



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

JOAQUIM MAURÍCIO COSTA DOS SANTOS

PENA DE MORTE

**SOUSA - PB
2004**

JOAQUIM MAURÍCIO COSTA DOS SANTOS

PENA DE MORTE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Lúcio Mendes Cavalcante.

**SOUSA - PB
2004**

JOAQUIM MAURÍCIO COSTA SANTOS

PENA DE MORTE

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Lúcio Mendes Cavalcante

Prof. Ms. _____

Prof. Ms. _____

**SOUSA - PB
2004**

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal trazer a tona reflexões à cerca deste importante tema que é a Pena de Morte, visto que este assunto se encontra com muita frequência na nossa sociedade atual, pois diante dos acontecimentos que surgiram e que estão surgindo cada vez mais no mundo, como é o caso em que se está em discussão sobre um dos maiores terroristas da história da humanidade, Saddam Hussein, dentre outros, pondo a cargo do Direito a sua vida (ou morte!), nos parece de altíssima importância abordarmos de maneira mais abrangente sobre a pena capital. Faremos isso através de debates com os colegas do nosso próprio campus, com o público em geral, e principalmente consultando livros e a rede mundial de computadores (internet). A importância dos debates com os colegas estudantes de Direito e com o público em geral se faz diante da opinião de cada cidadão sobre o que o Estado e as leis devem ou não aplicar, gerando assim uma saudável discussão. Já a busca nas doutrinas e na rede mundial de computadores nos dá além de um conteúdo teórico ao tema, também nos fornece decisões a respeito da polêmica. A nossa monografia, desta forma, levará aos leitores uma abordagem geral acerca do tema escolhido pelo estudante, deixando-os à vontade para dar a sua opinião a respeito da implantação ou abolição da pena de morte, já que em alguns países sabemos que ela vem sendo aplicada conforme a legislação do país que a adota, como é o caso do Estados Unidos da América; enquanto que em outros não se nota a presença nas suas legislações deste tipo de pena, como é o caso do nosso País.

Palavras-chaves: debate, opiniões, reflexão, pena, morte.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	05
CAPITULO 1-EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PENA.....	06
1.1.) A idéia de Retribuição na Pena de Morte: O Talião; Grócio; Vindicta.....	06
1.2.) Impossibilidade de Adaptar Penas de Conteúdo Aflitivo Igual ao do Mal Causado pelo crime	07
1.3.) O Carácter Aflitivo da Pena Num Sistema Encabeçado Pela Pena de Morte ..	08
1.4.) Espiritualização dos Termos da Retribuição: a Retribuição do Dano Causado à Sociedade em Função da Culpabilidade do Delinqüente	09
1.5.) Novo Conceito de Pena	09
CAPITULO 2 - ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA DE MORTE.....	11
2.1.) Geral	11
2.2.) Específico	17
CAPITULO 3- FORMAS DE EXECUÇÃO DA PENA DE MORTE.....	31
CAPITULO 4 - PENA DE MORTE, SIM OU NÃO?.....	36
CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	45

INTRODUÇÃO

O trabalho que ora iremos apresentar tem o intuito principal de levar aos futuros leitores uma abordagem didática e compreensiva deste tema tão polêmico que é a Pena de Morte. No decorrer da nossa exposição demonstraremos a origem e a evolução de tal pena no mundo, as diferenças de opiniões a respeito do assunto, a (im)possibilidade de adoção desta pena no nosso país diante da Legislação vigente. Enfim, o nosso objetivo máximo é despertar uma discussão que gere uma reflexão capaz de nos deixar diante de uma opinião segura sobre aplicação ou não dessa pena nos países que a adotam ou a (in)viabilidade de institucionalização na Brasil, devido ao crescimento acelerado da criminalidade.

A nossa monografia foi desenvolvida em pouco tempo. Restou-nos apenas alguns meses para que podéssemos escolher e *dissertar* acerca do tema. Escolhermos o ramo do Direito Público, pelo qual temos uma grande identificação em especial o que diz respeito aos delitos, ou seja, o Direito Penal. Primamos principalmente às pesquisas bibliográficas, mas não dispensando o grande auxílio da internet e algumas a parte empírica, através de entrevistas feitas no nosso Campus, com colegas e professores.

CAPITULO 1

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE PENA

Partindo da origem do termo pena, podemos observar que ele advém do Latim *Poena*, e que tem derivação grega, *Poine*, e mais à frente, no sânscrito (Língua constitucional da Índia) *Punia*, cuja conceituação básica quer dizer sofrimento, ou mais particularmente dor, dó, lastima, no sentido de ter-se pena de alguém.

A seguir iremos retratar algumas idéias do conceito de pena ocorridas ao longo do tempo:

1.1 A Idéia de Retribuição na Pena de Morte: o Talião; Grócio; Vindicta.

Toda a pena é por sua natureza repressiva. Mas não deve entender-se a repressão tal como ela se revela na pena de morte. Como retribuição, a pena de morte realiza apenas a idéia arcaica do talião. A pena seria um mal a infringir ao delinqüente, equivalente ao mal do crime: «*malum passionis ob malum actiones*»; é essa a definição de GRÓCIO que sói citar-se ainda como a mais concisa. Mas esta definição e relativamente à pena de morte, o mal determinante da pena é o resultado do crime, a ofensa do bem jurídico da vítima, e o mal equivalente, o mal da pena, um

mal de igual natureza, qualitativa e quantitativamente igual ao mal causado: olho por olho, dente por dente, morte por morte.

Nestes termos a retribuição mais não será que vindicta: vindicta pública a substituir a primitiva vindicta privada; mas similar a esta dela se distinguirá em razão de quem a impõe, no primeiro caso o Estado, no segundo o particular. Esta sua característica explica porque os últimos defensores da pena capital justificaram a sua aplicação somente ao homicídio premeditado ou assassínio.

1.2 Impossibilidade de Adaptar Penas de Conteúdo Aflitivo Igual ao do Mal Causado Pelo Crime

Logicamente e para manter a equivalência indicada, haveria que buscar-se no velho arsenal das penas toda a gama de penas cruéis, e mesmo assim foi e será sempre impossível adaptar penas com conteúdo aflitivo igual ao do mal causado pelo crime, isto é, fazer corresponder a cada espécie de dano idêntica lesão da esfera jurídica do delinqüente, como conteúdo da pena.

Mas a verdade é que o mal do crime, que as demais penas devem retribuir, não é o dano da vítima, que o direito penal não repara, mas o dano moral causado à sociedade. E este é maior ou menor não exclusivamente, nem mesmo primacialmente, em função do resultado do crime, mas, sobretudo em função da culpabilidade do delinqüente. E a culpabilidade, longe de ser uma grandeza constante na mesma espécie de crime, como se praticamente se inferisse da gravidade do dano voluntariamente causado, é pelo contrário um conceito

extremamente graduável, cujas dimensões se ampliaram de maneira a abranger não apenas a deliberação da vontade, mas todo o processo da sua formação, os seus motivos, a sua adequação à personalidade do delinqüente. À culpabilidade, porque graduável, não pode corresponder a pena de morte porque insusceptível de graduação.

1.3 O Carácter Aflitivo da Pena Num Sistema Encabeçado Pela Pena de Morte

Também a natureza vindicativa da pena de morte se traduz no seu carácter essencialmente aflitivo; todas as demais penas, num sistema encabeçado pela pena de morte, deveriam logicamente implicar um sofrimento, como essencial á sua natureza. Teriam de ser um mal, porque sofrimento, equivalente ao mal causado. Difícil será justificar, desde que assim se considere a essência de todas as penas, instituições como a condenação condicional, o perdão, as penas de espécie não aflitiva. Havia de recusar-se-lhes cabimento no sistema penal. E quanto à emenda ou readaptação social do delinqüente só poderia propor-se como fim da pena na medida em que pudesse efetuar-se por meios aflitivos. E, contudo, se joeirmos as excrescências vindicativas a função retributiva da pena, esta não carece de ser em si mesma um mal. O mal não se repara com o mal. A morte não se castiga com a morte; ao homicídio não se contrapõe um homicídio legal.

1.4 Espiritualização dos Termos da Retribuição: a Retribuição do Dano Causado à Sociedade em Função da Culpabilidade do Delinqüente

Nesta idéia nós temos a questão do sofrimento causado pela pena consistente na sujeita a restrições da esfera jurídica do delinqüente; mas a dor que a reprovação jurídica e a restrição da esfera jurídica causa, não é da própria natureza da pena, sobretudo se se entender por mal intrínseco da pena um sofrimento físico. A dor da pena, se ela a devesse determinar, seria um dor moral, suscitada pelo remorso e arrependimento que deve seguir a toda a culpa e a redime.

1.5 Novo Conceito de Pena

O Direito Penal Moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definidas na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.

A pena hoje tem que ser vista também como meio (res)socialização e (re)educação do criminoso, não como algo meramente retributiva, nem somente preventivo.

Basta à pena para ser retributiva que ela traduza uma reprovação jurídica em razão da culpabilidade do delinqüente. Com essa reprovação é inteiramente

conciliável a emenda ou readaptação social do condenado porque a reparação do crime, segundo os ditames da justiça distributiva, há de consistir, não em impor uma lesão igual ao dano, mas em sujeitar o delinqüente a uma pena com estrutura e aptidão para o reintegrar na vida social. A pena não é intrinsecamente um mal. O mal com que se reage ao mal só pode duplicar o mal; não o repara nem o suprime.

CAPITULO 2

ASPECTOS HISTÓRICOS DA PENA DE MORTE

A seguir será traçada a evolução histórica pela qual passou a pena de morte, tanto de forma geral (no Mundo), como de forma específica (no Brasil).

2.1 Geral

Preliminarmente, vale ressaltar que a polêmica em torno deste tema “pena de morte” ganhou dimensão somente a partir da segunda metade do século XVIII, com o Iluminismo, na figura principal de Cesare Beccaria, pois, anteriormente, a pena de morte era encarada como algo natural, e a questão de sua legitimidade não chegou sequer a ser questionada.

Durante o decorrer da história, doutrinadores e estudiosos penalistas procuraram dividir as fases pela quais passaram as penas em geral, inclusive à de morte, em três modalidades, assim resumidas de forma cronológica de acordo com Garcia (1993, p. 287-302):

Vingança Privada – adotada pelo Pentateuco, dentre outras legislações antigas, levou-se ao surgimento do talião, ou seja, a proporcionalidade entre a ofensa e a reação exercitada – “olho por olho, dente por dente”;

Vingança Divina – caracterizou o direito penal teocrático, o delito era uma ofensa à divindade e a pena, a cargo dos sacerdotes, um desagravo à alma do delinqüente;

Vingança Pública – o crime era visto como gravame ao soberano e a pena tinha efeito intimidativo.

A pena de morte já existia entre os povos primitivos e, originalmente, restringia-se, conforme mencionado acima, à prática da vingança privada. Com o surgimento do Estado organizado, já não predominava mais o arbítrio dos chefes grupais, via de regra escolhidos entre os guerreiros e sacerdotes. O Direito passou a reger as relações humanas, disciplinando preceitos de obediência e estatuidando a aplicação de penalidades. Mas a pena de morte sobreviveu a todo esse processo.

A pena, naqueles idos, ultrapassava a pessoa do delinqüente, onde seus familiares eram expulsos do país, perdiam bens e a desonra chegava às graves conseqüências jurídicas.

Vêm -se indícios de sua aplicação no Código de Hamurabi, o mais remoto documento legislativo de que se tem notícia, criado pelo Rei da Babilônia, no ano de 1780 a.C, no qual a Lei de Talião, “olho por olho, dente por dente”, predominava, observando uma grande preocupação (dentre outras) com a proteção patrimonial, onde crimes como furto, roubo, receptação, etc, eram apenados com o sacrifício da vida do delinqüente.

Segundo o aludido código (Bonzan, 1976):

Se um awilum roubou bens de um deus ou do palácio: esse awilum será morto; além disso, aquele que tomou de sua mão o objeto roubado será morto.

Se um awilum apresentou-se num processo com um testemunho falso e não pode comprovar o que disse: se esse processo é um processo capital esse awilum será morto.

Se pegou fogo na casa de um awilum e um (outro) awilum que veio para apagá-lo colocou seus olhos sobre um bem móvel do dono da casa e pegou-o, esse awilum será lançado no fogo.

Na Bíblia, no Antigo Testamento, em *Gênese*, 9:6 e *Êxodo*, 21:12,14, respectivamente, já se pode notar o grau de retribuição :

Quem derramar o sangue do homem pelo homem o seu sangue será derramado; porque Deus fez o homem conforme sua imagem.

Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o a traição, tirá-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra.

Já no Egito a pena de morte era a única até que Manes estabeleceu a gradação e diversidade delas. Todavia, na Grécia, em Dracon, a única pena foi a de morte. O filósofo Sócrates foi eliminado pelos Gregos.

Prescreviam-na, também, as Leis Assírias (1500 a.C.), o Código dos Hititas (meados do século XIV a.C.)

Na Índia, pelo Código de Manu, provavelmente datado de 1300 a 800 a.C, a pena de morte era uma instituição pública, assim como a pena de expulsão da casta, imposta pelo rei, sendo cominada, por exemplo, para as mulheres que não tivessem conduta virtuosa.

Posteriormente, por volta do século V a.C, com a edição da Lei das XII Tábuas, onde se previa a infâmia, o desterro, o talião, o açoite, a escravidão, vislumbrava-se também a utilização da pena de morte, segundo Nader (1995, p. 229) : É lícito matar os que nascem monstruosos; Seja lícito ao pai e à mãe, banir, vender e matar os próprios filhos.

Ainda, tratando-se dos romanos, tem-se a crucificação do Ídolo dos Cristãos, Jesus.

Na Germânia, até os parentes da vítima podiam vingar os crimes cometidos contra ela.

Seguindo cronologicamente a história, depara-se, já no século VII d.C, com o famoso Alcorão ou Corão, a “Bíblia dos Muçulmanos”, de onde se percebe previsão da prática da pena capital, como abaixo se vê :

se deveis tirar uma vida para pagar uma vida, que pelo menos haja um laivo de eqüidade nisso; a morte de um cativo de outra tribo não deve envolver contenda sanguinolenta alguma, pela qual muitos homens livres seriam arrastados à morte. Porém, um decreto de misericórdia, desde que seja obtido por consenso, com razoáveis compensações, seria preferível.

Como o aludido Alcorão é utilizado até hoje, como livro religioso e ao mesmo tempo como código penal, o papel dos juristas, nos países onde tal livro é adotado, é de suma importância para a interpretação dinâmica daquele Livro.

No início do que se pode denominar de “período civilizatório” a pena de morte era vista como pena de caráter eminentemente repressivo, sendo que, por muitas ocasiões, ainda era agravada com punições aos membros da família do condenado.

Além da prática com costumeira de ultrapassar os limites individuais do condenado, ferindo o princípio da individualização da pena, indo ao cúmulo de ter

efeitos sobre ascendentes e descendentes, ainda a pena capital era precedida de sofrimentos por demais desumanos, como a prática do ferro em brasa, do torniquete.

Instaurando-se a "Santa Inquisição", como tribunal de exceção, todas essas medidas atingiram seu limiar, pois bem sabido foi o "período negro" que se instalou. A inquisição nada mais foi do que uma instituição eclesiástica das sociedades cristãs do passado, mais diretamente na época de Constantino e da Idade Média, séculos XVII e XVIII, época em que sua necessidade havia de ser para combater não só as faltas tidas como erros de fé, mas afastar aquilo que entendiam ser elemento causador de desagregação social.

Neste período, Galileu Galilei, só por dizer, cientificamente, que a Terra não era o centro do universo, contrariando o dogma da Igreja, ao afirmar o Heliocentrismo, foi torturado pelos inquisidores, isso porque teve prudência e começou a mudar sua concepção para concordar com a Igreja, sabendo que, acaso não mudasse de opinião, iria ser apenado com a pena de morte. A condenação de Galileu se concretizou em prisão perpétua domiciliar que durou 08 anos que lhe restaram da vida. Demonstrando, assim, posteriormente, mais um erro judiciário.

Neste período utilizou-se bastante da fogueira, como método para ceifar vidas. Muito embora os padres sentenciassem castigos corporais, a frequência da punição para os heréticos era a pena de morte.

Durante o período da Inquisição, estima-se em cinco mil pessoas executadas de um total de vinte e cinco a trinta e cinco mil julgados no Brasil e em Portugal.

O caso mais famoso de execução foi, sem dúvida, o de Joana D'Arc. Heroína dos franceses, mandada à fogueira pela Igreja, sob pressão dos ingleses, colocou-se um cartaz no seu cadafalso, onde se enumeravam os crimes a ela imputados: "Joana, que se fez chamar donzela, foi condenada como embusteira, perniciosa,

enganadora do povo, agoureira, adivinha, supersticiosa, discrente da fé em Jesus Cristo, blasfema, jactanciosa, idólatra, cruel, dissoluta, invocadora do demônio, cismática e herege". E, na mitra que lhe puseram na cabeça, estava escrito: "herege, relapsa, apóstata e idólatra".

Isto tudo em 1431. Beatificada em 1909, a Igreja a santificou em 1920.

Segundo Soares (1985, p. 83-85)

para São Tomás de Aquino, "não apenas é lícita a pena de morte, mas necessária para a saúde do corpo social: Ao príncipe, ao encarregado de velar pela sociedade cabe aplicá-la, como é missão de médico amputar o membro gangrenado para salvar o resto do organismo"

Surge, posteriormente, nos séculos das luzes, o período conhecido como humanitário, cujo precursor mais ilustre foi o milanês, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que lançou o opúsculo "*Dei Delitti e Delle Penne*" em 1764, insurgindo contra o poder ilimitado e arbitrário dos governantes, preconizando a suavização dos rigores penais, oferecendo argumentos que contrapõem à tradição secular e à concepção meramente retributiva da pena.

Mas, modernamente, vê-se perplexos mais uma vez, sob os mais variados pseudo-argumentos (defesa da ordem, da soberania, de uma crença, de uma raça superior) a prática da pena de morte, de origem discriminatória ultranacionalista que se adotou na Itália, com o fascismo, e, na Alemanha, com o nazismo.

2.2) Específico

Como situação de fato, observa-se que as tribos indígenas brasileiras, quando da chegada dos portugueses por estas bandas, adotavam certas regras de procedimento que nada mais eram, a olhos de hoje, desdobramentos rudimentares de um Direito Penal.

De acordo com Rodrigues (1996, p. 43), *“todos os chefes tribais já praticavam interdições e castigos quando seus desejos não eram obedecidos, indo até a pena de morte”*.

A utilização da pena capital, como fato ou direito, é universal, constituiu ou constitui hábito em todas as épocas e entre todas as civilizações. Tanto em terras portuguesas como em terras brasileiras, de 1500 a 1769, o princípio da legalidade era desprezado, onde os reis possuíam um poder tão ilimitado, tão discricionário, tão irracional, pelo menos no que toca a esta questão de punir, que ao bel-prazer podiam enviar à morte aqueles que lhes despertasse inveja, ódio, capricho, por insânia. Não havia qualquer subordinação à lei.

Nas ordenações de Portugal estava prevista a pena de morte, conseqüentemente todos aqueles da colônia portuguesa – Brasil – também e por força da lei a ela se sujeitavam. As Ordenações que nos regiam puniam o crime de lesa-majestade com a morte natural, cruelmente, isto é, com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor e capricho dos juizes, que, nesse ou em outros casos, tinham arbítrio.

Joaquim José da Silva Xavier, o “Tiradentes”, foi um mártir vitimado pelos portugueses, em 1792, que o enforcaram e depois o esquartejaram.

Outro exemplo foi à execução de Felipe dos Santos (1720), que nos albores do século XVIII, dado o grande contrabando de ouro, Portugal decide estabelecer Casas de Fundição junto às bocas das minas, a fim de que o metal não se esvaísse. Um levante irrompe em Vila Rica. Sufocado, escolhe-se um dos réus para expiação, e ele é punido exemplarmente. É enforcado e esquartejado. Segundo a lenda, "foi atado de braços e pernas a quatro cavalos e estes o despedaçaram". Anos mais tarde, por razões outras, o mesmo se deu com Tiradentes.

A título exemplificativo do que estava previsto nas ordenações do direito anterior (século XVI a XIX), quanto ao tema pena de morte, escreve Rodrigues (2001, p. 41):

Todo homem, que sendo casado e recebido com huma mulher, e não sendo o Matrimônio julgado por inválido por Juízo da Igreja, se com outra casar, e se receber, morra por isso. E esta mesma pena haja toda mulher que dous maridos receber, e com elles casar pela sobredita maneira...

A aludida pena vigeu por muito tempo e Borges Carneiro, escrevendo em 1844, ainda a noticia: "Pelas nossas leis aquele ou aquela que contrai segundo casamento sem estar dissolvido o primeiro, além da nulidade, incorre em pena de morte e indeniza por seus bens o cônjuge inocente". (Rodrigues, 2001, p. 42).

O direito penal da primeira metade do século XVIII se caracterizava, visto do ângulo punitivo, nos seguintes fundamentos, segundo Santos (1985, p. 83-85):

1º) nobres e plebeus tinham punição desigual, predominando a categoria social em questão;

2º) mesmo medidas punitivas que não estavam previstas na legislação podiam ser aplicadas, ferindo o principio da legalidade;

3º) a pena de morte era empregada, escolhendo-se, se é que se pode assim afirmar, sua forma mais cruel; exigência do rei D. João III e dos mais "fanáticos e cupidos" que o cercavam.

Independente em 1822, no Código Criminal do Império veio constar à tipificação desse tipo de punição. Isto em 1830.

Com a proclamação da República, ocorrida em 1889, fez surgir novo estatuto penal com a abolição da pena capital, pelo ano de 1890.

No Brasil ainda vigorou a pena de morte na Lei de Segurança Nacional de 1969 para todo e qualquer cidadão brasileiro que conspirasse a favor de outros países com a finalidade de causar atrito entre estas nações e o Brasil e, também, a guerra.

Neste caso, ao brasileiro que tendo ou não contribuição do estrangeiro em colocar o Brasil sob soberania de outro país, possibilitando com isso perigo à independência nacional, seria aplicada.

Posteriormente, as Leis de Segurança Nacional de 1978 e 1983 aboliram a pena de morte, preferindo a adoção da pena privativa de liberdade. Hoje, nossa legislação penal prevê pena máxima de 30 anos de reclusão.

Passando para o plano Constitucional, vislumbra-se:

Na Constituição do Império de 1824, o artigo 179 daquela Carta elencou os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, dentre os quais: liberdade de pensamento, fiança, juiz natural, proibição de for privilegiado, etc.

Dentre esses direitos públicos constantes da Lei das Leis, o que consta do item 19 do artigo 179 é para se destacar: "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis".

Poder-se-ia deduzir, a partir daí, que estava virtualmente abolida a pena de morte, por ser cruel, já que era executada por enforcamento, entretanto, entendeu-se que aquele princípio constitucional não abrangia a pena de morte, sendo mantida, tanto que a legislação ordinária a consagrava, recomendando seu uso com cautela que, além de não ser aplicada a crimes políticos, pois isso repugnava a consciência jurídica do momento, a reservava da seguinte forma, ao ver de Rodrigues (2001, p.160):

a execução era proibida em véspera de dia santo, domingo ou feriado;
a forca seria erguida exclusivamente para o fim a que se destinava, não ficando exposta, continuamente, à visto do público;
a forca deveria ser demolida logo após a execução;
para a condenação à morte exigia-se a unanimidade dos votos dos jurados;
a sentença que condenava o réu à morte era recorrível ex-officio, com vistas à graça que poderia ser concedida pelo Imperador, caso o próprio interessado deixasse de fazê-lo.

A pena de morte, de uma forma geral, nunca foi popular no Brasil. Lembra Pontes de Miranda o caso acontecido com o Frei Caneca, que não encontrou quem o enforcasse.

O que chama a atenção é que não se vislumbra nenhum comentário de juristas da época argüindo a inconstitucionalidade daquela lei ordinária em prever a pena de morte quando a Lei Maior proibia todas as penas cruéis.

A Constituição da República de 1891 era nitidamente liberal, nela ampliou-se o leque de direitos individuais previstos na declaração de direitos e proibiu, *expressamente*, a pena de morte, só admitindo-a no caso da legislação militar em tempo de guerra, conforme abaixo se depreende:

Art. 72 - A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 21 - Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

Os intérpretes entenderam que o constituinte quis referir à guerra com o país estrangeiro e não guerra intestina, assim a pena de morte esteve sujeita às seguintes regras:

aboliu-se a pena de morte, como regra geral;

só em tempo de guerra, excepcionalmente, poderia ser aplicada a pena de morte;

a guerra deveria ser *com o país estrangeiro*;

jamais pena de morte para crimes comuns;

execução da pena de morte seria por fuzilamento.

Com a revolução de 1930, assume o poder Getúlio Vargas. Em 1933 é eleita a nova Constituinte que inicia os trabalhos no mesmo ano, entregando ao Brasil uma nova *Carta em 1934*, inspirada na socialdemocracia da República de Weimar, abandonando o Liberalismo do séc. XIX.

Esta Constituição também proíbe a pena de morte, com exceção da legislação militar em caso de guerra *com país estrangeiro*.

Com o advento da *Constituição de 1937* marca-se o início da ditadura do Estado Novo, de caráter altamente autoritário, restringindo os direitos individuais e sociais e *prevendo a pena de morte* no artigo 122, item 13, alíneas a, b, c, d e f. Na leitura do item 13 nota-se o caráter anticomunista do texto, que se refere à ditadura de uma classe social na alínea "e". Salienta-se ainda, que, de forma bastante incoerente, tal dispositivo se encontrou previsto justamente na parte dos Direitos e Garantias Individuais, citando literalmente que:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar, por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que, para reprimi-lo, torne-se necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com o auxílio ou subsídio do Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar submeter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. (grifei)

Para Rodrigues (2001, p. 163) aquela Constituição, apesar de conseguir os direitos e garantias individuais, não teve vigência, pois em seu artigo 187 foi dito que tal Constituição entraria em vigor na sua data, sendo submetida ao plebiscito nacional, regulada por decreto do Exmo. Sr. Presidente da República. E não houve tal decreto, nem tal plebiscito, logo tal documento não passou de *"letra morta"*.

Embora permitindo a pena de morte, não houve nenhuma execução, seja por crime comum, crime militar ou crime contra a Segurança Nacional.

Termina a 2ª Guerra Mundial e com ela, no Brasil, o Governo Vargas. A *"reconstitucionalização do país"*, após outubro de 1945, fez com que se elegeisse o Presidente e o Vice-Presidente da República, bem como senadores e deputados

federais. A *Constituição de 1946* é uma combinação dos princípios liberais do texto de 1891 com a social democracia do texto de 1934.

O artigo 141, § 31, da *Constituição de 1946*, dispunha:

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidades autárquicas.

A democracia no Brasil irá durar de 1946 a 1964, quando um golpe militar depõe o Presidente Constitucional João Goulart que tentava iniciar reformas sociais de base que feriam os interesses do capital internacional no Brasil.

Nos idos da ditadura houve uma nova *Constituição a de 1967*, onde também houve referência à pena de morte, conforme se percebe no § 11 do artigo 150:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

Em 1968, o processo político no Brasil radicaliza-se ainda mais com o Ato Institucional nº 5. Sucessivamente foram editados novos Atos Institucionais dos quais o nº 14, de 5 de setembro de 1969, prevê a pena de morte. Este Ato Institucional altera a redação do § 11 do artigo 150 que passou a vigorar da seguinte forma:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de Guerra Externa, Psicológica Adversa, ou Revolucionária ou Subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

Nas Considerações do Ato Institucional nº 14, de 05.09.69, faz-se referência à guerra revolucionária, ou subversiva, e à guerra psicológica adversa que perturbavam o país, atingindo a Segurança Nacional: *"a qual deveria ser preservada para o bem-estar do povo e desenvolvimento pacífico das atividades do País"*. Com a *Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69*, conservaram-se as modificações instituídas pelo referido Ato Institucional nº 14.

Posteriormente, a *Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978*, faz com que a redação do § 11, do artigo 153, da Emenda nº 1 de 1969, volte a ter a mesma redação que tinha o § 11, do artigo 150, da Constituição de 1967, antes do Ato Institucional nº 14.

A Constituição Brasileira, de 05 de outubro de 1988, *Constituição "Cidadã"*, marca a redemocratização do país. Com um texto moderno e socialmente avançado, a Constituição privilegia os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ressalta-se que há admissão da pena de morte no Brasil, mas não para crimes comuns, somente será aplicada em tempo de guerra. A proibição da pena de morte para crimes comuns se encontra no artigo 5º, inciso XLVII, alínea a: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX.

O artigo 84, inciso XIX dispõe que compete privativamente ao Presidente da República:

Declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar total ou parcialmente a mobilização nacional.

A Constituição Brasileira atual, não só proíbe que a lei infraconstitucional venha estabelecer a pena de morte para crimes comuns no seu artigo 5º, inciso XLVII, como também, e o que é de grande importância, proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição que vise estabelecer a pena de morte. Portanto, nem através de Emenda à Constituição poderá ser recriada a pena de morte no Brasil para crimes comuns, pois o artigo 60, § 4º, da Constituição Federal transformou todos os direitos e garantias individuais em *cláusulas pétreas* da Constituição, imodificáveis mesmo através da emenda:

Art. 60 - omissis

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir :

I- a forma federativa do Estado.

II - o voto direto, secreto, universal e periódico.

III - a separação de poderes.

IV - **os direitos e garantias individuais.** (grifei)

Proíbe o texto a supressão de qualquer direito individual e sua garantia, no artigo 5º, inciso I a LXXVII, entre eles o direito à vida no caput do artigo 5º, abaixo transcrito, e no inciso XLVII, alínea "a" que proíbe expressamente a pena de morte. Não pode o caput do artigo 5º ser modificado através da emenda, nem o inciso LXXVII, alínea "a" ser suprimido pela proibição do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV.

Diz o caput do artigo 5º retromencionado: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida" (...).

"A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de ter a vida digna quanto à subsistência". (Moraes 1997, p. 51).

Entendendo-se que o Estado deve assegurar o direito de se continuar vivo, e de proporcionar dignidade ao ser humano. Importante, nesse caso, é relacionar o direito à vida como uma obrigação do Estado, sendo que a questão relacionada à dignidade é fator obrigatório para a manutenção da vida humana, pois a existência é condição essencial para o exercício dos demais direitos.

A lei procurou adaptar-se à realidade brasileira, até porque *"o legislador deve ser um registrador hábil das necessidades populares, um confessor da alma geral, dizendo melhor e com mais clareza o que esta balbúcia confusamente". (Maluf, 1973, p.28).*

Ninguém tem assegurado na Constituição o direito à morte, pelo contrário, está expresso o direito à vida.

Ao hermenêuta caberá a aplicação da lei e este não poderá deixar escapar às realidades sociais de cada momento e que exigem dele um posicionamento justo e legal.

Quando fala-se em Direito à Vida, passa pela nossa mente que, frente aos demais direitos da personalidade, a vida apresenta-se, por assim dizer, como substância, entendido no sentido aristotélico, aquilo que existe em si, em face dos acidentes, que existem em outro.

Trata-se do direito à integridade da pessoa humana e sua tutela. A Constituição Federal de 1988, garante a inviolabilidade do direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

A integridade física pode ser definida como um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. É direito essencial da pessoa, por ser este um direito de personalidade que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios.

O direito à vida diz respeito à própria existência do indivíduo, enquanto o de integridade corporal, ou simplesmente, de integridade física, consiste na incolumidade física da pessoa e em sua saúde. Incide na espécie o *princípio do primado do direito mais relevante*, no dizer de Pontes de Miranda.

Acrescenta-se, ainda, o entendimento de Silva (1992, p. 99-118) quando afirma:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado, fica abolida o voto 'direto...', 'passa a vigorar a concentração de Poderes, ou ainda, 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...', ou o habeas corpus, o Mandado de Segurança.... A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringe a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual, basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, tenda (emendas tendentes diz o texto), para a sua abolição.

Na busca de mais óbice Constitucional à oficialização da pena de morte no Brasil, depara-se com o que reza o artigo 1º, inciso III, da Carta Maior, que serve de

alicerce à estrutura do Estado, por tratar-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Para Plácido e Silva (2000, p. 267), o significado da palavra "*Dignidade deriva do latin dignitas (virtude, honra, consideração) em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida*"

Tem-se, então, a Dignidade como um dos princípios norteadores de nossa Carta Magna, que, pela visão do doutrinador Silva (2000, p. 109), tal princípio tem o significado abaixo:

É um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes, Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativoconstitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da Dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Assim, decorre que o Estado há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 270), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a

educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 250) etc, não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Logo, antes de o Estado querer extirpar vidas, tem a obrigação constitucional de realizar os mais basilares direitos dos cidadãos que o integram, a fim de proporcionar dignidade a todos eles, para que depois possa exigir condutas aceitas, ou recriminar outras tantas.

Dessa forma, é correto afirmar que a dignidade humana não oportuniza uma mera disposição legal, mas sim uma imposição legal, onde as esferas Federal, Estadual e Municipal, devem ter uma atuação, impositiva, para a sua implantação, sob pena de não terem legitimidade moral na cobrança de postura politicamente correta por parte da população.

A Dignidade da Pessoa Humana é absolutamente integral. Ela é auto-realização. Não se atribui a ser humano algum mais dignidade que a outro.

A Dignidade da Pessoa Humana não fica exposta a possibilidade de algum tipo de condição, sendo que tal categoria levanta exigências éticas, por que o ser humano é pessoa, dessa forma, único e insubstituível.

Deslocando, neste instante, para o campo legal vigente no Brasil, o Código Penal Militar - Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, no Título V, "*Das Penas*", bem como o Código de Processo Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, traçam disposições especiais relativas à Justiça Militar em tempo de guerra, prescrevendo, assim, a pena de morte, tendo o fuzilamento como modalidade de sua execução.

O procedimento resume-se, primeiramente, como é óbvio, numa condenação transitada em julgado que será comunicada ao Presidente da República, na

expectativa de obtenção de clemência, sendo que só se executará o criminoso depois de passados 07 dias, ressalvada a hipótese em que a pena é imposta em zona de operações de guerra, quando o interesse da ordem e da disciplina militar exigir, dispensa-se à comunicação.

Citam-se alguns artigos do CPPM, a fim de ilustração minuciosa do procedimento:

Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais.

1º O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.

2º Será permitido ao condenado receber socorro espiritual.

3º A pena de morte só será executada sete dias após a comunicação ao presidente da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina".

Art. 708. Da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.

É de bom alvitre que se entenda que, apesar de não se ter no Brasil previsão de pena de morte para crimes comuns, não se pode considerar este país como puramente abolicionista, a exemplo da Alemanha, onde não há previsão dessa pena para nenhuma espécie de crime, inclusive militar.

Também de importante relevo é o fato de não se ver na Magna Carta de 1215, a delimitação da aplicação da pena capital. Ela não diz que será por traição, espionagem, deserção, violação de blecaute ou chamado toque de recolher, o que se tem é somente a permissão para em caso de guerra declarada com país estrangeiro.

CAPITULO 3

FORMAS DE EXECUÇÃO DA PENA DE MORTE

Observam-se, nos vários cantos do mundo, diversas formas de se tirar vidas de criminosos, no que se distinguem somente nos meios, já que o fim indubitavelmente é o mesmo. As mais conhecidas e praticadas na atualidade são: cadeira elétrica, injeção letal, fuzilamento e câmara de gás.

A modalidade de execução mais antiga, e também a mais simples é a de jogar o condenado às feras, sejam leões, tigres, crocodilos (no antigo Egito), serpentes ou aranhas peçonhentas (usualmente entre os Incas), além das aves de rapina e peixes carnívoros. Os índios norte-americanos abandonavam suas vítimas aos abutres.

A título exemplificativo, premente de faz citar outro tipo de execução que vem de tempos remotos, de bastante crueldade, que é a *EMPALAÇÃO*. Uma das mais horripilantes condenações. Bastante usada entre os asiáticos, perdurou, oficialmente, até o século XVIII na Europa central, mas, na Rússia, Sião, Pérsia e Turquia, observou-se até cerca de 1832, como execução pública.

Consiste em fazer penetrar no corpo do condenado, pelo orifício anal, um pedaço de pau pontiagudo, e fazê-lo atravessar o corpo da vítima, por vezes saindo pela boca, peito ou costas. O mais absurdo de tudo está no fato de que, em determinados casos, isso se fazia de maneira que não ferisse letalmente os

principais órgãos humanos, com o objetivo de prolongar, assim, em muito, o padecimento.

Da história dos assírios, povo guerreiro que dominou por algum tempo a região entre os rios Tigre e Eufrates, atual Iraque, extrai-se o seguinte texto do imperador Teglat - Falasar III (733 a.C.), vitorioso no cerco à cidade de Damasco: "capturei vivos os seus dignatários, empalei-os e os expus à vista de seu país".

O Código de Hamurabi impunha essa mesma modalidade de pena de morte, tal como se pode ler no seu parágrafo 153: "se a esposa de um senhor, por culpa de outro varão, tiver causado a morte de seu marido, essa mulher será empalada".

Durante o último conflito mundial, no leste europeu, quando da retomada das ações por parte dos russos, soldados alemães sofreram atrozmente essa pena.

Todavia, neste tópico, tentar-se-á, de forma sucinta, explicar o mecanismo de funcionamento das modalidades de execução mais conhecidas e atuais, mencionando, também, para efeito de ampliação de conhecimento, outras modalidades não tão familiares aos ocidentais, indicando, para tanto, em qual(is) país(es) tal prática é legitimada.

Talvez a mais conhecida de todas as modalidades, pelo menos no Ocidente, seja a execução em *CADEIRA ELÉTRICA*, visto que diariamente vê-se, em filmes norte-americanos, tal método ser aplicado. Este foi criado em 1890, nos EUA, e só lá é usado. Em suma, o criminoso é amarrado com cintos que cruzam o seu peito, braços e pernas. Um eletrodo de metal é preso à cabeça raspada. Sob o eletrodo, os executores colocam uma esponja com água e sal – o que faz com que a corrente elétrica circule mais rápido. Uma tensão entre 500 a 2000 volts é descarregada no corpo do criminoso, durante 30 segundos, tempo suficiente para levar o sentenciado à morte.

Também obra de norte-americano, cita-se a *CÂMARA DE GÁS*, que surgiu em 1924, idealizada pelo Major do Exército americano D.A. Turner. O sentenciado é amarrado a uma cadeira em uma câmara hermética. Abaixo da cadeira, fica um pote com ácido sulfúrico. O executor aciona um dispositivo que libera os cristais de cianureto de sódio de outro pote. Em contato com o ácido sulfúrico, libera-se gás cianureto. O prisioneiro é instruído a respirar profundamente, para acelerar a morte. Cerca de meia hora após a morte, carcereiros entram na câmara, usando máscaras de oxigênio e luvas, e retiram o corpo.

Outro método também bastante conhecido, e talvez o mais sofisticado vêm a ser a *INJEÇÃO LETAL*, que cada vez mais vem sendo aplicado em alguns Estados Norte-Americanos. Nesta modalidade, o condenado tem os joelhos e os cotovelos amarrados a uma maca e recebem três drogas endovenosas, em agulhas espetadas em ambos os braços. Um monitor cardíaco e um estetoscópio são usados no processo, para garantir a morte do criminoso. A primeira droga – o tiopental de sódio – leva o acusado à inconsciência. O brometo de pancurônio – conhecido como Pavulon – interrompe a respiração e o cloreto de potássio paralisa o coração.

Em depoimento, o Ex-presidente dos Estados Unidos Ronald Reagan exteriorizou sua simpatia por tal medida ao dizer: *“Como ex-fazendeiro e criador de cavalos sei muito bem o problema que significa eliminar a tiros um cavalo ferido. Hoje em dia, porém, basta chamar o veterinário e com uma simples injeção ele põe o cavalo para dormir para sempre”*. (Rodrigues, 2001, p. 56).

Já o *FUZILAMENTO*, método praticado principalmente no Oriente Médio e na Ásia, onde a China pode ser considerada o país mais famoso por tal prática. Nesta modalidade, a família do prisioneiro paga ao Estado o valor da bala utilizada. Nele, o condenado é amarrado a uma cadeira, com olhos vendados. A cadeira é rodeada

por sacos de areia, que absorvem o sangue da vítima. Um médico localiza o coração do acusado com um estetoscópio e desenha um círculo sobre ele. A uma distância de 60 metros, cinco atiradores – armados com rifles calibre 3.0 – permanecem lado a lado. Todos disparam as armas ao mesmo tempo. O criminoso morre em decorrência de ferimentos graves no coração e nos pulmões.

Menos conhecido na atualidade, mais muito utilizado em tempos remoto é o *ENFORCAMENTO*, que ainda continua sendo aplicado com veemência, em diversos países. Nele, o prisioneiro é pesado na véspera da execução. Fazendo a função de uma polia, um saco de areia – de mesmo peso do condenado – é usado para forçar a corda a sufocar o pescoço da vítima. Se a corda for muito longa, o indivíduo pode ser decapitado. Do contrário, o estrangulamento pode durar até 45 minutos. Antes da execução, o condenado tem os olhos vendados e as mãos e pés amarrados. Uma espécie de alçapão de abre e o corpo despenca no vazio. Método já praticado no Brasil, como pena principal, conforme já se falou acima, em Felipe dos Santos e Tiradentes, no século XVIII.

Talvez o menos conhecido de todos os métodos vem a ser o *APEDREJAMENTO (LAPIDAÇÃO)*. Neste método, que se mostra o mais rudimentar, se é que assim se pode definir, já que a pena de morte em si revela tal rispidez. Nesta modalidade, o prisioneiro é apedrejado até a morte. O condenado é enterrado em pé, até a altura do peito, iniciando-se o apedrejamento. É usado em caso de incesto ou adultério. De acordo com o código islâmico do Irã, “as pedras não devem ser grandes o suficiente para que a pessoa morra com uma ou duas pedradas, nem tão pequenas que não possam ser chamadas pedras”.

Outro método que é utilizado em alguns países do mundo, que também já foi utilizado no Brasil, é a *GUILHOTINA*. Esta forma de execução foi usada no Brasil-

Colônia, onde o criminoso era colocado de bruços, com a cabeça fixada em um suporte. O carrasco manobra um dispositivo que libera uma lâmina, colocada acima da cabeça do condenado, decapitando-o.

Outra modalidade que vem de tempos longínquos é a *CRUCIFICAÇÃO*. Nesta, o Ídolo dos Cristãos, Jesus Cristo, foi apenado pelos romanos. O prisioneiro tem os pés e as mãos presos com pregos em uma cruz, onde morre por sufocamento, ou hemorragia.

Mais um método bastante rude vem a ser o *GARROTE VIL*, que em suma resume-se assim: uma tira de couro cravejada de objetos contundentes é enrolada ao pescoço do condenado, onde o conseqüente estrangulamento impede o sangue circular. Assim, a pressão e perfurações causam fratura na coluna cervical e esmagamento da medula. Sua duração, em média, é de seis minutos, mas, já na metade desse tempo, o condenado perde a consciência após horríveis dores.

É uma modalidade de execução capital característica da Espanha. O Código Penal de 1944 nada disse, a respeito. Apesar da lacuna legal, continuou a ser utilizado até que a Constituição espanhola suprimiu, em 1978, a pena capital.

CAPITULO 4

PENA DE MORTE, SIM OU NÃO?

A doutrina penal tradicional justifica a existência e necessidade da pena sob três teorias: *absolutas*, *relativas* e *mistas*. As primeiras justificam a pena em si mesma, consistindo o castigo numa retribuição ou compensação pelo mal praticado. As relativas, subdivididas em prevenção geral e prevenção especial, atendem há outros fins posteriores a sua execução, cujo cunho é desencorajar outros membros da comunidade da prática de condutas lesivas (prevenção geral) e o desestímulo ao infrator para que não volte a cometer crimes (prevenção especial). Por fim, as teorias mistas não acentuam a retributividade e tampouco a prevenção negativa como fundamento, assinalando a pena como prevenção positiva, a qual visa a obediência ao direito e o estrito cumprimento da norma pelos membros da sociedade, a fim de assegurar a harmonia e integridade social.

Todas elas, no entanto, padecem severas críticas, que podem ser sintetizadas na aversão à legitimação e efetiva finalidade da pena. Qual fonte legitimante da punição/pena? Qual a utilidade, que finalidade se busca na pena criminal? A umas, porque padecem de legitimidade na medida que pretendem a retribuição (castigo = falta), ou seja, compensar o mau na mesma proporção. Obviamente é situação impossível, posto que a pena haveria de ser aplicada no *quantum* equivalente ao delito cometido e isso nunca será atingido. Seria a própria

reinstauração da Lei de Talião - olho por olho; dente por dente. Ademais, nesta concepção, o Estado assume literalmente o papel de carrasco e vingador das demandas e ofensas particulares, não se comprometendo com a situação de seus membros. Já os defeitos da teoria da prevenção geral negativa seriam no sentido de que a ameaça, mediante normas penais, não evita a prática de delitos ou a formação de conflitos; ao contrário, eles se multiplicam e se sofisticaram. O efeito dissuasório não se comprovou, estando, ao contrário, demonstrado que a aparição do delito não está relacionada com o número de pessoas punidas, ou com a severidade das penas impostas.

O ponto fulcral da gravidade embutida na idéia de prevenção geral negativa, é que esta, como a proposta de prevenção geral positiva, encerra a consagração da alienação da subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de *sujeito* e fim de seu próprio mundo, para torná-lo *objeto* de abstrações normativas e instrumento de funções sociais. O que nos remete ao vício lógico de ao tentar prevenir danos contra determinado bem (a vida humana, por exemplo) acaba-se por desvalorizar tal bem. Mesmo a idéia da prevenção especial, cujo fim é a ressocialização do infrator, encontra repúdio, já que a tônica do nosso sistema é a prisão. É um contra-senso então, buscar a reinserção do infrator no convívio social com a segregação de sua liberdade e seu afastamento deste meio. Com efeito, um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se almejar reintegrar alguém à sociedade, afastando-o dela. Contudo, se a pena, de fato, é um mal necessário, faz-se premente que se lhe dê uma concepção mais humana, dirigindo-se maior atenção ao condenado, assegurando-lhe o exercício efetivo dos direitos que lhe são inerentes, propiciando, destarte, sua preparação para o retorno à vida na sociedade.

A pena moderna, posto que a civilização atual não pode formalmente admitir que sofrimento e miséria sejam objetivos máximos, deve reeducar o delinqüente. Mas como reeducar se o seu escopo parece sucumbir ante o quadro dantesco de nossas instituições. O problema é muito mais político e social que jurídico. Então, a pergunta atual da ciência penal é como combater a criminalidade moderna. Entretanto, isso é apenas um aspecto do problema. Não se deve esquecer que a política criminal e o Direito Penal têm um aspecto normativo, o aspecto da Justiça, o equilíbrio da proteção jurídica dos atingidos pelo processo penal. O pensamento ainda reinante é de tom militarista, quase bélico (paradigma repetido pelos meios de comunicação e até estudiosos), pensando apenas em termos de luta, de combate, de vitória, e o se Direito Penal está armado como instrumento de luta, de combate à criminalidade.

Sucedede que, é ilusório e hipócrita pretender-se abarcar todas as ofensas aos direitos num ordenamento penal, ainda mais nos dias de hoje, e todos são cientes disso. Destarte, necessário que se faça uma opção de modo a restringir a ação do Direito Penal às situações onde seja imprescindível sua atuação.

O Direito Penal panacéia para o fenômeno social do crime. O crime é fenômeno político e social, só depois, e bem depois, é que é jurídico (menor ainda é relevância policial, enquanto prevenção). Dentre outras, o crime deita raízes no solo fértil da desigualdade social, da miséria e do descaso do Estado e das elites. A reabilitação do delinqüente não será conseguida a partir dos depósitos humanos que conhecemos e mantemos - mais por vingança, que por razões reeducativas - onde tudo se degrada e os valores se misturam e se corrompem formando um outro homem no apenado, mais cruel, mais nocivo e distante do meio social sadio. Neste

modelo multimilenar a pena infalível seria a privativa de liberdade, como se a segregação da liberdade pudesse atender propósitos reeducativos. Porém o tal modelo esgotou-se nas suas próprias mazela, quer porque não consegue ressocializar o infrator, quer porque não satisfaz, via de regra os interesses da vítima, quer porque é extremamente selecionador, seja em relação à vítima, e principalmente ao infrator; quer porque é extremamente oneroso e ofensivo aos princípios fundamentais da pessoa humana, etc.

Diante dessas incongruências lógica e operativas, alguns, vêm de buscar solução para o problema da delinqüência nos dias coevos, oferecendo para debate sugestão tão horrenda quanto o próprio crime: a pena de morte. Entendemos que a pena de morte feri o pacto social. Ora, se o homicídio é repudiado pelos contratantes, não pode o corpo depositário arvora-se em praticá-lo e agir contra as disposições do trato social. Como poderia a sociedade atual ter a morte provocada como valor de sua existência. A pena capital é mais uma demonstração de impotência política frente a crescente miséria e conseqüentemente a delinqüência. Certamente prevendo as paixões sociais, o Poder Constituinte de 88, mostrando-se sensível à Declaração Universal dos Direitos dos Homens, considerou o valor da vida como Cláusula Pétrea, o que torna impossível, juridicamente, qualquer emenda ou lei que tente instituir a pena de morte.

São vários os argumentos decisivos contra a pena de morte. Com efeito, só mesmo uma concepção supra-individualista do Direito pode admitir a pena de morte, porque só uma concepção dessa natureza pode reconhecer ao Estado um direito de vida e de morte sobre os indivíduos. *"Jamais qualquer poder humano que não se sentir em si mesmo legítimo na sua origem transcendente, poderá ter força bastante*

para manobrar a espada da justiça", bem o disse Bismarck em belo discurso datado de 01/03/1870.

Outro argumento a favor da pena de morte tem sido o chamado "direito ao suicídio" que estaria a explicar o mesmo direito de vida e de morte conferido ao Estado, mas quem confere ao Estado direito sobre sua própria vida, necessariamente tem já esse direito; nos parecendo tenebroso engano lógico. Sucede que a titularidade do direito à vida não traz, por certo, o atributo da disponibilidade: eu tenho direito natural e universal a minha vida, mas não tenho o poder de dispor dela. É que a vida - qualquer vida, mas, sobretudo humana - enquanto valor máximo transcende à esfera da decidibilidade humana, posto que pertence ao âmbito das razões primeira do universo, da lei divina que é eterna, porque eternamente perfeita (ao contrário da lei humana muda acompanhado o progresso humano). Por isso nem o suicida, nem o condenado à morte podem transparecer qualquer consentimento (racional) na extinção de suas vidas. O direito subjetivo originário do homem à legítimas defesa, também não serve de arrimo aos que defendem a pena capital, já porque aquele direito visa tão somente repelir agressão injusta, jamais a extinção da vida do agressor (daí há a punição ao excesso de legítima defesa); já porque há uma forte distinção entre as hipóteses da legítima defesa e da pena de morte: ali a pessoa jamais espera morrer, aqui, ao contrário, o condenado sabe que morrerá por ato deliberado de um semelhante.

Afora os argumentos filosóficos e doutrinários, a pena de morte esbarra na irreversibilidade do mal do erro judiciário, obstáculo intransponível, eis que torna a sanção irreparável. O *assassinato legal* pelo Estado é negação do Estado

Democrático, cuja primeira função é garantir a vida e a liberdade. Há, pois, insuperável contradição axiológica nas propostas de adoção de pena de morte.

Ademais, razões teológicas reforçam negação da pena de morte como meio moralmente lícito, eis que em flagrante contradição com a ordenação maior: *Não matarás* (*Êxodo*, 20:13). Há ainda, a considerar que na chamada lei mosaica, evidenciam-se dois aspectos distintos: a lei de Deus, promulgada no monte Sinai, e a lei humana, disciplinar, decretada por Moisés. A primeira é invariável; a segunda, modificável com o tempo, segundo os costumes e a desenvolvimento moral e cultural do povo. Argumenta-se que, no tempo de Moisés, houve necessidade de leis drásticas sem as quais seria muito difícil, senão impossível, impor a ordem numa comunidade inculta e rebelde. Não se pode dizer que a pena de morte, naquela época, fosse plenamente justificável; mas era, pelo menos, compreensível.

A Humanidade, ao afastar-se do seu estado de barbaria, foi paulatinamente encetando a escalada evolutiva que a conduzirá, um dia, ao reino da Paz e da Felicidade.

É notório que a verdadeira prevenção da criminalidade não se faz com o aumento da severidade das penas, introdução de novas figuras típicas, redução de idade penal, rigorismo na execução, e outros meios que claramente não têm logrado êxito, afora ofensas aos princípios dos direitos universais da pessoa humana. Por outro lado, a tendência internacional, hoje, aponta no rumo da intervenção mínima, contrapondo ao modelo clássico que se ultrapassado e sempre se mostrou ineficaz.

Diante da necessidade de um novo pensar, surgem idéias variadas, condensadas, todavia em duas correntes doutrinárias que ainda assumem posição

de vanguarda, principalmente àquela que defende a teoria do abolicionismo questionando a legitimidade do Direito Penal, sobretudo quando o vislumbra apenas como instrumento de massificação e domínio, opondo-se aos direitos fundamentais do ser humano.

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.

CONCLUSÃO

Em verdade, reduzir a idade penal ou adotar a pena de morte não é senão esconder da sociedade os reais problemas da criminalidade, que transitam pela falta de políticas sociais básicas e dignas para boa parte da população. É claro, que existem crimes de ricos e "educados", ocorre que tais delitos são estatisticamente de menor gravidade no contexto geral (embora em casos concretos de grande dano econômico-social ao povo).

Acontece que o Direito penal, não só no Brasil, mas em todo o mundo civilizado, está pautado na Escola clássica, que atribui ao Estado a função de resolver toda e qualquer contenda, de forma indisponível. De outro lado, sempre essa Escola viu na pena, obrigação dada àquele que ofende seus ordenamentos jurídicos, um fim único de retribuição, sem se preocupar essencialmente com a ressocialização do infrator ou mesmo com os próprios interesses das vítimas.

Uma verdadeira política criminal alternativa, todavia, precisa trazer implícita a transformação social que viabilize o desenvolvimento do homem. Faz-se, também, mister a descriminalização de inúmeros comportamentos de menor potencial ofensivo. Estender e reforçar a tutela penal dos interesses mais ou menos difusos e coletivos, invertendo radicalmente a hierarquia atual dos bens tutelados, de forma a responder às verdadeiras necessidades desse homem, centro e motor de nossos interesses.

Ora, o castigo é proporcional ao dano causado, pelo criminoso, à sociedade e se assim é deve-se ter em mente, então, que o exemplo deletério do crime é tão mais funesto quão maior o grau social do criminoso. Sucede, pois, que a pena de morte, já por igualar, bestialmente, todos, é, portanto injusta e *racionalmente* incorreta. Por outro lado, nos países onde a Justiça penal, (do aparato polícia ao derradeiro grau jurisdicional) é expressão, pelo menos, da verdade formal, onde os aportes tecnológicos, financeiros e humanos são generosos, ainda assim, ali a pena de morte é essencialmente desaconselhável; entre nós, no entanto, já perigosa.

Destarte, o Direito penal que se vislumbra no horizonte, é o da intervenção mínima, onde o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Neste contexto, propõe-se, em suma, a descriminalização, a despenalização e a desinstitucionalização do conflito, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante enquanto controle dos fatores criminógenos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GARCIA, Aílton Stropa. A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil. *Revista dos Tribunais*, Ano 82, V.694, P.287-302, Ago/1993.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Sugestões Literárias S. A., 1973.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito, A Codificação do Direito*, P. 229, São Paulo, 1995.

RODRIGUES, Paulo Daher. *Pena de Morte*, Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1996.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito De Família*, Vol. 6, 26ª Edição, 2001, Saraiva.

SANTOS, Marino Barbero. *Pena de Morte*. Buenos Aires: Depalma, 1985, V.4, 115-261.

SILVA, Alberto José Tavares Vieira da. A Pena da Morte. *Revista da Escola Superior de Guerra*, Ano 8, N.22, P.99-118, Ago./1992.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Orlando. *Pena de Morte*. Buenos Aires: Depalma, 1985, V.4, P.3-85, 115-261.

www.boniconsili.com.br, in *o Código de Hammurabi*, introdução, tradução e comentários de E. Bouzan. Petrópolis Vozes, 1976