceramento no mundo⁸. Há, nesse contexto, 716 indivíduos encarcerados a cada 100.000 cidadãos. A população total de prisioneiros presente nos Estados Unidos se sobressai quando comparada com a de todos os outros - incluindo China, Rússia e Cuba⁹.

Para dizer o mínimo, o custo de moradia, alimentação, roupas, supervisão, prestação de cuidados médicos e a manutenção desses indivíduos não é barato. No nível federal, os orçamentos anuais das prisões excederam recentemente US \$ 6,5 bilhões; e o custo anual por recluso

4 ADIL SALAHI, MUHAMMAD: MAN AND PROPHET 259 (1995).

5 PETER MOSKOS, IN DEFENSE OF FLOGGING 5 (2011).

6 Press Release, Bureau of Justice Statistics, Total U.S. Correctional Population Declined in 2012 for Fourth Year (Dec. 19, 2013), <http://perma.cc/FR49-X55S>.

7 Id.

8 ROY WALMSLEY, INT'L CTR. PRISON STUDIES, WORLD PRISON POPULATION LIST 1 (10th ed. 2013), available at <http://perma.cc/AD8V-MFS5>.

9 Id.

varia de US \$ 21.006 para infratores de segurança mínima a US \$ 33.930 para infratores submetidos aos presídios de segurança máxima¹⁰.

No nível estadual, os gastos anuais com correções por estados individualmente considerados estão próximos do total de US \$ 52 bilhões, a maior parte destinada a gastos nos prisões estaduais.

E para agravar ainda mais o problema, indivíduos que entraram no sistema de encarceramento, cumpriram seu tempo e foram libertados tem essencialmente 50% (cinquenta por cento) de chance de entrar no sistema novamente¹¹.

A. Questão

A partir desses fatos, é evidente que o sistema de encarceramento dos EUA é caro (devido às grandes despesas estaduais e federais necessárias) e falta eficácia (devido às altas probabilidades de reencarceramento).

Enquanto isso no sistema de encarceramento é sombrio no sentido econômico, é também social e emocionalmente deprimente. Enquanto a pena de prisão age para proteger a sociedade, separando indivíduos potencialmente perigosos do mundo exterior, referido instrumento separa famílias, remove funcionários de seus empregos e desconecta os jovens, afetando o seu potencial, dos modelos de referência que são os pais e que eles encontrarão na infância.

Diante desse contexto, a punição corporal judicial é a melhor opção ao invés do encarceramento?

10 NANCY LA VIGNE & JULIE SAMUELS, THE GROWTH & INCREASING COST OF THE FEDERAL PRISON SYSTEM: DRIVERS AND POTENTIAL SOLUTIONS 2 (2012), available at <http://perma.cc/9QQ6-UCC9>

11 Um estudo realizado pelo Bureau of Justice Statistics, que acompanhou 272.111 internos em quinze três anos após sua libertação em 1994, constatou que 67,5% dos indivíduos estavam detidos novamente e 51,8% dos indivíduos acabaram de volta na prisão. PATRICK A. LANGAN & DAVID J. LEVIN, RECIDIVISMO DE PRISIONEIROS LANÇADOS EM 1994, em 1, (2002), disponível em <http://perma.cc/PFY5-DQL4>. Um estudo realizado pelo Pew Center on the States, em colaboração com a Associação de Administradores Correcionais do Estado, corroborou amplamente essas estatísticas.

Especificamente, o estudo Pew acompanhou os presos libertados das prisões de todos os Estados em 1999 e 2004. CTR PEW. NOS ESTADOS, nota 10 supra, ponto 2. Após três anos de lançamento, Pew constatou que 45,4 por cento dos indivíduos libertados em 1999 e 43,3 por cento dos libertados em 2004 reencarcerado.

B. Escopo

Existem várias soluções possíveis para curar os problemas da criminalidade, reincidência e encarceramento em massa; punição corporal judicial por si só não é necessariamente a resposta principal¹².

No entanto, a implementação de medidas judiciais punição corporal, até certo ponto, é superior ao status quo de encarceramento nos Estados Unidos. O objetivo deste artigo, portanto, é analisar esta alegação de que o castigo corporal judicial representa um alternativa eficaz, menos onerosa e mais humana ao encarceramento.

Ao avaliar esta afirmação, o artigo foca no exemplo de processos judiciais envolvendo punição corporal, conforme implementado em jurisdições que aplicam referida modalidade de punição.

O escopo da análise aqui é limitado à política, não à prática. Ou seja, os métodos pelos quais a punição corporal judicial é executada não são sondados intrinsecamente, exceto onde necessário.

Além disso, uma escala completa contendo eventual recomendação para revisão do código criminal e / ou sentença, diretrizes de uma determinada jurisdição através da implementação da referida modalidade de punição estão além do escopo deste artigo.

Pelo contrário, o estudo procura fornecer a aqueles que contribuem e formulam políticas informações sobre a política objetiva por trás do castigo corporal judicial e como isso poderia ajudar significativamente a reduzir os enormes custos econômicos e sociais que o encargo incide sobre a Sociedade americana.

Consequentemente, a Parte II examina os cinco propósitos universais de punição e oferece uma definição prática de punição corporal judicial.

Segue-se uma análise comparativa da punição corporal judicial sob os sistemas legais dos EUA e islâmicos. Aqui, os autores concluem que, enquanto a punição corporal judicial foi de fato eliminada nos Estados Unidos, não é necessariamente proibido pela Oitava Emenda do Constituição dos EUA. A Parte III, por sua vez, examina as

12 Incluindo, por exemplo, descriminalizar certas ofensas não violentas e sem vítimas, avançando legislação destinada a eliminar registros criminais e acabar com a discriminação contra ex-presidiários, ou até despejar mais dinheiro no sistema prisional para oferecer mais programas de reabilitação ou melhorar os programas já disponíveis.

desvantagens do processo judicial. punição corporal conforme implementada pela lei criminal islâmica.

Os autores sugerimos aqui que, apesar de suas limitações, a punição corporal judicial implementado na lei criminal islâmica é mais eficaz, menos oneroso e mais compassivo do que o status quo do encarceramento. Finalmente, a Parte IV conclui discutindo alguns aspectos práticos a serem considerados à luz da questões chocantes enfrentadas neste artigo.

Nenhuma pessoa racional gosta de infligir castigos corporais em qualquer um; o próprio pensamento parece repugnante, atrasado, bárbaro e brutal.

No entanto, enquanto o encarceramento em massa resultar em famílias desfeitas, na diminuição da força de trabalho e encargos cada vez maiores aos contribuintes, a sociedade americana como um todo sofrerá sob um sistema que é repugnante em escala mais ampla.

PARTE II: HISTÓRICO

A. Os cinco propósitos universais da punição

Em um sentido amplo, existem cinco políticas diferentes de punição criminal que se aplicam universalmente a todas as sociedades e sistemas jurídicos¹³; incluem (1) incapacitação, (2) dissuasão, (3) reabilitação, (4) restituição, e (5) retribuição¹⁴. A política de qualquer jurisdição pode ser inspirada em mais de uma teoria da punição.

Incapacitação refere-se à técnica de tornar um criminoso impotente cometer mais crimes¹⁵. Isso pode ser alcançado, por exemplo, por encarceramento, amputação ou execução. A dissuasão refere-se ao objetivo de desencorajar os criminosos e outros indivíduos da sociedade de cometer atos criminosos¹⁶.

13 CYNDI BANKS, CRIMINAL JUSTICE ETHICS 130 (3d ed. 2013).

14 Id. at 114; see also, Kenneth R. Feinberg, The Federal Guidelines and the Underlying Purposes of Sentencing, 10 FED. SENT'G REP. 39, 39 (1997); Albert W. Alschuler, The Changing Purposes of Criminal Punishment: A Retrospective on the Past Century and Some Thoughts about the Next, 70 U. CHI. L. REV. 1, n.1 (2003); John B. Mitchell, Crimes of Misery and Theories of Punishment, 15 NEW CRIM.L.REV. 465, 471, n.4 (2012).

15 BANKS, supra note 13, at 127.

16 Id. at 117.

A dissuasão pode ser alcançada com açoites públicos, encarceramento, multas monetárias e outros meios. Reabilitação refere-se à processo pelo qual são feitas tentativas para ajudar ex-criminosos a entrar na sociedade como cidadãos produtivos¹⁷.

Isso pode ser alcançado, por exemplo, ordenando infratores sejam submetidos a aconselhamento, participem de serviços comunitários ou participem de aulas de treinamento. As teorias de restituição e retribuição são um tanto inter-relacionados. No entanto, o primeiro visa tornar a vítima inteira no despesa do criminoso em sentido material e baseado na propriedade, enquanto o último visa satisfazer um desejo puramente emocional de vingança exata em um¹⁸.

A restituição pode ser alcançada, por exemplo, ordenando que um ladrão devolver bens roubados à vítima ou ordenar um vandalismo para pagar pelo reparo da propriedade danificada da vítima. Retribuição, por outro lado, que procura infligir danos ao criminoso pelos danos causados à vítima¹⁹, pode ser atingido por punições físicas, como açoites.

Cada uma dessas políticas, em um grau ou outro, conte com o apoio de criminosos americanos e islâmicos sistemas legais. Especificamente, as políticas de incapacidade, dissuasão e reabilitação são influências comuns de ambos os sistemas.

B. O que é punição corporal judicial?

O termo “castigo corporal” está sujeito a variadas variações definições baseadas em muitos fatores subjetivos, incluindo normas culturais e valores, experiência pessoal, educação, afiliação religiosa, status social e em breve.

As definições podem ser amplas²⁰ ou estreitas²¹. Para os fins deste artigo, “Castigo corporal” refere-se a um ato afirmativo de dano físico

17 Id. at 125.

18 Id. at 120-29.

19 Id. at 120.

20 Veja, por exemplo, DICIONÁRIO 1353 DA LEI DE BLACK (10a ed. 2014) (definindo o castigo corporal como “Punimento físico; punição infligida ao corpo (incluindo prisão) ”); e Geoffrey Scarre, Castigo Corporal, 6 TEORIA ÉTICA E PRÁTICO MORAL. 296, 297, n.3 (2003) (“[No] sentido amplo, qualquer punição infligida ao corpo deveria causar dor física, desconforto ou lesão conta como “corporal”.

21 Veja, por exemplo, Scarre, nota 20 supra, em 1269 (“[F] ou o termo [punição corporal] a ser aplicado no sentido estrito, a dor ou dano deve ser intencionalmente produzido por um ato de agressão ou agressão.”).

não incluindo morte, risco grave de morte ou falência de órgãos. O termo “judicial” qualifica o ato de punição como aquele devidamente ordenado por um tribunal ou juiz após a oportunidade de um julgamento justo e a prova de culpa além de uma dúvida razoável.

Como ato judicial, a presunção aqui é que a punição está em conformidade com todas as disposições e direitos constitucionais relevantes, incluindo, inter alia, igualdade de proteção da lei, o direito contra a auto-incriminação, o direito de enfrentar interrogar testemunhas eo devido processo legal (tanto material quanto processual). Em outras palavras, o conceito de aplicação judicial corporal punição nos Estados Unidos depende do mais alto nível de justiça fundamental em todas as etapas do processo criminal.

C. Uma análise comparativa: punição criminal nos países islâmico e norte-americano. Sistemas legais

Muitos acadêmicos e estudantes com formação jurídica islâmica frequentemente falta um entendimento básico dos princípios legais fundamentais dos EUA e estruturas.

Seus colegas ocidentais também não possuem um entendimento básico da lei islâmica, suas fontes, regras e razões políticas subjacentes. Enquanto um uma discussão aprofundada dos princípios fundamentais de qualquer sistema legal cai fora do escopo deste artigo²², a breve introdução a seguir aborda seus respectivos métodos de punição, os motivos da implementação (ou falta de implementação) e as aspirações políticas subjacentes.

Esta seção começa com uma análise dos métodos e da política de punição criminal sob o direito penal islâmico. Segue com uma visão geral dos EUA história jurisprudencial e atitudes em relação à punição e conclui com uma análise da política dos EUA sobre encarceramento.

1. Visão geral da punição no direito penal islâmico - métodos e políticas

a. Análise do Crime e Punição no Direito Penal Islâmico

22 Para uma introdução completa aos princípios básicos da lei islâmica em geral, consulte JONATHAN G. BURNS, INTRODUÇÃO AO DIREITO ISLÂMICO: PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL, CRIMINAL E INTERNACIONAL SOB THE SHARI'A 109-29 (2014), que inclui um capítulo que abrange todos os aspectos do direito penal islâmico. Veja também RAJ BHALA, COMPREENDENDO A LEI ISLÂMICA (SHARI'A) (2011).

A lei islâmica criminaliza certo comportamento em três categorias diferentes. Essas categorias consistem em ofensas de Hudud, Qesas e Ta'azir. Portanto, esta seção descreverá essas categorias de crime sob a lei criminal islâmica, suas punições e seus requisitos probatórios.

OFENSAS HUDUD

Hudud (o plural de “Hadd”) são ofensas cujo resultado são sanções legais fixas²³. Os crimes Hudud, portanto, são aqueles que prejudicam os interesses essenciais de uma comunidade islâmica; elas implicam uma grave agressão à paz, ordem e virtude da sociedade²⁴.

Portanto, a punição por crimes de *Hudud* é a mais rigorosa e decisiva na lei criminal islâmica. Consequentemente, ofensas específicas de Hudud, sua punição e circunstâncias atenuantes e agravantes foram fixadas e detalhadas nas disposições do Alcorão²⁵ e da Sunnah²⁶.

Considerando a severidade das penalidades de Hudud, a Lei Islâmica exige que o ofensor seja capaz, agindo por conta própria, livre-arbítrio e, o mais importante, provar-se culpado do crime além de uma dúvida razoável após um julgamento justo. Deve-se notar que a “dúvida” é de importância crucial na aplicação das penalidades de Hudud, como será mostrado mais adiante. Hudud geralmente consiste em quatro infrações acordadas: (1) Al-Zena, (2) Al-Qazf, (3) Al-Sariqah e (4) Al-Haraba²⁷.

23 Taylor Kamel, *The Principle of Legality and its Application in Islamic Criminal Justice*, in THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 149, 163-64 (M. Cherif Bassiouni ed., 1982) (citing AL-MAWARDI, AL-AHKAM AL-SULTANIYYA 219). See also generally MOHAMED S. EL-'AWA, PUNISHMENT IN ISLAMIC LAW—A COMPARATIVE STUDY (2000).

24 Sobre o tema, ver MUHAMMAD ABU ZAHRAH, CRIME E PUNIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA ISLÂMICA (1974).

25 O Alcorão, o livro sagrado dos muçulmanos, é a primeira e principal fonte da lei islâmica na qual a palavra de Deus foi revelada ao Profeta Muhammad (PBUH) verbalmente através do Anjo Gabriel durante um período de 22 anos (610-632 CE). M. Cherif Bassiouni & Gamal Badr, *The Shari'ah: Fontes, Interpretação e Formulação de Regras*, 1 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L. 135, 150 (2002).

26 A segunda principal fonte da Lei Islâmica é a Sunnah, ou as tradições do Profeta Muhammad (PBUH). A Sunnah é importante para a interpretação dos versos do Alcorão. Eu iria. Ver geralmente NASSER ALI AL-KHOLAIFY, CIRCUNSTÂNCIAS MITIGANTES E AGRAVANTES PARA A PENA DE TA'AZIR NA JURISPRUDÊNCIA ISLÂMICA (1992).

27 AL-KHOLAIFY, nota 26 supra, p. 21. Existem três outras infrações controversas que não são discutidas aqui; estes incluem Shorb Al-Khamr, ou beber vinho; Al-Baghi, ou rebelião contra autoridade legítima; e Al-Ridda, ou apostasia. Etim O. Okon, *Hudud Punições no Direito Penal Islâmico*,

A primeira dessas ofensas, Al-Zena refere-se a fornicação ou adultério. O crime pode ser provado por confissão ou testemunho de quatro testemunhas oculares e é sancionado por açoitamento com cem chicotadas²⁸. Al-Qazf, que significa caluniar ou difamar uma pessoa inocente do crime de fornicação, é punível com chicotadas com oitenta chicotadas.

A penalidade exige que o fornicador acusado exija a aplicação da penalidade ao suposto perjurador²⁹. Al-Sariqah, ou roubo, é sancionado pela amputação da mão. Para que a penalidade seja aplicada, o proprietário deve reivindicar sua propriedade e o objeto roubado deve ter um valor mínimo específico (o que torna o crime um grande roubo e, portanto, punível como um crime de Hudud, enquanto o pequeno roubo é sancionado por Ta'azir, conforme discutido na parte II.C.1.a.iii); completamente possuído e possuído pelo proprietário no momento de seu roubo; e retirado do local habitual de preservação (por exemplo, um carro em uma garagem ou jóias em um cofre)³⁰.

Além disso, o ato de roubar deve ser uma violação ou agressão infligida a cidadãos seguros em seus locais seguros (ou seja, Por fim, o ato só pode ser comprovado por confissão ou testemunho de duas testemunhas oculares³¹.

Al-Haraba, que significa brigando ou espalhando o caos, envolve ameaças ou atos de violência contra os transeuntes. nas vias públicas, que podem ou não envolver assassinato ou furto³². Implica qualquer ato de agressão que aterroriza cidadãos seguros (associados a assassinatos e roubos ou não) incluindo atos de terrorismo³³.

O crime é punível com várias penas graves, incluindo morte, crucificação, amputação dos membros oponentes ou banimento³⁴. Para ser condenado por esse crime, o infrator deve ter usado uma arma e ter agido sem considerar a lei ou a segurança de terceiros³⁵.

10 EUR. SCI. J., n. 14 de maio de 2014, em 227, 229, disponível em <http://perma.cc/X3X2-EU22>.

28 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 24.

29 *Id.* at 27.

30 ABU ZAHRAH, *supra* note 24, at 125.

31 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 32.

32 *Id.* at 35.

33 ABU ZAHRAH, *supra* note 24, at 143.

34 *Id.* at 146.

35 AL-KHOLAIFY *supra* note 26, at 35.

OFENSAS RELATIVAS À IGUALDADE (QUESAS OFFENSES)

Qesas, que significa “igualdade” ou “equivalência”, refere-se a um crime punível pelo mesmo ato ou a um ato substancialmente semelhante em retaliação pelo dano infligido³⁶. Em outras palavras, Qesas envolve a reparação de um erro, equalizando o dano. Em certos casos, a vítima ou seus representantes legais podem exigir outras formas de compensação em vez de punição física (Diyya)³⁷.

Como terceira alternativa, a vítima ou seus representantes legais podem perdoar completamente o infrator³⁸. As ofensas às qesas são divididas em duas categorias. A primeira compreende o ato intencional de assassinato (homicídio)³⁹.

A segunda categoria envolve a imposição intencional de danos corporais, resultando em lesões permanentes ou graves⁴⁰. Isso inclui mutilar, espancar, ferir e outras formas de desfiguração física. Deve-se notar que a formulação de um castigo de Qesas se baseia em fornecer uma aplicação equilibrada de justiça e igualdade. Esses crimes envolvem uma agressão aos direitos pessoais mais importantes. Esses são o direito à vida e o direito à integridade corporal.

Observe que a punição por crimes de Qesas não pode ser aplicada quando o agressor está relacionado à vítima, como, por exemplo, se o agressor é filho da vítima⁴¹. Por fim, observe que um infrator considerado culpado de causar assassinato não intencional ou lesão corporal também é responsável por Diyya, mas não sujeito a punição física por Qesas⁴².

36 M. Cherif Bassiouni, *Qesas Crimes*, in THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, *supra* note 23, at 203, 203.

37 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 49.

38 Mas se alguém receber uma remissão de seu irmão, o processo de realização do dinheiro de sangue será feito com justiça e o assassino pagará o dinheiro de maneira considerável.” QUR’AN, Al-Baqarah 2: 179, disponível em <http://perma.cc/429F-3VQJ>

39 “Vós que credes! retaliação equitativa em relação aos mortos é prescrita para você. Id.

40 E nisto prescrevemos para eles: Uma vida por uma vida, e um olho por um olho, e um nariz por um nariz, e uma orelha por uma orelha, e um dente por um dente, e por outras lesões retaliação equitativa.” Eu iria. em Al-mãidah, 5:46, disponível em <http://perma.cc/5ZN7-RLRM>.

41 AL-KHOLAIFY, *supra* note 26, at 53.

42 *Id.* at 57.

OFENSAS DE TA'AZIR:

Ta'azir significa disciplina, reabilitação ou correção discricionária. Ela abrange todas as ofensas pelas quais Shari'a não prescreve uma punição⁴³. Assim, todos os atos (não incluídos em Hudud, Qesas ou Diyya) que violem interesses particulares de indivíduos ou interesses públicos da comunidade são incluídos na categoria Ta'azir⁴⁴.

Isso impõe às autoridades públicas a obrigação de codificar regras que penalizem tais atos. Ao mesmo tempo, essa ampla discricção fornece a flexibilidade necessária para que a lei cumpra as mudanças e desenvolvimentos em tecnologia, cultura e similares de cada nova era⁴⁵.

Os exemplos dados no Alcorão para esta categoria indicam que o juiz tem amplo poder discricionário na imposição de punições⁴⁶.

No entanto, o juiz deve considerar a totalidade das circunstâncias, a fim de tornar a penalidade proporcional ao crime (que deve ser sempre mais branda do que as de Hudud)⁴⁷.

Essa ampla margem de apreciação judicial pode incluir um perdão quando o crime atinge um direito pessoal mais do que um interesse público. Os crimes de Ta'azir incluem três classes de crime. A primeira classe compreende crimes relacionados a ofensas de Hudud, mas não tão graves que justifiquem a punição prescrita a Hudud.

A segunda classe compreende as ofensas de Hudud, onde a penalidade não é aplicável por causa da condição do infrator (por exemplo, capacidade mental reduzida, falta de vontade ou algo semelhante); ou falha em satisfazer os estritos requisitos probatórios para provar uma evidência de Hudud, mesmo que exista uma evidência mínima (por exemplo, onde apenas três homens testemunharam um ato de adultério, em vez das quatro testemunhas necessárias).

Nesse caso, a penalidade mais severa de Hadd é substituída pela penalidade menos severa de Ta'azir. A terceira classe envol-

43 *Id.* at 57.

44 *Id.* at 77-79.

45 *Id.* at 97.

46 *Id.* at 81.

47 Vide Bassiouni, nota 37 supra, em 233-234 (fornecendo suporte para que uma consideração importante na tomada de decisões por ofensas criminais seja a proporcionalidade entre o crime e a punição). Os delitos de Ta'azir são semelhantes aos delitos ou delitos menores, enquanto os delitos de Hudud são semelhantes aos delitos graves.

ve todos os outros atos criminosos que não são penalizados com punição legal fixa⁴⁸.

As penalidades de Ta'azir incluem a punição física (corporal) tradicional, como a pena de morte, que raramente é imposta, e açoitamento. A privação da liberdade é outra pena, que inclui prisão, banimento local, deslocamento ou expulsão. Além disso, as sanções pecuniárias sob Ta'azir incluem multas e apreensão.

Em certos casos, os juízes podem empregar mecanismos de controle social - como advertência ou exortação, repreensão, ameaça ou divulgação pública - para impedir que os infratores repitam seus atos perversos⁴⁹.

ENCARCERAMENTO NO DIREITO PENAL ISLÂMICO

Finalmente, é importante observar que o encarceramento, embora desfavorecido na lei criminal islâmica, está disponível como um meio de lidar com os infratores. A prisão já existia muito antes do Islã⁵⁰.

No entanto, nem o Alcorão nem a Sunnah previam a penalidade. Quando os estudiosos da jurisprudência islâmica previam a prisão em seus comentários legais, normalmente se aplicavam apenas a delitos menores do Ta'azir e por um período não superior a um ano⁵¹.

No entanto, de acordo com outras interpretações islâmicas na fiqh islâmica (jurisprudência), encarceramento islâmico o direito penal é principalmente reservado aos infratores mais perigosos e às reincidentes extremos⁵². Essas pessoas não são libertadas da prisão até que o juiz determine que realmente reformaram e se arrependeram⁵³.

Sob a lei islâmica, o encarceramento é freqüentemente considerado mais severo do que as punições corporais⁵⁴, como a punição na

48 ABU ZAHRAH, *supra* note 26, at 109-177.

49 Vide AL-Kholaify, *supra* note 26, at 109-17

50 “[I] f ele não o que eu lance, ele certamente será preso e tornar-se 1 do humilhado.” Q UR ‘ A, *Yūsuf* 00:33, <http://perma.cc/P4N4-MNGJ>.

51 UMA EU- K HOLAIFY, *supra* nota 26, a 133.

52 Ahmad Abd-Aziz al-Alfi, *Punição em Direito Penal Islâmico*, em T ELE Eu Slamic C rime J JUSTIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, a 227, 236.

53 Ghaouti Benmelha, *Ta'azir Crimes*, em T ELE Eu Slamic Crime, JUSTIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, em 211, 217.

54 Bassiouni, *supra* nota 37, em 228-230.

lei criminal islâmica deve ser determinada de acordo com os princípios de igualdade e legalidade⁵⁵.

b. Filosofia da punição no direito penal islâmico

O objetivo da lei islâmica é fornecer uma regulamentação impecável para todos os aspectos da vida humana⁵⁶ para garantir a preservação da paz e da ordem na sociedade⁵⁷. O “interesse” ou “benefício” público (Al-Maslahah) é o objetivo final das regulamentações. na lei islâmica⁵⁸.

Assim, o interesse público é a base da punição na lei islâmica⁵⁹. Sob a jurisprudência islâmica, o “interesse público” compreende os “Cinco Propósitos Essenciais”, que incluem a proteção de (1) religião, (2) vida, (3) linhagem, (4) intelecto e (5) propriedade⁶⁰. Como o Alcorão observa, “quem mata uma alma, a menos que seja por alma ou por corrupção [feita] na terra - é como se ele matou a humanidade inteiramente.

E quem salva um - é como se ele tivesse salvo a humanidade inteiramente”.⁶¹ Este versículo esclarece que a imposição de um crime a um indivíduo também é uma agressão à comunidade como um todo.

Assim, as ofensas que põem em risco a própria fundação da sociedade são rigorosamente punidas com penas fixas (ofensas de Hudud). Foram as conseqüências catastróficas que eles causam na comunidade que foram consideradas ao fixar as penalidades de Hudud.

Em particular, a disseminação da fornicação e da calúnia levaria à desintegração da família e corromperia a linhagem na sociedade⁶². Além disso, a disseminação do roubo atrapalharia a paz e a ordem da sociedade, deixando as pessoas com um sentimento de insegurança por seus atos. propriedade ou sua vida⁶³.

Além disso, a punição na lei islâmica procura proporcionar a perfeita aplicação da justiça e da igualdade. Isso é enfatizado no ver-

55 *Id.*

56 *Id.*

57 *Id.*

58 *Id.* Pgs. 232, 233.

59 *Id.*

60 *Id.*

61 Q UR ‘ A, *Sūrat l-Maidah* 05:32, disponível em <http://perma.cc/VD6R-UQLV>.

62 Bassiouni, *supra nota* 37, a 232, 233.

63 *Id.*

sículo do Alcorão: “Ó crentes, sejam vocês seguradores da justiça, testemunhas de Deus. Não deixe que o deteste de um povo faça com que você não seja eqüitativo; seja eqüitativo - isto é mais perto de temer. . . .”⁶⁴.

A esse respeito, a punição pelos crimes de Quesas procura proporcionar a perfeita manifestação de justiça e igualdade. A punição por Quesas é aplicada apenas em casos de agressão deliberada à vida ou à integridade corporal da vítima, direitos pessoais aplicáveis a todo ser humano. Sem a punição de Quesas, esses atos de agressão poderiam ter criado um círculo interminável de vingança que não conhecia igualdade, onde os fortes caçavam os fracos. O castigo de Quesas, conforme detalhado, busca servir à justiça e à igualdade curando a vítima ou seus parentes e amigos⁶⁵.

c. Aplicação da punição no direito penal islâmico: teoria versus prática

As evidências desempenham um papel importante no direito penal islâmico, onde a presunção de inocência é fundamentalmente protegida. Como as penalidades de Hudud são mais severas que outras sanções, a discussão a seguir se limita a esses crimes. Nesse sentido, os padrões probatórios relativos ao testemunho e confissões de testemunhas requerem alguma elaboração⁶⁶.

Primeiro, a evidência em apoio à condenação deve ser “conclusiva” para “provar de forma clara e explícita a ocorrência do ato criminoso sem necessidade de explicação ou interpretação”⁶⁷. A hora, o local e todas as outras circunstâncias do suposto crime devem ser especificado e, acima de tudo, deve ser consistente com todas as outras evidências. Segundo, até o momento da execução, a evidência deve ser conclusiva. Terceiro, não deve haver atraso na apresentação de evidências. Se os meios de obtenção de provas (por depoimento ou confissão) não preenchem essas condições, levantam dúvidas quanto

64 Q UR ‘ A, *Sūrat l-Maidah* 5: 8 disponível em <http://perma.cc/K9V6-PH5W>.

65 Bassiouni, *supra* nota 37, a 232, 233.

66 *Sobre o tema, vide* Mohamed ‘Arafa, *Corrupção e suborno na Lei Islâmica: São islâmicos Ideais Ser na Prática ?*, 18 A NN. S URV. Eu NT ‘ EU.

67 Ma’amoun M. Salama, *Princípios Gerais de Evidence Penal em islâmica Jurisprudência*, em T ELE Eu Slamic C rime J JUSTIÇA S ISTEMA, *supra* nota 23, na 112.

à autenticidade da alegação. E a dúvida, ou Shobhah, de acordo com o Profético Hadith, “exclui a aplicação de sanções a Hudud”⁶⁸.

Em matéria de testemunho, juristas islâmicos geralmente concordam que, pelas ofensas de Hudud e Qesas, duas testemunhas devem prestar um testemunho consistente.

As testemunhas devem exibir maturidade, memória, fala, consciência visual e audível do crime, integridade moral, autenticidade onde a testemunha deve ter visto e / ou ouvido o próprio incidente e, embora sujeita a debate, a aceitação do Islã⁶⁹.

O testemunho deve ser desqualificado por causa de relação de sangue, inimizade ou parcialidade. Casos de adultério exigem o testemunho de quatro testemunhas do sexo masculino (embora duas testemunhas do sexo feminino possam substituir uma testemunha do sexo masculino) com testemunho consistente prestado na mesma audiência⁷⁰.

As confissões são inadmissíveis, a menos que o confessor seja maior de idade, demonstre maturidade e seja capaz de se expressar e agir por vontade própria. A confissão deve ser inequívoca, ocorrendo durante e durante uma audiência legal, e o juiz deve encontrá-la corroborada por outras circunstâncias⁷¹. Uma confissão apenas implica o acusado e não prova a culpa, a menos que o juiz esteja totalmente convencido dele⁷². ao Profético Hadith: “A dúvida impede a aplicação de multas de Hudud”⁷³.

A lei criminal islâmica procura limitar a aplicação de multas de Hudud ao máximo possível. Assim, Shobhah, ou forte dúvida, nega a incriminação e resulta no perdão do acusado, enquanto uma fraca dúvida atenua a penalidade de Hudud a Ta’azir⁷⁴.

Podem surgir dúvidas sobre um elemento material do crime, a presença de intenção criminosa, a incriminação de atos polêmicos ou evidências relacionadas⁷⁵. Por exemplo, o califa ‘Umar Ibn Al-Khattab

68 Id.

69 Vide p. 116.

70 Vide p. 118.

71 Vide p. 119-120.

72 Id.

73 Id.

74 UMA BU Z AHRAH, *supra* nota 24, na 224.

75 Vide p. 188-224.

se absteve de impor a punição da amputação por um ato de roubo devido às circunstâncias da seca e da fome⁷⁶.

A lei criminal islâmica aspira ainda mais a equilibrar dissuasão e incapacitação (através de sanções decisivas), com compaixão e reabilitação (exigindo condições estritas e permitindo tolerância).

Outra questão importante são as circunstâncias atenuantes e agravantes do direito penal islâmico. Ambos os tipos de circunstâncias afetam as penalidades de maneira diferente nos crimes de Hudud, Qesas e Ta'azir.

Para punições fixas apenas nas ofensas de Hudud e Qesas, uma penalidade nunca pode ser agravada ou atenuada. No entanto, a punição pode ser agravada ou atenuada pela adição ou substituição de uma penalidade de Ta'azir em certos casos⁷⁷.

Quanto às punições não fixadas (Ta'azir), cabe ao juiz considerar as circunstâncias à luz da ofensa, incluindo quaisquer circunstâncias atenuantes, como status físico ou mental do agressor, idade, origem familiar, riqueza e similares⁷⁸. É importante observar que o critério geral para aplicar uma penalidade mais severa ao Ta'azir se baseia na eficácia e dissuasão da punição, enquanto o Hadith mencionado anteriormente prevê uma penalidade menos severa quando existem circunstâncias atenuantes.

Circunstâncias agravantes incluem o perigo imposto pelo ofensor; a classe social que ele representa (cuja consideração serve para deter os ricos, e não os pobres); o efeito que ele deixa na sociedade (isto é, se ele é um fator na propagação do crime); o potencial de cometer o crime em público; e a possibilidade de reincidência. As circunstâncias do crime incluem o local e a hora da sua comissão, a gravidade do crime e o status da vítima⁷⁹. Assim, agravando ou mitigando a punição, o juiz deve equilibrar a severidade da penalidade com as circunstâncias da pena, crime e status do infrator.

d. A política de punição corporal judicial no direito penal islâmico

Como mencionado acima, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é necessária para certas ofensas hudud (fixas) quando

76 Vide p. 221.

77 UMA EU- K HOLAIIFY, *supra* nota 26, em 215-221.

78 Id.

79 Id.

limites estritos de evidência são atingidos. Além disso, a punição corporal judicial, entre outras formas de punição, está disponível a critério do juiz por delitos tazir.

As teorias da política penal que apóiam a punição corporal judicial na lei criminal islâmica são iguais às que apóiam o encarceramento - nomeadamente incapacidade, dissuasão e reabilitação. No entanto, a retribuição também pode desempenhar um papel (para melhor ou para pior) em alguns casos nas jurisdições legais islâmicas.

Isso pode ocorrer quando os princípios do processo penal e do devido processo sob a lei islâmica são violados quando, por exemplo, o juiz que decide o caso não tem interesse ou imparcialidade, e nos casos em que o tribunal não tem competência e justiça.

As punições prescritas à amputação sem dúvida servem para incapacitar o criminoso. Sem o uso de uma mão, é menos provável que um ladrão roube novamente. E sem o uso de membros opostos, um criminoso provavelmente não poderá ameaçar, atacar e / ou roubar outra pessoa novamente. Além disso, na medida em que a flagelação torna o réu não ambulatorial e confinado ao repouso no leito para recuperação, essa punição também serve para incapacitar, embora por um período temporário.

A amputação e a flagelação servem ao propósito de impedir a punição, desencorajando o criminoso e a sociedade de cometer crime. Indivíduos que sofrem amputação por condenação por roubo ou assalto à rodovia resultando em danos físicos à vítima serão extremamente desencorajados de cometer novamente o roubo, para que não percam os membros restantes. Além disso, esses indivíduos são para sempre conhecidos na sociedade como condenados, pecadores e reprovados, devido à natureza em grande parte não ocultável de seu castigo.

Do mesmo modo, os indivíduos sujeitos ao castigo brutal e repulsivo da flagelação sofrem dores excruciantes durante e após a provação; e eles carregam suas cicatrizes para sempre. Se realizada em público, a sociedade é lembrada das conseqüências dolorosas que podem resultar da prática das ofensas especificadas de Hudud. Finalmente, a punição corporal judicial sob a lei islâmica serve a um propósito de reabilitação na sociedade islâmica.

Ou seja, de acordo com o espírito e a intenção da lei criminal islâmica, depois de um criminoso suportar a provação fisicamente excruciante e mentalmente chocante da punição corporal judicial, ela deve ser imediatamente entregue aos cuidados e custódia de sua família. Assim, à medida que o criminoso se recupera de suas feridas e processa o choque mental e emocional do castigo, ela deve estar constantemente na presença e ser atendida por sua família - aqueles que, idealmente, cuidam mais de seu bem-estar funcional e social. Durante esse período, os membros da família e o criminoso devem reunir, conectar e corrigir os problemas na vida do criminoso, alcançando, assim, a política de reabilitação de punição criminal.

2. Visão geral da punição penal nos Estados Unidos - da punição corporal judicial ao encarceramento

A civilização ocidental se afastou do resto do mundo em muitos aspectos. Um exemplo é na área de punição criminal. Houve um tempo em que o castigo corporal judicial era simplesmente aceito como senso comum. No entanto, à medida que a civilização ocidental progredia, a implementação do castigo corporal judicial passou a ser considerada repugnante e, conseqüentemente, foi substituída por outras formas de castigo - principalmente o encarceramento.

Uma análise histórica e constitucional da punição corporal judicial nos Estados Unidos

A seção a seguir fornece uma visão geral das abordagens ao castigo corporal judicial nos Estados Unidos. Após uma breve análise histórica da filosofia jurídica anglo-americana, esta seção examina a evolução da jurisprudência da Oito Emenda e a morte do castigo corporal judicial nos Estados Unidos.

A ascendência Inglesa

A jurisprudência americana é derivada em grande parte da tradição do direito comum inglês. Além disso, como observou o juiz Antonin

Scalia em *Harmelin v. Michigan*⁸⁰, várias disposições importantes da Declaração de Direitos dos EUA, incluindo a Oito Emenda, se originam na Declaração de Direitos inglesa de 1689⁸¹. Ao determinar o significado e a intenção das “punições cruéis e incomuns

Na cláusula [sic]”, Scalia cita o caso de Titus Oates, um clérigo inglês cujo perjúrio nos julgamentos de 15 católicos resultou em suas execuções⁸².

Na fase de sentença do julgamento de Oates por ter cometido o perjúrio, os juízes exerceram sua discricção na implementação de punições destinadas a brutalizar, humilhar e, finalmente, matar Oates.

Especificamente, eles ordenaram que ele permanecesse na paliçada em horários e locais específicos, sendo açoitado pelo “carrasco comum” e preso por toda a vida⁸³. O caso de Oates ajudou a instigar a cláusula “punições cruéis e incomuns [sic]” da Declaração Inglesa⁸⁴. No entanto, de acordo com Scalia, foi o fato de os juízes terem-se discricionariiedade extrajudicial para infligir punição a Oates, e não a pura brutalidade das punições corporais infligidas durante esse período, que deram origem à cláusula⁸⁵. A esse respeito, Scalia observa que “os castigos cruéis por traição decretados nos Assassinos Sangrentos (desenho e esquartejamento, queima de criminosos, decapitação, estripação etc.) eram comuns naquele período - de fato, eram especificamente autorizados por lei e permaneciam por muitos anos. anos depois.”⁸⁶

b. “Castigo cruel e incomum” na Declaração de direitos e nos estados individuais

80 Vide *Harmelin v. Michigan*, 501 US 957, 994-95 (1991) (parecer pluralidade) (Kennedy, J., concordando em parte e concorrendo no julgamento) (White, Marshall & Stevens, JJ., Dissidentes).

81 Vide em 966 (observando que “[t] aqui há dúvida de que a Declaração [Inglês] dos Direitos [de 1689] é o antecedente do nosso texto constitucional. Na verdade, todo o texto da Oitava Emenda é tomada quase literalmente da Declaração de Inglês de Direitos, que forneceu ‘[o] chapéu excessiva Baile não deve ser exigida nem impostas multas excessivas, nem cruell e unusuall castigos infligidos’ [sic]“); *Veja também*, *Solem v. Helm*, 463 US 277, 285 (1983) (5-4 decisão) (Burger, CJ., Dissidentes).

82 *Harmelin*, 501 US em 969-73

83 Vide p. 970.

84 Id.

85 Id.

86 Vide a 968 (citando Anthony F. Granucci, “*Nem Cruel and Unusual castigos infligidos:*” *O significado original*, 57 C ALIF.

Ao discutir a adoção da Oitava Emenda à Constituição dos EUA, é importante ter em mente o contexto dos debates sobre a Declaração de Direitos no primeiro Congresso. Naquela época, os estados individuais eram ferozmente independentes, protegiam sua soberania individual e aterrorizavam com a natureza adversa de um sistema federal centralizado de governo, especialmente devido à história de abuso na Inglaterra e nas colônias⁸⁷.

Assim, os membros do Congresso exigiram uma Declaração de Direitos que restringiria o governo federal contra abusos previsíveis praticados contra os estados e seus cidadãos.⁸⁸

No entanto, muitos estados tinham disposições semelhantes em suas próprias constituições que proíbem “punições cruéis ou incomuns”⁸⁹ ou simplesmente “punições cruéis”⁹⁰. Era a fórmula da Virgínia, influenciada pela Declaração Inglesa, que foi finalmente adotada como o texto da Oitava Emenda⁹¹. Durante esse período, a punição sob a lei criminal era principalmente uma questão de preocupação para os estados individuais, e o governo federal teve um papel amplamente subdesenvolvido⁹². Assim, a Suprema Corte dos EUA não conseguiu desenvolver muitos precedentes para definir os limites constitucionais da Oitava Emenda. Além disso, a punição corporal judicial foi amplamente aceita pelos estados e comumente implementada pelas autoridades judiciais estaduais sem questionar sua crueldade ou incomum⁹³.

c. Oitava Emenda Jurisprudência Constitucional

87 T ELE C ONSTITUTIONAL C ONVENÇÃO: A ARRATIVE H ISTÓRIA DA N OTAS DE J AMES
88 Vide p. 149-150.

89 *Ver, por exemplo*, D EL. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS § 16 (1776); M D. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS arte. XXII (1776); M BUNDA. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS arte. XXVI (1780); NC D ECLARAÇÃO DE R IREITOS § X (1776); NH B. D ECLARAÇÃO DE R IREITOS arte. XXXIII (1784).

90 P UMA. C ONST. arte. IX, § 13 (1790); SC C ONST. arte. IX, § 4 (1790).

91 P UMA. C ONST. arte. IX, § 13 (1790); SC C ONST. arte. IX, § 4 (1790).

92 Larson & Winship, *supra* nota 88, a 5.

93 S Anaz UMA lasti, C RUEL E você NUSUAL P UNISHMENT: C OMPARATIVE P ERSPECTIVA IN Eu NTERNACIONAL C ONVENTIONS, THE você NIDOS SEMBROS E Eu CORREU 213 (2009) (“A maioria das cidades da Nova Inglaterra se gabou chicoteando mensagens e estoques perto dos commons ou capela. Ainda em 1805, a pena em Massachusetts para a falsificação era a amputação de uma orelha depois de se sentar em um pelourinho por uma hora. A pena por homicídio consistia em ter de um testa de marca em público, e muitas comunidades açoitado responsáveis por pequenos furtos.”)

Não foi até 1890 que a Suprema Corte sugeriu os métodos penais tolerados pela Oitava Emenda. Em *In re Kemmler*, um assassino condenado apresentou uma petição de habeas corpus, alegando que o novo método de execução por eletricidade de Nova York era uma forma de punição cruel e incomum proibida pela Oitava Emenda⁹⁴.

Primeiro, o Tribunal se recusou a incorporar as proteções da Oitava Emenda contra os estados por meio da décima quarta emenda⁹⁵. Na *dicta*, no entanto, a Corte observou que a Constituição de Nova York continha uma linguagem semelhante à sua contraparte federal e que:

Se a punição prescrita por uma ofensa às leis de [Nova York] fosse manifestamente cruel e incomum como queimar na fogueira, crucificação, quebrar a roda ou algo semelhante, seria dever dos tribunais de [Nova York] julgar tais penalidades dentro da proibição constitucional.

O Tribunal também sugeriu a proposição de que os tribunais federais deveriam ser guiados pela mesma lógica em relação à Oitava Emenda⁹⁶. O Tribunal continuou observando que:

“A dificuldade acompanharia o esforço para definir a exatidão da extensão da provisão constitucional que prevê que punições cruéis e incomuns não sejam infligidas; mas é seguro afirmar essas punições de tortura. . . são proibidos pela [oitava emenda].”

Os castigos são cruéis quando envolvem tortura ou uma morte prolongada⁹⁷.

94 *em re Kemmler*, 136 US 436 (1890).

95 A Doutrina Social prevê as Emendas Constitucionais na Declaração de Direitos - originalmente concebido para constranger apenas o governo federal - a serem aplicadas contra e para restringir a vários Estados. *Vejo* G^{OFFREY} S^{TONE ET AL.} C^{ONSTITUTIONAL} eu^{AW} 729 (6a ed. 2009). Lexically, isto é conseguido através da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda da Constituição dos EUA, que prevê que nenhum Estado deve privar qualquer cidadão do devido processo legal. *Eu iria*. Assim, *Kemmler* argumentou que os direitos previstos na Oitava Emenda coincidiu com a definição de “devido processo”, conforme previsto na Décima Quarta Emenda e, portanto, que Nova York e outros estados não poderia infligir “castigo cruel e incomum” conforme previsto no oitava Emenda sobre seus cidadãos. No entanto, isso teria sido apenas o primeiro passo na longa batalha de *Kemmler*. Mesmo se *Kemmler* argumentou com sucesso que a Oitava Emenda coincidiu com a definição de “devido processo”, conforme previsto na Décima Quarta Emenda, ele teria, então, convencer o Tribunal de que a morte por electrocussão era um castigo cruel e incomum sob a Oitava Emenda.

96 *Id.*

97 *Eu iria*. a 447 (citando *Wilkerson v. Utah*, EUA 99 130, 135 (1878)). A definição de “tortura” em 1890 provavelmente se referia a “dor extrema; angústia do corpo ou da mente; tormento.” W^{Ebster} ‘S DE ANÚNCIOS ICTIONARY DO E^{ORTUGUÉS} eu^{anguage} 442 (Acad. Ed. 1874). Uma definição

Por mais de setenta anos após a decisão de Kemmler, a jurisprudência da Oitava Emenda do Supremo Tribunal estagnou. A razão para isso se deve em grande parte ao fato de que a acusação e a punição do crime têm sido historicamente uma questão de estado e não de interesse federal⁹⁸.

Isso mudou em 1962, no entanto, quando o Tribunal aplicou a Oitava Emenda aos estados sob a Doutrina A jurisprudência da Oitava Emenda do Tribunal expandiu-se ainda mais na década de 1970, quando o governo federal assumiu um papel significativo no controle do crime com a “Guerra às Drogas”⁹⁹. Nessa época, porém, o castigo corporal judicial havia morrido há muito tempo em cada indivíduo. Assim, o corpo jurídico da Oitava Emenda hoje consiste em grande parte de questões de proporcionalidade de punição,¹⁰⁰ punições corporais extrajudiciais¹⁰¹, e punições corporais nas escolas¹⁰². Não há precedente do Supremo Tribunal que aborde diretamente a constitucionalidade da justiça corporal. Punição.

d. Mudança de atitudes em relação à punição corporal judicial

alternativa era “um colocar no rack ou dor severa para extorquir uma confissão ou como um castigo; dor extrema; angústia do corpo ou da mente”. C_{HAMBER} ‘S E_{TYMOLOGICAL} D_{CTIONARY} DO E_{ORTUCUÉS} eu_{anguage} 524 (Rev. ed. 1882).

98 K Ristin M. F INKLEA, eu É UM SENHORA EGHETTI, C ONG. R NVESTIGAÇÃO S ERV., RL32824, F EDERAL C RIME

99 A expansão do papel do governo federal no controle crime começou a atingir um pico em 1986, quando o Congresso aprovou várias peças de legislação que fizeram certos crimes uma ofensa federal, crimes que tinham até então sido sob a competência exclusiva dos Estados. F EDERAL C RIME C ONTROLE, *supra* nota 100, na 2.

100 *Ver, por exemplo*, Weems v. United States, 217 US 349 (1910) (que conclui que “a punição para o crime deve ser graduado e proporcional à ofensa,” que uma sentença de 15 anos de trabalho duro foi desproporcional ao crime de falsificação de um documento do governo e foi assim, cruel e incommum) (Branco, J., dissidente); *Veja também*, Ewing v. California, 538 US 11 (2003) (que conclui que uma sentença de 25 anos à prisão perpétua por um criminoso reincidente condenado por roubar 3 clubes de golfe era proporcional à infração e, portanto, não uma punição cruel e incommum) (Scalia & Thomas, JJ., concorrendo no resultado) (Stevens & Breyer, JJ., dissidentes).

101 *Ver, por exemplo*, Hudson v. McMillian, 503 US 1 (1992) (que conclui que o uso de um guarda da prisão de força física excessiva contra um prisioneiro que ferimentos leves causados não requerem atenção médica era cruel e punição incommum) (Stevens, J., concordando em parte e concordante no julgamento) (Blackmun, J., concordando com o julgamento) (Thomas, J., divergente); *Veja também* Wilkins v. Gaddy, 559

EUA 34 (2010) (que conclui que a alegação de um prisioneiro que um guarda da prisão não provocado um soco, pontapé, joelhos, e sufocou era suficiente para afirmar uma reivindicação § 1983 para alívio para a punição cruel e incommum, embora os ferimentos eram *de minimis*) (Thomas, J., concorrendo em juízo).

102 *Ver, por exemplo*, Ingraham v. Wright, 430 US 651 (1977) (que conclui que a punição corporal disciplinar aplicada por um funcionário da escola pública em um aluno não era cruel e punição incommum) (White & Stevens, JJ., Dissidentes).

A morte gradual do castigo corporal judicial nos Estados Unidos é um tanto misteriosa; um mistério que se torna mais complexo devido à natureza diferenciada do sistema de leis e governo dos EUA. Ou seja, como a Oitava Emenda não foi aplicável aos Estados até 1962 através da Doutrina da Incorporação, e como a última incidência de punição corporal judicial ocorreu dez anos antes¹⁰³, existem potencialmente cinquenta narrativas diferentes sobre o uso, luta contra e eventual abolição do castigo corporal judicial, uma narrativa para cada Estado diferente.

O advogado do Alabama e defensor do castigo corporal judicial John Dewar Gleissner postula que o castigo corporal judicial morreu nos Estados Unidos à medida que o nível de igualdade, harmonia racial e mobilidade social entre os cidadãos aumentou¹⁰⁴. Isso é, como fato histórico, os criminosos da sociedade, geralmente extraídos das classes mais baixas de status e riqueza¹⁰⁵.

Ao longo da história, os indivíduos mais ricos geralmente evitavam punições criminais porque, em primeiro lugar, nunca precisavam cometer um crime para garantir necessidades básicas ou, alternativamente, poderiam simplesmente subornar o tribunal, autoridades por leniência.

Como resultado, o castigo corporal judicial foi aplicado quase exclusivamente aos pobres¹⁰⁶. Além do status de riqueza, observa Gleissner, o aprimoramento das relações raciais também desempenhou um papel no fim do castigo corporal judicial¹⁰⁷.

Ou seja, o brutal ato de corpo a punição era inegavelmente uma reminiscência da instituição maligna da escravidão, que no final do século XIX levou os americanos a exigir que todas as formas de punição corporal a adultos fossem abolidas.

Assim, Gleissner observa que, à medida que a igualdade, a tolerância, a aceitação e a mobilidade social entre os escalões inferiores da sociedade começaram a aumentar nos Estados Unidos, o próprio pensamento de punição corporal judicial tornou-se repugnante devido às cicatrizes remanescentes da escravidão, do racismo e da opressão¹⁰⁸.

103 *ver supra* texto que acompanha nota 101.

104 John Dewar Gleissner, *Por Foi Judicial Corporal Punishment Abolida ?*, Eu NCARCERATION

105 Id.

106 Id.

107 Id.

108 Id.

Outra visão, no entanto, postula que o fim do castigo corporal judicial começou muito antes de o movimento anti-escravidão nos Estados Unidos ganhar impulso. Essa visão aponta para a literatura no final do século XVIII e início do século XIX, que condenou amplamente a prática do castigo corporal por seus atributos não reformativos e celebrou a prisão como uma forma superior de punição e uma oportunidade de reabilitar concidadãos rebeldes¹⁰⁹.

Observou o reformista Horace Mann, como exemplo, “expressou sentimentos amplamente compartilhados quando declarou que o medo de punição corporal poderia ‘fazer com que o agressor deixasse de adoecer’, mas nunca pode ‘fazê-lo amar fazer o bem’.”¹¹⁰

Em qualquer caso, o fato é que a punição corporal judicial foi completamente erradicada da filosofia penal americana e substituída pelo atual regime de multas, restituição, serviço comunitário, sentenças suspensas e liberdade condicional, sentenças alternativas diversas e encarceramento¹¹¹.

Encarceramento e outras questões serão agora analisados de acordo com os cinco propósitos da punição.

e. A punição criminal nos Estados Unidos hoje - a política objetiva de encarceramento

De uma maneira mais favorável a um defensor do encarceramento, um exame desse método de punição mostra que ele é fortemente inspirado pelas teorias de incapacidade, dissuasão e reabilitação da punição criminal. Primeiro, o encarceramento serve para incapacitar indivíduos de alguma forma prejudiciais na sociedade, colocando-os em um ambiente

109 K EVIN J. M URTAGH, C ORPORAL P UNISHMENT: AH umane UMA LTERNATIVE TO Eu NCARCERATION 2 (2012) (“Muitos reformadores na época tinha grandes esperanças para o potencial reformadora de prisão e eles estavam ansiosos para deixar para trás uma forma de punição que foi pensado para não têm a capacidade de mudar o caráter moral de criminosos.”); *Veja também* UMA lasti, *supra* nota 94, a 212, 213. 112 M YRA G Lenn, C AMPAIGNS UMA gainst C ORPORAL P UNISHMENT: P RISONERS, S AILORS, W OMEN, E C ELESTIAL IN UMA NTEBELLUM UMA MERICA 41 (1984).

110 M YRA G Lenn, C AMPAIGNS UMA gainst C ORPORAL P UNISHMENT: P RISONERS, S AILORS, W OMEN, E C ELESTIAL IN UMA NTEBELLUM UMA MERICA 41 (1984).

111 *Penas alternativas: Prisão, Probation, multas e serviço comunitário*, N OLO, <http://perma.cc/93JX-8ZGN> (última visita 31 março de 2014).

controlado, extinguindo sua capacidade de circular livremente por toda a sociedade e sujeitando-os a vigilância e controle constantes.

Assim, quando um criminoso é encarcerado, ele se torna efetivamente impotente em sua capacidade criminal. Em seguida, o encarceramento serve como um impedimento para o criminoso e a sociedade contra a futura comissão de crimes. Ou seja, criminosos encarcerados e indivíduos na sociedade veem o encarceramento como uma experiência gravemente infeliz e inconveniente.

E, se essas pessoas vêem o risco de encarceramento como superando o benefício potencial de cometer um crime, a punição do encarceramento serviu a seu objetivo de dissuasão. Finalmente, o encarceramento serve a um propósito de reabilitação para criminosos na sociedade.

Ou seja, quando um criminoso é encarcerado, geralmente fica longe dos indivíduos e das circunstâncias da sociedade que podem ter incentivado ou levado a cometer o (s) ato (s) criminoso (s). Assim, ela é capaz de parar e refletir sobre sua vida, as escolhas que fez e o caminho que gostaria de seguir no futuro. Se esse caminho não envolver mais nenhum crime, o encarceramento cumpriu seu objetivo penal de reabilitação. O encarceramento como forma de punição pode se tornar mais reabilitador quando inclui benefícios adicionais para a melhoria do criminoso.

Por exemplo, o encarceramento, incluindo acesso a aconselhamento, treinamento profissional, aulas educacionais e emprego remunerado, pode ajudar o criminoso a se tornar um membro melhor e mais funcional da sociedade quando chegar sua hora de se libertar para o público em geral.

PARTE III: ARGUMENTO

A partir da análise anterior na Parte II, é evidente que o encarceramento e a punição corporal judicial, implementados no direito penal islâmico, compartilham as mesmas aspirações penais.

Ou seja, o objetivo de ambos os sistemas é incapacidade, dissuasão e reabilitação. Depois de considerar as desvantagens do castigo corporal judicial, conforme implementado no Direito penal, esta seção tenta mostrar como o castigo corporal judicial é mais humano, menos dispendioso e mais eficaz para atender às aspirações penais

comuns de reabilitação e dissuasão do que encarceramento, apontando para o exemplo de longa data de sua implementação no direito penal islâmico.

A. Desvantagens da substituição do encarceramento por punição corporal judicial

Embora este artigo conclua que a implementação da punição corporal judicial até certo ponto seja superior ao status quo do encarceramento nos Estados Unidos, as desvantagens da punição corporal judicial - em geral e como especificamente implementadas na lei criminal islâmica - devem ser expostas e confrontadas na início. Especificamente, o encarceramento atende ao propósito de incapacidade de punição criminal com muito mais eficácia do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica. Além disso, em relação às situações em que um indivíduo inocente é injustamente condenado e depois exonerado, o encarceramento pode ser uma forma superior de punição do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica. Finalmente, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, no que diz respeito ao tratamento de certos indivíduos com deficiências mentais e / ou físicas únicas e indivíduos que simplesmente representam um risco excessivo de perigo para a sociedade.

1. Contradições e desvantagens da amputação como forma de punição no direito penal islâmico

Para começar, deve-se reconhecer que a aplicação da amputação como punição criminal na lei criminal islâmica é amplamente ineficiente, imprudente e contraditória às políticas subjacentes que a lei islâmica em geral procura apoiar e desenvolver.

Ou seja, se a punição corporal judicial na lei criminal islâmica se propõe, entre outras coisas, a reduzir os encargos dos contribuintes, reabilitar o agressor e permitir que ele continue a contribuir para o bem-estar da sociedade e de sua família, a amputação falha em alcançar esses objetivos, pois o amputado-infrator corre o risco de perder sua capacidade

de de trabalhar e prover sua família, aumentando assim a chance de que ele e sua família sejam levados a mais crimes e / ou se tornem encargos dos contribuintes.

Assim, como uma questão preliminar sobre as desvantagens da punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é apropriado começar com um reconhecimento de que as conseqüências adversas da amputação superam substancialmente seus efeitos positivos de dissuasão, incapacitação e reabilitação.¹¹²

2. Superioridade do encarceramento em relação ao objetivo penal da incapacidade

Em seguida, deve-se admitir que, com relação ao objetivo penal da incapacidade, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, apesar do fato de o encarceramento estar sujeito a algumas falhas sérias nesse sentido.

1. Falhas do Encarceramento

Primeiro, enquanto o encarceramento serve teoricamente para atender à política de incapacidade da punição criminal, tornando os criminosos incapazes de cometer crimes, o crime continua a existir nas prisões, mesmo atrás de muros fortificados guardados por profissionais treinados¹¹³.

Guiados por regras sofisticadas, códigos de ética e até constituições, “Gangues de prisão têm influência considerável sobre outros

112 Mas esta visão seria recebido com a dissidência vociferante por alguns defensores da lei penal islâmica, que apontariam para a proposição de que os requisitos de prova para a *hudud* consistem sanções são tão rigorosas e os fatores atenuantes tão liberais que muito poucas pessoas vão realmente ser submetidas a punição e, portanto, a severidade das penas, juntamente com a mera possibilidade de sua aplicação, agindo para deter suficientemente a conduta proscrita. Aly Aly Mansour, *Hudud Crimes*, em T ELE Eu Slamic C rime JJUS-TIÇA SISTEMA, *supra* nota 23, em 195, 196. Dissidentes se ainda acrescentar que “[b] y cortando a mão do ladrão, Islam chega à raiz do mal; ele extrai as sementes podres, a fim de purificar e sociedade de proteção eo indivíduo da destruição “. *Eu iria*

113 Dennise Orlando-Morningstar, *Gangues de prisão*, S PECIAL N EEDS O FFENDERS B ULL., Outubro 1997, às 1, disponível em <http://perma.cc/X7UW-WZYY> (“[P] risoners formaram gangues principalmente para proteger a si mesmos e para monopolizar atividades prisão ilegais, tais como jogos de azar, o comércio de contrabando, tráfico de drogas e cometer assassinatos contrato.”).

presos. Suas atividades criminosas incluem agiotagem, tráfico de narcóticos, proteção, prostituição, roubo, intimidação de testemunhas e assassinato¹¹⁴. ”

E, “ [embora] os guardas possam agir como se estivessem no comando, por causa do grande número de prisões, de fato, administrado por prisioneiros. E sem formas legais de resolver disputas e realizar transações, a violência e a criminalidade se tornam a norma¹¹⁵. ”

No entanto, isso é apenas uma referência às atividades dentro da prisão. Quando se trata de cometer crime em público, os prisioneiros não são necessariamente impedidos pelas paredes da prisão e, em muitos casos, são conhecidos por facilitar crimes graves que ocorrem do lado de fora¹¹⁶.

Líderes e membros de gangues, por meio de visitantes e outros métodos engenhosos, são capazes de transmitir mensagens e dispositivos de comunicação, moeda e contrabando entre prisões e fora da sociedade¹¹⁷.

b. Falhas da punição corporal judicial, conforme implementadas no direito penal islâmico

Pode-se argumentar que a punição corporal judicial, implementada na lei criminal islâmica, serve para incapacitar os infratores na medida em que, depois de sofrerem a provação, eles estão sujeitos a repouso durante vários dias. Além disso, esse argumento pode ser entendido à proposição de que a amputação de um membro extingue a

114 Id.

115 M^{OSKOS}, *supra* Nota 4, em 52.

116 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, a 8 (observando o exemplo de um detento da Flórida que era suspeito de facilitar o assassinato de dois membros da gangue Massachusetts usando um telefone prisão e que “os verdadeiros autores intelectuais são os que têm 24 horas para sentar na prisão e descobrir o que fazer e para quem. os homens na prisão estão enviando ordens para as pessoas nas ruas”).

117 *Ver id.* às 9 (“membros de gangues da prisão muitas vezes dependem de fêmeas (por exemplo, esposas, mães, irmãs e namoradas) para transmitir mensagens, trazer contrabando na prisão, e fornecer outras formas de assistência.”); *ver também Cannabis Cat on Drugs Run colar na Moldova Jail*, BBC N^{EW}S (18 de Outubro de 2013), <http://perma.cc/NZ52-BG6Y> (observando o caso de um gato utilizados pelos internos para administrar fármacos para uma prisão); e *Cat apanhados a introduzir telefones celulares na prisão russa*, H^{UFF}. P^{OST} (03 de junho de 2013), <http://perma.cc/8SLH-F7XV> (observando o caso de um gato usado para fornecer um telefone celular em uma prisão).

capacidade de roubo de um ladrão ou a capacidade de um agressor de representar uma ameaça física significativa para outro.

No entanto, esses argumentos falham. Embora não haja brechas ou oportunidades para explorar a natureza física da punição corporal judicial na lei criminal islâmica, o infrator sujeito a flagelação se recuperará após alguns dias. Depois disso, ele é livre para se mover abertamente em toda a sociedade e, se quiser, para cometer mais crimes.

Da mesma forma, o amputado-infrator não está proibido de se envolver nos aspectos logísticos e cerebrais do crime como, por exemplo, um golpista ou parte de uma organização criminosa maior. Francamente, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, alcança efetivamente o objetivo penal da incapacidade na medida em que atenda ao objetivo penal de dissuasão.

Em outras palavras, o efeito dissuasor das punições corporais no direito penal islâmico pode causar medo no coração dos cidadãos, de tal modo que o pensamento de cometer um crime se torna tão assustador que sua capacidade de fazê-lo se extingue.

No entanto, essa visão é contrária à teoria abrangente de civilidade e misericórdia da lei islâmica¹¹⁸. Assim, no que diz respeito ao objetivo penal da incapacidade, “as prisões ganham uma estrela de ouro”¹¹⁹, apesar de terem falhado na maioria dos outros aspectos.

3. Superioridade do encarceramento em relação à exoneração de pessoas condenadas injustamente

Em seguida, deve-se reconhecer que, apesar das salvaguardas no sistema de justiça criminal americano em relação a evidências, devido processo, justiça fundamental e padrões de prova, indivíduos inocentes às vezes são injustamente condenados por crimes¹²⁰.

118 Mansour, *supra* nota 116, em 195 (“*Hudud* penalidades não são destinadas a assustar os muçulmanos, mas para impedir o crescimento de um clima favorável à existência e propagação de tais crimes.”).

119 M_{OSKOS}, *supra* Nota 4, em 89.

120 Ver N_{AT} ‘ eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S , <http://perma.cc/9STG-WRZS> (forneendo informações detalhadas sobre todas as exonerações de indivíduos injustamente condenados nos Estados Unidos desde 1989); Veja também T_{ELE} Eu N_{NOCENCE} P_{ROJECTO}, <http://perma.cc/Y282-YZMV> (ajudando a isentar indivíduos indevidamente condenados através da utilização de testes de ADN).

Assim, em relação a situações onde um indivíduo inocente é injustamente condenado e depois exonerado, o encarceramento pode ser uma forma superior de punição do que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica.

Ou seja, se um indivíduo inocente é injustamente condenado e sujeito a punição corporal judicial, o dano completo e irreversível já foi infligido se ele for exonerado mais tarde. Ao contrário, se um indivíduo inocente for injustamente condenado e sentenciado ao encarceramento, ele pode simplesmente ser libertado da prisão imediatamente após sua exoneração.

Nos dois casos, espera-se que o indivíduo seja suficientemente compensado pelo erro. No sentido mais pragmático, os benefícios do encarceramento a esse respeito devem ser expressos em termos de uma escala móvel, com um ponto de inflexão puramente subjetivo.

Em outras palavras, se um indivíduo condenado injustamente é exonerado após passar um dia de sua sentença na prisão, então o encarceramento claramente é uma punição superior à punição corporal judicial. No outro extremo, no entanto, se um indivíduo condenado injustamente é exonerado após passar 25 anos de sua sentença na prisão, muitos diriam que o castigo corporal judicial é superior ao encarceramento como forma de castigo.

Neste último caso, o indivíduo perdeu efetivamente vinte e cinco anos de sua vida por um crime que não cometeu quando, sob um regime de punição corporal judicial, ele poderia ter sofrido uma provação temporária, embora torturante, e depois libertado. sobre a vida dele.

Nesse ponto, alguém estaria disposto a sofrer punição corporal em vez de encarceramento é uma proposição puramente subjetiva; assim, não existe uma linha dura e rápida que possa ser traçada onde, em termos de condenação injusta, o castigo corporal judicial é superior ao encarceramento. Para colocar isso em uma perspectiva prática, no entanto, considere que em 2013 havia oitenta e sete indivíduos condenados injustamente que foram exonerados¹²¹.

A sentença mais longa e ilícita foi de trinta e seis anos para um indivíduo condenado em 1977¹²². A sentença mais curta e ilícita foi cum-

121 *Exonerações por ano e por tipo de crime*, N AT ' eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S, <http://perma.cc/9KUE-QSZP> (última visita 4 de abril de 2013).

122 *Resumo View*, N AT ' eu R E G I S T R Y D E E X O N E R A T I O N S, <http://perma.cc/3D43-D93L> (última visita

prida por três pessoas que foram condenadas injustamente em 2013 e depois exoneradas no mesmo ano¹²³.

Supondo que todos foram realmente presos, esses indivíduos condenados injustamente cumpriram um total de cerca de 1.061,5 anos, uma média de 12,2 anos por pessoa¹²⁴.

Assim, como por exemplo, suponha que uma pessoa inocente seja injustamente condenada e sentenciada a 25 anos de prisão. E suponha também que ela sabe que será exonerada em doze anos.

Esse indivíduo suportaria um castigo corporal brutal injustificado e uma libertação imediata? Ou ela prefere suportar doze anos de encarceramento? Esses são dilemas que são inerentemente subjetivos. O ponto, no entanto, é que, em termos do indivíduo exonerado muito em breve após condenação, o encarceramento é claramente superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica.

O outro extremo é motivo de debate.

4. Superioridade do encarceramento em relação a indivíduos excessivamente perigosos

Em seguida, o encarceramento é superior ao castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, no que diz respeito ao tratamento de certos indivíduos que simplesmente representam um risco excessivo de perigo para a sociedade. Para infratores perigosos que não podem ser impedidos ou reabilitados por meio de punição corporal judicial, para a segurança da comunidade, a única maneira prudente de lidar com esses indivíduos é o encarceramento.

A esse respeito, lembre-se de que a lei criminal islâmica prevê o encarceramento de tais indivíduos até que eles se arrependam e prometam reformar seus caminhos¹²⁵.

5. Inadequação da punição corporal judicial para pessoas com doenças físicas e mentais

04 de abril de 2014).

123 Id.

124 Id.

125 *ver supra* Parte II (C) (1) (a) (iv).

Finalmente, deve-se reconhecer que existem muitas classes de criminosos que cometem crimes devido a doenças mentais incontrolláveis e, portanto, não podem ser dissuadidos, incapacitados ou reabilitados por meio de punição corporal judicial¹²⁶.

Além disso, certos indivíduos que têm capacidade física cometer crime pode não ter capacidade física para suportar com segurança o castigo corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica.

Com relação a esses criminosos especiais, lembre-se de que a lei criminal islâmica prevê a possibilidade de discricão judicial para fornecer um tratamento mais adequado a essas pessoas¹²⁷ e, portanto, o castigo corporal judicial é inadequado para elas.

B. A política penal da punição corporal judicial: lições da lei penal islâmica para curar os males do encarceramento como forma principal de punição penal

A partir da análise anterior, é evidente que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, não deixa de ter falhas e inconvenientes sérios e que o encarceramento tem suas vantagens claras. No entanto, a implementação do castigo corporal judicial nos Estados Unidos, em algum grau, seria superior ao status quo do encarceramento em massa.

Esta seção identifica as vantagens econômicas da justiça punição corporal, conforme implementado no direito penal islâmico, e procura confrontar com ousadia duas questões importantes. Primeiro, o encarceramento é realmente mais compassivo do que o castigo judicial corporal?

E segundo, o encarceramento é realmente tão eficaz quanto o castigo corporal judicial em relação aos propósitos sobrepostos do castigo criminal?

1. A punição corporal judicial, conforme implementada no direito penal islâmico, é mais eficaz que o encarceramento

126 No entanto, isso não quer dizer que o encarceramento serve como uma alternativa superior. Elaboração adicional sobre este ponto, no entanto, vai além do escopo deste artigo.

127 *ver supra* Parte II (C) (1) (a) (iii).

Ao analisar e investigar as realidades do encarceramento versus punição corporal judicial, conforme aplicado na lei criminal islâmica, é evidente que os resultados do primeiro são muito menos efetivos e muito mais caros do que os últimos em relação à referida lei penal comum. aspirações de dissuasão e reabilitação. Assim, os legisladores e contribuintes dos EUA devem considerar seriamente a reforma do sistema penal, implementando a punição corporal judicial em vez de encarceramento até certo ponto, observando sua aplicação na lei criminal islâmica.

UMA PROPOSTA DE REABILITAÇÃO

Em teoria, o encarceramento serve para atender à política de reabilitação de punição criminal, separando o criminoso das causas e estímulos de seu mau comportamento, permitindo que ela pare e reflita sobre sua vida livre de influências negativas e, assim, reinsira a sociedade como uma contribuição funcional e funcional. membro. No entanto, a observação da sociologia da prisão mostra que a prisão só agrava as influências negativas na vida de um criminoso.

Ou seja, devido à natureza violenta da vida nas prisões, os indivíduos na prisão muitas vezes optam por se associar a um dos muitos grupos ou quadrilhas de prisão para uma sobrevivência básica¹²⁸.

Para ingressar em uma gangue, é necessário que o indivíduo se encontre e estabeleça relações com outros membros da gangue e, frequentemente, implica implicitamente um compromisso de cumprir ordens da liderança dentro da prisão uma vez libertada¹²⁹.

Assim, em vez de sair da prisão reformada, reabilitada e pronta para contribuir positivamente para a sociedade, muitos presos são libertados

128 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, na 1 (notar que “[n] instituições de correcção, há uma tendência natural para presos de modo a formar grupos”).

129 *ver em geral* Marie L. Griffin & John R. Hepburn, *O Efeito da Gang Afiliação na Violent Má Conduta entre os reclusos durante os primeiros anos de confinamento*, 33 C. RIM. J. UST. & B. EHAV. 419 (2006), disponível em <http://perma.cc/U6QC-ZK99> (encontrar uma correlação positiva entre a filiação de gangues e má conduta violenta em presidiários); *Veja também* Orlando-Morningstar, *supra* Nota 117, a 8 (observando que “membros de gangues de prisão divulgados deverão manter-se em contato com os membros ainda na prisão e conduta empresarial gangue fora da prisão”).

sabendo que há mais crimes no futuro¹³⁰. Nesse sentido, um argumento comum afirma que a prisão funciona como uma instituição de treinamento para aumentar as habilidades criminais e que pequenos infratores entram na prisão pela primeira vez inexperientes, apenas para saírem da prisão como criminosos profissionais experientes¹³¹.

Embora fontes autorizadas argumentassem que a determinação individual de alguém pode superar a pressão para se conformar com a criminalidade de colegas reclusos,¹³² estudos - junto com o simples fato das taxas de reincidência - corroboram a proposição de que a prisão geral não reabilita, geralmente leva apenas a mais crimes¹³³.

Talvez a resposta para curar o problema da reincidência e tornar a prisão mais eficaz na reabilitação, então, seja despejar mais dólares de impostos no sistema para pagar treinamento intensivo profissional, aulas de educação e até programas de graduação, pós-graduação e pós-graduação.

Talvez a resposta seja dobrar, triplicar ou quadruplicar a equipe para garantir que nunca ocorra violência entre os presos, que as disputas entre os presos sejam pacificamente resolvidas e para ajudar cada infrator em suas atividades educacionais, emocionais, espirituais, vocacionais e educacionais. reabilitação interpessoal. Por mais decente e sábia que seja essa afirmação, por mais apaixonadamente que se defenda, é politicamente uma quase impossibilidade¹³⁴.

130 M OSKOS, *supra* Nota 4, a 66, 105.

131 Martin H. Pritikin, *A prisão é aumento da criminalidade ?*, 2008 W. E. L. R. EV. 1049, 1055 (2008) (referindo-se à prisão como “uma ‘escola’ para os criminosos”), *disponível em* <http://perma.cc/J9AM-N4CV>.

132 *Ver, por exemplo*, Stanton E. Samenow, *Não Prisões realmente fazer Offenders Pior ?*, P SYCHOLOGY T oje (09 de abril de 2011), <http://perma.cc/2NL2-4Q23>. notas Dr. Samenow que, em suas conversas com os presos, está claro que os prisioneiros sem ambição pode permanecer neutro, o trabalho sobre reabilitar-se, e se associam com like-minded presos desejam na reabilitação e ainda manter o respeito dos colegas de cela. *Eu iria*.

133 *Ver, por exemplo*, Edward J. Latessa & Christopher Lowenkamp, *O que funciona na redução da reincidência ?*,

134 *Ver, por exemplo*, Edward J. Latessa & Christopher Lowenkamp, *O que funciona na redução da reincidência* 2,3 U. S. T. T. THOMAS LJ 521, 522 (2006) (“[P] laçar infratores de baixo risco com infratores de alto risco pode levar a uma ‘educação’ no comportamento anti-social para o infrator de baixo risco.”); *Veja também* Donald T. Hutcherson II, *Crime Pays: A conexão entre o tempo na prisão e futuros ganhos Penal*, 92 P Rison J. 315 (2012) (observando que indivíduos com história de encarceramento ganhar cerca de US \$ 11.000 mais em renda ilegal do que as pessoas fazem sem uma história de encarceramento).

A política nem sempre coincide com a sabedoria e a decência e, como a população prisioneira não é um grupo politicamente simpático, poucos políticos estão dispostos a assumir sua causa. Não importa quão correto e prudente possa ser aumentar significativamente as despesas no sistema prisional para aumentar sua eficácia em reabilitação, os meios para alcançá-la são simplesmente inacessíveis em uma democracia como a nossa. Portanto, é necessário encontrar uma solução realista, porém máxima efetiva.

A punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, serve ao propósito de reabilitação da punição criminal com muito mais eficácia e a um custo muito menor do que o encarceramento.

Na tradição islâmica, a unidade familiar é o alicerce básico da sociedade através do qual os princípios subjacentes da sociedade islâmica são desenvolvidos e mantidos; e a autoridade governamental raramente intervém na família de maneira que a família como um todo seja afetada negativamente¹³⁵.

Isso talvez seja contrastado com a ênfase nas liberdades e liberdades individuais, bem como no papel do Estado nas disputas domésticas ea proteção e educação de crianças sob uma estrutura ocidental¹³⁶.

Assim, a abordagem islâmica para a punição criminal, naturalmente, responde pelo bem-estar da família e procura utilizar a família como um recurso primário para a reabilitação do criminoso. Especificamente, em vez de rasgar o afastado criminoso de seu cônjuge, filho (s) e / ou os pais através de encarceramento, a unidade da família é mantida intacta para o bem-estar da família como um todo e, em larga escala, para o bem-estar geral da sociedade¹³⁷.

O encarceramento tem o potencial de separar os filhos de seus cuidadores e modelos, cônjuges de seus chefes de família e pais idosos de seus filhos. No entanto, esse princípio também funciona no melhor interesse

135 B_{HALA}, *supra* nota 22, em 862.

136 *Eu iria*. Veja também Karen J. Lugo, *Direito de Família Americana e Sharia-Compliant casamentos*, 13 E NGAGE, não. 2, julho 2012, no 79, 80, disponível em <http://perma.cc/MQ4W-2Z86>.

137 Mansour, *supra* nota 116, em 200 (“A execução da ‘sanção corporal’ permite que o criminoso para retomar seu trabalho imediatamente depois; ele também não está impedido de apoiar si mesmo e suas crianças que vivem com a família one mantém intacto e unidos. Isso difere da prisão em que o infrator é privadas de ganhar a vida para si e sua família, que por sua vez pode forçar a família em crime por causa de necessidade.”).

do criminoso como indivíduo. Ou seja, em vez de ficar preso na proximidade de (e, portanto, sujeito a corrupção por) outras mentes criminosas, o infrator da lei criminal islâmica, após sofrer uma provação excruciante, é imediatamente entregue aos cuidados e custódia de sua família¹³⁸.

Devido à importância da família como uma unidade, a lei islâmica presume que os membros da família estejam unidos e preocupados com o bem-estar de cada membro¹³⁹. Assim, enquanto o criminoso cura e se recupera de suas feridas, ele é forçado a descansar na cama. na casa da família, onde, idealmente, os membros da unidade familiar reunirão, conectarão e corrigirão os erros na vida do criminoso¹⁴⁰.

b. Dissuasão

Em teoria, o encarceramento serve para atender à política de dissuasão da punição criminal, tornando a prisão uma experiência gravemente infeliz, inconveniente e estigmatizada. Mas fatos incontestáveis mostram que a taxa de reincidência nos Estados Unidos é alta; e, segundo todas as contas, essa taxa permaneceu ostensivamente estável¹⁴¹.

De fato, estudos mostram que aproximadamente metade de todos os presos retornará à prisão novamente dentro de três anos após a libertação, aparentemente indiferente à a experiência anterior¹⁴².

Nesse sentido, é importante examinar as razões pelas quais os presos libertados se contentam em retornar à prisão e, além disso, por que outros indivíduos da sociedade se contentam em entrar na prisão em primeiro lugar. Primeiro, para alguns reclusos, a prisão é o lugar onde eles se sentem mais seguros¹⁴³.

138 *Eu iria*. em 216 (“[Flagelação] pode ser facilmente imposta e, assim, provoca uma privação mínimo de liberdade para o acusado. Ele pode, posteriormente, comparecer ao seu negócio e servir o interesse de sua família. Ele também é do interesse da comunidade que, assim, evita ter que levá-lo sob sua responsabilidade, como é necessário no caso de prisão. da mesma forma, o delinquente que escapa, assim, a prisão é salvo de ser corrompido pela influência de prisioneiros incorrigíveis.”).

139 B HALA, *supra* nota 22, em 993.

140 *Vejo* Susan C. Hascall, *Justiça Restaurativa no Islã: se Qisas ser considerado uma forma de Restorative Justice*?, 4 B ERKELEY J. M iddle E. & I Slamic L. 35, 55 n.85 (2011).

141 P ai credo C TR. NO S EMBROS, *supra* nota 10, em dois.

142 *Ver supra* Parte I; eu Angan & eu EVIN, *supra* nota 11 a 1; e P ai credo C TR. NO S EMBROS, *supra* Nota10, no 2.

143 Orlando-Morningstar, *supra* nota 117, em 9-10 (“[S] ome membros prisão de gan-

Ou seja, na sociedade, eles podem ser forçados a residir no caminho de gangues rivais, inimigos assassinos ou simples desemprego. Presos no ciclo da criminalidade, eles podem não ter as habilidades necessárias para obter um emprego legal ou estão sujeitos a discriminação no emprego com base em seu passado criminal¹⁴⁴.

Com a incapacidade econômica de se mudar e recomeçar, eles simplesmente aceitam sua identidade como criminosos por toda a vida, ansiando por a perversa segurança e camaradagem do partidarismo prisional, sem mencionar moradia, comida e assistência médica gratuitas¹⁴⁵.

Assim, nesse sentido, a prisão como refúgio financiado pelos contribuintes falha em cumprir a política dissuasora da “penologia”. Por outro lado, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, serve ao propósito de dissuasão da punição criminal com muito mais eficácia e a um custo muito menor do que o encarceramento¹⁴⁶.

Primeiro, a punição de açoitamento é notoriamente excruciante, um fato que simplesmente não pode ser obscurecido ou distorcido, colocando assim a sociedade em aviso de que a prática das ofensas legisladas pode resultar em consequências graves.

Segundo, enquanto a amputação como punição na lei criminal islâmica é severa e contraditória¹⁴⁷, deve-se reconhecer que a natureza gráfica e amplamente incontrolável dessa punição atende diretamente à política penal de dissuasão. Além disso, sob a lei criminal

gues são mais confortáveis na prisão, com o resto da sua organização, de fora da prisão. Consequentemente, não é incomum para membros de gangues liberados para propositalmente violar as condições de sua supervisão, a fim de voltar para a prisão.”).

144 *Consulte Sobre*, B AN THE B BOI C AMPAIGN, <http://perma.cc/6PPK-3DVX> (última visita 3 de abril de 2014) (descrevendo um dos vários movimentos de base que visam acabar com trabalho ea discriminação habitação contra ex-reclusos).

145 *Ver, por exemplo*, Orin Kerr, *Homem tenta cometer \$ 1 Robbery para obter cuidados de saúde na prisão*, V OLOKH C ONSPIRACY (21 de junho de 2011), <http://perma.cc/V9CT-QNV8> (observando o caso de um homem Carolina do Norte, com um crescimento em seu peito, dois rompeu discos, e um problema com o pé esquerdo, sem emprego e sem médicos seguros que exigiu US\$ 1 a partir de uma caixa de banco para o propósito expresso de receber uma pena de prisão e, assim, receber os benefícios de saúde prisão). *mas veja* Christopher Beam,

Jailhouse Doc: O que é o Sistema de Saúde como na prisão?, S ATRASADO (25 março de 2009), <http://perma.cc/7JF7-SU6X> (observando que, “na melhor das hipóteses, [saúde prisão] é quase tão bom quanto um plano de baixa renda saúde. Na pior das hipóteses, é quase inexistente”).

146 Ahmad Abd-Aziz al-Alfi, *supra* Nota 53, no 231 (“A função de dissuasão de punição serve como um aviso ao público para não cometer crimes, para proibi-los de imitar o criminoso para não sofrer o seu destino.”).

147 *ver infra* Parte III (A) (1).

islâmica, o momento em que judicial a punição corporal infligida é puramente temporária¹⁴⁸.

Imediatamente após o término da provação, o agressor é entregue à família e, portanto, a punição não oferece benefícios colaterais financiados pelos contribuintes da maneira que o encarceramento faz e não há incentivo perverso para cometer mais crimes¹⁴⁹.

2. A punição corporal judicial é menos onerosa que o encarceramento

Além da discussão anterior sobre a superioridade do castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, em relação aos dois propósitos penais de reabilitação e dissuasão, o castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, também é superior ao encarceramento no campo da economia.

Como mencionado anteriormente, os gastos federais anuais no sistema prisional excederam US \$ 6,5 bilhões e os gastos anuais com correções estaduais totalizaram US \$ 52 bilhões¹⁵⁰.

Pode-se argumentar que a privatização das prisões economizaria dólares preciosos dos contribuintes. Essa visão, no entanto, deixa de levar em conta os males e as desvantagens de longo prazo que podem resultar de tal arranjo.

Além do incentivo econômico de altas taxas de criminalidade e altas taxas de reincidência para garantir a maior “base de clientes” possível, existem vários outros exemplos que mostram os males das prisões privatizadas em relação à segurança pública, segurança prisional, reabilitação de criminosos e a possibilidade. Como mencionado anteriormente, o castigo corporal judicial, implementado na lei criminal islâmica, atende aos propósitos penais da reabilitação e dissuasão com mais eficácia do que o encarceramento, e a um custo muito menor¹⁵¹.

148 Mansour, *supra* nota 116, no 200 (“A *hudud* penalidades são projetados para evitar limitações razoáveis sobre a liberdade individual, na medida em que eles são ‘penas corporais.’ Eles são executados por um período limitado e dor física causa momentaneamente grave para o criminoso e permanecem inesquecíveis para ele a fim de que na maioria dos casos, ele vai abster-se de futuro conduta criminoso.”).

149 Id.

150 *ver supra* Parte I.

151 *Ver, por exemplo*, Barry Yeoman, *Privatização não Benefício Será que o sistema prisional, em*

Primeiro, em relação ao objetivo penal da reabilitação, a política de a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, procura desviar o custo dos contribuintes e para as famílias dos infratores¹⁵².

Ou seja, em vez de extrair dólares do bolso dos contribuintes para programas de treinamento vocacional, aulas educacionais, aconselhamento e religião recursos para a melhoria do criminoso, a família do criminoso torna-se responsável por fornecer esses recursos. E, quanto ao objetivo penal da dissuasão, o custo do contribuinte de administrar a justiça por meio de punição corporal judicial, conforme implementado na lei criminal islâmica, é essencialmente limitado ao preço da arma e ao salário do punidor¹⁵³.

3. O castigo corporal judicial, conforme implementado no direito penal islâmico, é mais compassivo do que encarceramento

UMA MERICAS P RISIONS: O PPOSING V IEWPOINTS 71, 72-75 (Roman Espejo ed., 2002) (observando os incentivos de redução de custos de prisões privadas e como ele pode levar à diminuição da segurança devido à insuficiência de pessoal, tecnologia extinta, e instalações insuficientes. Por exemplo, o autor cita a , nomeadamente, o caso dos presos escapam de um motel antigo convertido em uma penitenciária, em menor número os funcionários que amarrado e delinquentes juvenis abusadas, e em menor número guardas prisionais que se envolveram em relações sexuais com os presos para a proteção); *Veja também* Jeff Becker, *Privatização Benefício Será que o sistema prisional*, em UMA MERICAS P RISIONS, *supra*, em 66, 67 (observando o caso de seis presos que escaparam de uma prisão privada cortando um buraco no muro); e K ARILO K ICENSKI, C Incineração IN ON C RIME: T ELE D RIVE TO P RIVATIZE C alifornia S TATE P RISIONS

1 (2014) (observando o caso de um juiz da Pensilvânia que foi condenado por ter aceitado cerca de US \$ 2,6 milhões em propinas de um estabelecimento prisional privado em troca de pareceres condenatórios juvenis para a instalação); *ver também, geralmente*, KC C AR-CERAL, P Rison, Eu NC .: CA ONVICT E XPOSES eu IFE Eu nside A P rivate P Rison 219 (2006) (observando os incentivos “controle de custos” para prisões privadas e seus numerosos efeitos nocivos).

152 *ver supra* Parte III (A) (1) (a).

153 Com os avanços médicos e científicos de hoje, no entanto, deve-se reconhecer que os contribuintes devem conter um certo grau de custos para a administração da justiça em direito penal islâmico. As instalações e pessoal para administrar a punição corporal judicial deve ser obtida com a máxima consideração pela segurança médica da compaixão criminosa e fundamental. Por exemplo, uma jurisdição administrar a punição corporal judicial teria que fornecer instalações sanitárias medicamente para o calvário. E, em cada administração de punição corporal judicial, não teria que ser um pessoal médico qualificado no local para informar o criminoso do processo, instrua o punidor sobre a técnica correta e lícita, e para assegurar que haja apoio de emergência médica disponível se necessário.

Como mencionado acima, o status quo do encarceramento nos Estados Unidos provavelmente surgiu como uma resposta compassiva ou remorso à desigualdade, racismo e mal fundamental que o castigo corporal parecia representar de uma maneira mais gráfica¹⁵⁴. E, com certeza, a imposição de punição corporal é uma provação surpreendentemente gráfica e brutal.

No entanto, o status quo do encarceramento não eliminou a ameaça de brutalidade e violência para os infratores presos. De fato, em alguns casos, a experiência de vida encarcerada é mais brutal, mais violenta e mais desumana do que a provação da punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica.

Assim, no que diz respeito à idéia de compaixão pela integridade corporal de criminosos sujeitos ao status quo de encarceramento, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é mais compassiva. Finalmente, a punição corporal judicial sob a lei criminal islâmica é mais humana do que o status quo do encarceramento em relação aos danos colaterais infligidos aos amigos, à família e à comunidade de um infrator quando ele é separado da sociedade e preso.

a. A desumanidade da vida encarcerada

Talvez o argumento mais pungente que milita contra o castigo corporal judicial seja a repugnância da idéia de o Estado tomar uma atitude afirmativa.

Agir para infligir dor e violar a integridade corporal de um ser humano.

De fato, tal proposição é repugnante e difícil de suportar. No entanto, o crime é uma realidade infeliz na sociedade que deve ser abordada; os infratores devem ser dissuadidos de seus erros e, se possível, reabilitados, a fim de se juntar à comunidade como um membro em funcionamento.

O status quo do encarceramento tem como premissa amplamente esse medo de que o Estado tome uma ação afirmativa que viole a autonomia individual e a integridade da pessoa¹⁵⁵.

154 *ver supra* Parte II (C) (2) (a) (iv).

155 M_{URTAGH}, *supra* nota 113, em 66. Este medo é um subproduto de ideais americanos clássicos

Assim, em vez de adotar o ato afirmativo de infligir punição corporal aos infratores, o Estado opta por tomar ato negativo e menos controverso de encarcerá-los¹⁵⁶.

No entanto, sem recursos substanciais para tornar a vida encarcerada mais civilizada, menos violenta e mais passível de reabilitação (que, como discutido anteriormente, é politicamente implausível nos Estados Unidos)¹⁵⁷.

O ato negativo

O encarceramento serve apenas para varrer a realidade brutal da punição criminal nos pátios, celas e chuveiros da prisão, obscurecidos por trás de muros fortificados e em grande parte livres de atenção externa da mídia e dos membros do público.

O encarceramento não é necessariamente mais humano que o castigo corporal judicial. Além da auto-agressão, existem essencialmente duas fontes de violência às quais um preso pode ser submetido: guardas de prisão e companheiros de prisão. Primeiro, basta mencionar os notórios exemplos do experimento realizado na prisão de Stanford¹⁵⁸

de liberdade individual e autonomia corporal e integridade, encapsulados em alguns dos princípios mais básicos da nossa Constituição e jurisprudência criminal. *Ver, por exemplo*, Skinner v. Oklahoma, 316. US 535 (1942) (que conclui que a procriação é um direito fundamental nos termos da Constituição e que uma lei estadual permitindo que o estado de esterilizar os infratores condenados três ou mais vezes de “crimes envolvendo torpeza moral” era inconstitucional sob a Cláusula de Proteção Igual da Décima Quarta Emenda uma vez que alguns crimes de igual ofensa foram especificamente excluídos do ato) (Stone, CJ, concordante.); *ver também*, *por exemplo*, v Griswold. Connecticut, 381 US 479 (1965) (que conclui que as “emanações” do primeiro, terceiro, quarto, quinto e nono Alterações criar “direitos de penumbra de” privacidade e repouso” e que uma lei estadual proibindo o aconselhamento dos casais em métodos de contracepção era uma violação inconstitucional de um direito à privacidade) (Black & Stewart, JJ, dissidente.); *mas veja*, Buck v. Bell, 274 US 200 (1927) (que conclui que uma lei estadual que permite a esterilização de deficientes mentais comprometidas com a instituição mental estado após uma audiência não violou o devido processo e proteção igual cláusulas da Décima Quarta Emenda) (Butler, J., divergente).

156 M URTAGH, *supra* nota 113, a 66

157 *ver supra* Parte III (B) (1) (a).

158 O Experimento da Prisão de Stanford foi conduzido pela Universidade de Stanford professor de psicologia Philip Zimbardo em 1971. Kathleen O’Toole, *O Experimento da Prisão de Stanford: Ainda Powerful após todos estes anos*, S_{Tanford} N_{EWS} S_{ERVIÇO} (08 de janeiro de 1997) <http://perma.cc/L7S4-BHNJ>. O experimento envolveu uma prisão improvisada no campus e vinte e quatro alunos-sujeitos,

escolhido como o “mais normal” para fora de um grupo de setenta e cinco candidatos. *Eu iria*. Alguns foram designados para ser guardas e os outros foram atribuídos como prisioneiros. *Eu iria*.

ou, talvez, o escândalo da prisão de Abu Ghraib¹⁵⁹ para reconhecer a capacidade de seres humanos normais de cometer atos atrozes a partir de uma posição de poder.

No entanto, apesar da capacidade de abuso, o uso de guardas é melhor do que a alternativa de deixar os prisioneiros para se autogovernarem¹⁶⁰. Infelizmente, esse último cenário costuma ser o caso de fato¹⁶¹. Em segundo lugar, os presos são confrontados com a possibilidade de violência por parte dos presos. Outros presos em um ambiente amplamente sem lei, do qual a fuga é impossível¹⁶².

Embora exista dúvida quanto à veracidade do retrato da vida nas prisões na cultura popular através da televisão, filmes e outras formas de mídia, a academia confirma que o encarceramento envolve um risco substancial de sendo submetido a violência severa, contato

Aqueles designado para ser guardas foram “instruídos de que eles não estavam a usar a violência, mas que seu trabalho era manter o controle da prisão.” *Eu iria*. O experimento rapidamente transformada em uma situação de abuso terrível realizada pelos guardas contra os prisioneiros e, no estímulo da guarda, os prisioneiros mesmo abusado uns aos outros. *Eu iria*. Por exemplo, os guardas forçaram os prisioneiros a passar por rotinas de exercícios prolongados, removeu seus colchões por mau comportamento, só permitiu-os a usar um balde de excrementos e proibiu-os de esvaziá-lo, e forçaram os prisioneiros se submeter a outra desumanizante e atos degradantes. *Eu iria*. Embora o experimento era para durar entre sete e quatorze dias, ele teve que ser prematuramente interrompido no sexto dia, devido ao comportamento dos indivíduos. *Eu iria*. 159 Entre 2003 e 2004, o pessoal do Exército dos Estados Unidos estacionados na prisão de Abu Ghraib no Iraque cometeu vários graves abusos dos direitos humanos contra pessoas detidas na sequência da queda de Saddam Hussein e subsequente guerra no Iraque. Seymour M. Hersh, *Tortura em Abu Ghraib*, N ai credo Y ORKER (10 maio de 2004), <http://perma.cc/A6EV-JDEW>. O mau comportamento incluiu abuso físico e sexual, tortura, estupro, e até mesmo resultou na morte de alguns detidos. *Eu iria*. Especialistas têm atraído comparações impressionantes entre o Experimento da Prisão de Stanford e do escândalo de Abu Ghraib. *ver em geral* George R. Mastroianni & George Reed, *Maçãs, barris e Abu Ghraib*, 39 S OCIOLOGICAL F OCO 239 (2006).

160 C ARCERAL, *supra* nota 154, em 220-221.

161 M OSKOS, *supra* Nota 4, em 52 (“Embora guardas podem agir como se estivessem no comando, por causa dos números absolutos, as prisões são, com efeito, executado por prisioneiros. E sem formas legais de resolução de litígios e a realização de transações, violência e criminalidade se tornar o norma.”).

162 Como referido acima, enquanto que o encarceramento é o melhor método para incapacitante infratores (abreviação da pena capital), o comportamento criminoso e má conduta é galopante dentro dos muros da prisão; *ver supra* Parte III (A) (2). *ver em geral* R EBEBCCA T RAMMELL, E NFORCING THE C ONVICT C TRIBUTO: V iolência E P Rison C ULTURA 19 (2012) (observando que os entrevistados em um estudo afirmou que o retrato da vida na prisão na cultura popular é enganosa, mas que os dados amplos indicando uma abundância de violência no refuta prisão tais afirmações); *Veja também* M ATTHEW S ILBERMAN, AW ORLD DE V iolência: C ORRECTIONS INUMA MERICANA 16 (1995) (“[I] n uma forma ou de outra, a sobrevivência na prisão depende adaptar à violência tanto como perpetrador ou vítima.”).

sexual semi-consensual e não consensual e até a morte¹⁶³. Na realidade, porém, nenhuma pessoa racional pode prever os tipos de atos repugnantes que podem ocorrer dentro das células e edifícios que contêm alguns dos mais importantes da sociedade.

Mentes Perigosas.

Em contraste com o status *quo* do encarceramento, o castigo corporal judicial, implementado na lei criminal islâmica, pode ser surpreendentemente mais compassivo. Primeiro, a certeza e a natureza finita da punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é superior à horrível insegurança e incerteza perpétua que prevalece no status quo do encarceramento. Ou seja, um criminoso condenado ao encarceramento, na realidade, não está ciente de como será sua experiência na prisão.

Certamente, existem algumas prisões bem administradas e, além disso, a natureza do agressor, suas habilidades interpessoais e sua inclinação pessoal à agressão desempenham um papel, mas estatisticamente é muito provável que ele esteja envolvido em algum grau de violência durante sua sentença, que pode até exceder o nível de violência considerado punição corporal na lei criminal islâmica¹⁶⁴.

Além disso, devido à possibilidade de complicações administrativas e erros de boa-fé, ele pode não ter certeza de sua segurança ou liberação oportuna após o culminar de sua sentença¹⁶⁵.

163 *ver em geral* REBECCA T RAMMELL, ENFORCING THE CONVICT TRIBUTO: VIOLENCIA E PUNICIÓN CORPORAL (2012) (observando que os entrevistados em um estudo afirmou que o retrato da vida na prisão na cultura popular é enganosa, mas que os dados amplos indicando uma abundância de violência no refuta tais afirmações); *Veja também* MATTHEW SILBERMAN, WORLD OF VIOLENCIA: CORRECTIONS IN AMERICA (1995) (“[I]n uma forma ou de outra, a sobrevivência na prisão depende adaptar à violência tanto como perpetrador ou vítima.”).

164 *ver em geral* Silberman, *supra* nota 166 (observando pesquisa do autor de assuntos penitenciários em uma prisão de segurança máxima ao longo de um período de catorze meses, que incluiu vários casos de violência). Silberman observa especificamente a ocorrência de oito homicídios em um período de vinte e seis meses na prisão e descreve suas causas como qualquer coisa de filiação racial à orientação sexual para “dedurar”. *Eu iria*. em 24-25, 33-34.

165 *Ver, por exemplo*, Queixa e Júri Demand, *Ankeney v Colorado*, 1: 14-cv-00007-BNB (D. Colo 02 janeiro de 2014.). *Ankeney* é uma ação de classe, alegando que o Departamento de Correções Colorado não conseguiu corretamente conta para o tempo de serviço de vários presos, incluindo fatores que poderiam legalmente mitigar a quantidade de tempo

Em contraste com essa realidade, a sentença de punição corporal judicial, conforme implementada no direito penal islâmico, é, sem exceção, absolutamente precisa. O infrator sabe exatamente o castigo que deve receber e, quando termina, sabe que sua sentença foi satisfeita para sempre.

Além disso, o castigo corporal judicial, aplicado na lei criminal islâmica, é mais humano do que encarceramento, no sentido de que, após a imposição do castigo, o criminoso deve ser imediatamente entregue à custódia de sua família que, na tradição islâmica, se importa mais pelo seu bem-estar. A família do criminoso deve nutri-la, ajudar a corrigir suas tendências criminais e, finalmente, reabilitá-la na sociedade. A comunidade carcerária sob o status quo de encarceramento, em geral, não cumpre nenhum papel positivo semelhante.

b. Dano colateral de encarceramento

Finalmente, é importante reconhecer o grave dano colateral que resulta quando um indivíduo sofre encarceramento. Frequentemente, o encarceramento resulta em danos ou dizimação total de um relacionamento familiar, conjugal ou comunitário.

Ou seja, quando um cônjuge é preso, alguém é separado de um parceiro conjugal, uma fonte de apoio e talvez o único ganha-pão. Quando um dos pais é preso, a criança pode perder um cuidador e um modelo. Quando um colaborador da sociedade é encarcerado, uma comunidade perde um participante e um empregador pode perder um empregado. O tempo todo, os que ficam do lado de fora são deixados para sobreviver sem o indivíduo encarcerado.

Os membros da família que antes confiavam no indivíduo podem ficar estagnados, eventualmente se tornando um fardo para os contribuintes e até, talvez, para novos participantes na máquina da criminalidade. Certamente, existem alguns criminosos que devem ser

necessário, causando assim os presos para servir mais tempo do que deveriam. *Eu iria.; Veja também*, Kirk Mitchell, *Ação judicial diz Sentenças para milhares de detentos Colorado são muito longos*, D_{ENVER} P_{OST}, 02 janeiro de 2014, <http://perma.cc/7ZRV-CA8G>; e Jill Disis, *Mulher Acidentalmente é colocado em Male Cellblock em Marion County Jail*, Eu_{NDPLS} S_{ALCATRÃO}, 26 de março de 2014, <http://perma.cc/U7FC-K7LE> (observando um erro administrativo que causou um prisioneiro do sexo feminino para ser colocado em uma cela com outros nove homens para uma quantidade desconhecida de tempo).

separados de suas famílias, cônjuges, filhos e / ou toda a comunidade por motivos de segurança. No entanto, a privação de liberdade por meio de encarceramento só é utilizada na lei criminal islâmica na medida em que o infrator se mostre incorrigível e sem lembranças¹⁶⁶.

Em todos os outros casos, a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é aplicada com um olho na bem-estar geral do ofensor, de sua família e de sua comunidade¹⁶⁷.

Após infligir a punição, ele pode circular livremente pela sociedade, continuar morando com sua família e trabalhar para sustentar a si e a sua família¹⁶⁸. Assim, a punição corporal judicial conforme implementado na lei criminal islâmica, é mais compassivo do que o status quo do encarceramento, na medida em que os danos colaterais ao cônjuge, aos filhos e à comunidade do agressor são minimizados e a unidade familiar é mantida intacta, se possível.

PARTE IV: CONCLUSÃO E CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS

Em conclusão, o objetivo deste artigo era detalhar o castigo corporal judicial como uma alternativa superior ao status quo do encarceramento nos Estados Unidos, apontando o exemplo da lei criminal islâmica. Assim, este artigo foi estritamente adaptado à questão em questão e não abordou duas questões importantes que estão fora de seu escopo.

Primeiro, o Artigo não alegou que a punição corporal judicial, implementada na lei criminal islâmica, é a resposta suprema para livrar o mundo do crime, reabilitar os infratores e tornar o sistema de justiça criminal mais justo.

Em vez disso, argumenta que a punição corporal judicial, conforme implementada na lei criminal islâmica, é superior ao status quo

166 Benmelha, *supra* nota 54, a 217 (“[Incarceration] é geralmente reservada para os criminosos incorrigíveis e aqueles que são considerados reincidentes perigosas.”).

167 Mansour, *supra* nota 116, em 200 (“[T] ele execução da ‘sanção corporal’ permite que o criminoso para retomar seu trabalho imediatamente depois; ele também não está impedido de apoiar a si mesmo e seus filhos de estar com a família mantém intacta.... e unidos. a ausência do chefe da família pode levar os outros membros da família no comportamento delincente e criminoso.”).

168 Id.

do encarceramento em massa, apesar das desvantagens da punição corporal judicial.

Segundo, e por fim, o Artigo não tentou fornecer uma estrutura detalhada por meio da qual a punição corporal judicial pudesse ser introduzida praticamente no sistema de justiça criminal dos EUA¹⁶⁹.

169 Alguns conceitos, no entanto, pode ser observado em relação a este último ponto. Professor Peter Moskos defende a implementação de punição corporal judicial nos Estados Unidos com base em grande parte da Singapura e os modelos da Malásia. M OSKOS, *supra* Nota 4, em 10. Ao fazê-lo, notas Moskos primeiro que flagelação nunca deveria ocorrer sem o consentimento do infractor. *Eu iria*. em 144. Ou seja, se o condenado infractor desejos para evitar o castigo corporal e simplesmente cumprir a pena de prisão padrão para sua ofensa, então nada deve impedi-lo de tomar essa decisão. Em segundo lugar, Moskos defende uma fórmula de dois cílios substituídos para cada ano em que seria servido na prisão, com um mínimo de um chicote de frases mais curtas e um máximo de trinta cílios. *Eu iria*. Em todos os casos, porém, o conselho de um médico iria ser sempre levada em consideração. *Eu iria*. a 145.