

ASPECTOS DA PENA DE MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Juniel Martins de Moura Neto¹

Jô de Carvalho²

RESUMO

Diante das discussões acerca da ampliação das hipóteses de aplicação de pena de morte pela sociedade, esta pesquisa tem como principal objetivo analisar os aspectos jurídicos da pena de morte na legislação pátria. Fez-se então, uma pesquisa bibliográfica em sites e revistas com temas jurídicos, bibliotecas locais e virtuais que puderam conceder o registro de relatos de autores da área jurídica, e seus pareceres sobre o assunto que é um tema controverso. O desenvolvimento do trabalho se deu em três capítulos que abordam respectivamente o direito de punir, o contexto histórico da pena de morte no Brasil e a finalidade de aplicação de pena para o Direito Penal, e a pena de morte perante a Constituição Federal e os aspectos que abarcam esse tema. Verificou-se que o constituinte originário conferiu status de cláusula pétrea o texto constitucional que dispõe quanto a proibição de pena de morte e a sua única possibilidade, que é em caso de guerra declarada.

Palavras-chave: Direito de punir. Pena de morte. Direito a vida. Cláusula pétrea.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é atual e de grande relevância, diante disso, será realizado um estudo sobre os aspectos da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro abordando a disposição constitucional acerca dessa modalidade de pena, assim como as garantias e direitos fundamentais vigentes.

Uma maneira de punir, método adotado por diversos países a fim de sancionar delitos, a pena de morte é também conhecida como pena capital. Essa forma de punir tem muita relevância na sociedade, visto que esta é a mais atingida por essa forma de condenação. Essa pena pode se executada por diversos meios como enforcamento, apedrejamento, fuzilamento, até a injeção letal.

Todas as organizações a favor dos direitos humanos rejeitam a pena de morte, embora esta seja ainda uma prática usada por muitos outros países, como por exemplo, Arábia Saudita, China e nos EUA, no qual a pena de morte é punição para determinados crimes conforme firmado na Constituição destes.

¹ Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

² Doutorado em CIÊNCIAS TÉCNICAS pela Universidade de Matanzas Camilo Cienfuegos, Cuba (2011). PROFESSORA TITULAR da Faculdade de Direito de Ipatinga, Brasil.

A pena de morte é proibida no ordenamento jurídico brasileiro, que traz apenas uma exceção de sua aplicação, que é o caso de guerra declarada, conforme o artigo 5º, inciso XLVII da C.F/1988.

Os crimes que podem levar a essa punição estão escritos no Código Penal Militar e a pena prevista é execução por fuzilamento. Alguns exemplos desses crimes são: traição (como pegar em armas contra o Brasil ou auxiliar o inimigo); covardia (por exemplo fugir na presença do inimigo); rebelar-se ou incitar a desobediência contra a hierarquia militar; desertar ou abandonar o posto na frente do inimigo; praticar genocídio; crimes de roubo ou extorsão em zona de operações militares; entre outros.

Apesar de sua proibição constitucional, vários casos de violência acabam por colocar em xeque se as punições que são aplicadas no país são de fato suficientes, essencialmente para os crimes considerados bastante graves e, portanto, muitos se discutem a acerca da ampliação de incidência, o que demonstra relevância desse trabalho.

Portanto, serão abordados os aspectos dessa modalidade de punição estatal perante o ordenamento jurídico pátrio, buscado tratar dos aspectos que orbitam essa problemática como a sensação de impunidade, a religião, as questões econômicas, entre outras, e ainda busca esclarecer em que medida essa punição pode ser a solução dos problemas sociais.

Para tanto, a primeira seção desse trabalho apresentará o direito de punir e os períodos históricos da punição, visto que esse período foi dividido em três fases: vingança privada, vingança divina e vingança pública.

Na segunda seção será apresentado o contexto histórico da pena de morte no Brasil, assim como a finalidade da aplicação da penalidade pelo Direito Penal ao agente que praticou um delito.

Por fim, será explanada a morte como pena perante a Constituição Federal de 1988 e a sua visão perante vários aspectos como a religião, os aspectos econômicos que envolvem a sua execução entre outros, e será tratado se esse modo de punição é a solução dos problemas sociais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PUNIR

O instituto da pena mantém uma estreita relação com o surgimento da organização social. Quando o homem viu a necessidade de se agrupar viu também a necessidade de estabelecer regras que disciplinassem o comportamento dos integrantes.

Segundo Sousa (2017), o vocábulo “pena” vem do latim: *poena* e seu significado básico é “sofrimento”, “lástima”, “dó” podendo a pena ser vista como uma forma de vingar, castigar, intimidar, ação que leva o infrator para longe do convívio em sociedade como meio de eficiência para findar ações danosas destes.

Ao tratar a origem das penas e do direito de punir, Cesare Beccaria (2000) voltou-se aos primeiros homens selvagens forçados a se reunir pelas ameaças e obstáculos que encontravam naqueles tempos:

Leis são as condições sob as quais os homens, naturalmente independentes, unem-se em sociedade. Cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar uma liberdade que se tornou de pouco valor, a causa das incertezas quanto à sua duração, eles sacrificaram uma parte dela para viver o restante em paz e segurança. A soma de todas essas porções da liberdade individual constitui a soberania de uma nação e foi depositada nas mãos do soberano, como administrador geral. Mas não foi suficiente apenas estabelecer esse depósito; também foi necessário defender da usurpação de cada indivíduo, que sempre se empenhará para não apenas tomar da massa a sua própria porção, mas também usurpar aquela de outros. Portanto, alguns motivos que agridem os sentidos necessitaram ser criados para impedir que o despotismo individual mergulhasse a sociedade, novamente, em seu antigo caos. Esses motivos são as penas estabelecidas contra os infratores da lei. (BECCARIA, 2008)

Várias foram as fases de evolução da vingança penal durante a história. Conforme Mirabete (2009, p.15) “para facilitar a exposição, pode-se aceitar a divisão estabelecida por Noronha que distingue as fases de vingança privada, vingança divina e vingança pública.”

2.1 Período da vingança privada

Nesse período da vingança privada, a sanção era feita por pessoas particulares, não ocorrendo à interferência do Estado. Nesse período histórico o Estado não possui a atribuição de punir aqueles que cometiam algum delito, a justiça era feita com as próprias mãos.

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com “a expulsão da paz” (banimento), que o deixa à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente a morte. Caso a violação fosse praticada por 11 elemento estranho à tribo, a reação era da “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos” (MIRABETE, 2009, p. 16,

Conforme Sousa (2017), o Pentateuco e algumas legislações mais antigas adotou a vingança privada: a pessoa que era ofendida tinha o direito de ele mesmo, fazer reparação da afronta, daí, surgiu a Lei de Talião, que diz respeito à proporcionalidade entre ofensa e reação, ou seja, a pessoa que tivesse causado uma ofensa ao outro receberia ofensa igual, seria castigado da mesma forma.

2.2 Período da vingança divina

O período da vingança divina foi a fase em que o criminoso era punido pelos sacerdotes, quase sempre em preceitos oriundos, supostamente pelos deuses. Essa vingança está presente no Direito Penal Teocrático, no qual o delito era considerado uma ofensa à divindade e na visão dos sacerdotes a pena desagravava a alma do delinquente enquanto que na vingança pública a ofensa era considerada um ato criminoso contra o soberano e o efeito da pena tinha caráter de intimidar e em nome da vingança pública as penas eram muito desumanas, pois antes da morte, recebia-se torturas que era a regra ao punir.

Sousa (2017) afirma que Moisés apresentou sua lei ao povo como sagrada, proveniente de Deus e gravada em pedra, nesse tempo o chefe familiar tinha um poder supremo de autoridade diante dos outros e devido a isso não existia limites para aplicar os castigos.

DEUTERONÔMIO. 21,18,21. Quando alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedecer à voz de seu pai e de sua mãe e, castigando-o, ele não lhes der ouvidos, então todos os homens de sua cidade o apedrejarão com pedras, até que morra. (ALMEIDA, 1995).

Para Mirabete (2009, p.16) “fase da vingança divina deve-se a influência decisiva da religião na vida dos povos antigos, já que se devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social.” Portanto, pode-se

dizer que nesse período o ato delituoso era uma ofensa à divindade, e com isso, atingia toda a sociedade.

2.3 Período da vingança pública

Esse período surgiu com o fortalecimento do Estado, com uma sociedade mais organizada, quando este chamou para si, o direito de punir o criminoso, expondo-o à comunidade.

Para que se possa compreender esse período da punição, se faz necessário abordar os aspectos do Estado Absolutista que vigorava nesse período histórico. Nesse Estado o poder político e econômico se centraliza nas mãos do monarca. Nesse tipo de governo o possuidor mantém um poder absoluto e ilimitado, não estado as suas decisões sujeitas a contestação ou regulamentação de outrem.

Portanto, nesse período pena perdeu sua índole sacra para transforma-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública. As punições eram castigos corporais, no qual eram feitas nos corpos dos condenados através de um verdadeiro espetáculo e essas punições eram chamadas de suplícios, penalidade cujo objetivo era fazer sofrer o condenado, mutilar seu corpo e expô-lo ao público.

Com propriedade discorre Foucault:

As penas físicas tinham, portanto, uma parte considerável. Os costumes, a natureza dos crimes, o status dos condenados às faziam variar ainda mais. A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à forca, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimado depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada [continua o autor] satisfação à pessoa ofendida, admoestação, repreensão, prisão temporária, abstenção de um lugar, e enfim as penas pecuniárias – muitas ou confiscação (FOUCAULT, 2007, p.85).

Nesse período o corpo do condenado passou a ser o foco da punição, a pena é uma confirmação do poder do monarca.

3 A PENA DE MORTE

A morte sendo utilizada como pena não é algo fruto da sociedade contemporânea. A sua incidência esteve presente em vários períodos históricos.

Ao tratar o aspecto histórico da morte como uma pena, essa espécie de punição esteve presente no Código de Hamurabi, Legislação Draconiana, na Lei das XII Tábuas, na Bíblia cristã, entre outros diplomas repreensivos existentes na história.

A morte como pena possui o caráter de sanção penal, uma resposta estatal ao infrator da norma penal incriminadora. O doutrinador Fernando Capez conceitua a pena como sendo:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. (CAPEZ, 2017, p. 160).

O Código de Hamurabi é comumente citado como o texto jurídico mais antigo, sendo datado de 2.000 a. C. e contendo 282 artigos. Hamurabi foi o fundador do primeiro império da Babilônico e quem reunificou a Mesopotâmia. Em seu código, há aplicabilidade da pena de morte em diversos casos. Já no Código de Manu, que tem como data, aproximadamente, 1.000 a. C., há extrema crueldade na punição de crimes como injúria e furto.

Ocorre que a morte como pena não é a espécie de pena mais aplicada dentro na legislação pátria, ela foi substituída pela pena privativa de liberdade, onde não mais pune o criminoso com a morte e, sim privando do seu direito de locomoção.

Na maioria da aplicação de penas pelo processo penal brasileiro, a liberdade do criminoso passou a ser o bem jurídico afetado pela punição penal. Mas diante do cenário atual da criminalidade, muitas discussões são fomentadas acerca da ampliação das hipóteses legais existentes.

3.1 Contexto histórico da pena de morte no Brasil

Durante o período Colonial, o Brasil estava sob a égide das ordenações portuguesas e nesse dispositivo estava previsto a morte como pena em caso de cometimento de crimes.

Nogueira (1995) explica que ao dividir o Brasil em capitanias hereditárias, os ouvidores eram nomeados pelo Capitão e o Governador e junto a eles resolviam os crimes podendo castigar com a pena de morte, a não ser que se tratasse de indivíduo *mór de qualidade*, porque com exceção dos crimes hereges, traição, sodomia e dinheiro falso, só havia alçada por uma década de degredo e cem cruzados de multa, época em que vigorava as ordenações Manuelinas, na realidade o direito criminal era arbitrariedade dos donatários.

Ao sair do status de colônia e se tornar um país independente, o Brasil passou a vigorar sob a égide da Constituição de 1824, que foi elaborada sob os preceitos do liberalismo do século XVIII. Apesar de não extinguir a pena esse diploma constitucional avançou em excluir as penas de açoite, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis.

Conforme Nogueira (1995) em 1830 foi prevista no Código Criminal a pena de morte para os delitos de homicídio agravado com algumas circunstâncias. O referido código anulava a legislação penal da colônia e mudava as concepções para penas e crimes no Brasil. Entretanto, apesar do humanismo que mediava este diploma legal, a pena de morte foi prevista, em seu artigo 192, para o crime de homicídio, se agravado com determinadas circunstâncias; roubo com resultado morte; e insurreição, que seria configurada se houvesse reunião de vinte ou mais escravos para obterem a liberdade por meio da força. A aludida pena era executada na forca, um dia após a intimação do réu da sentença irrevogável, a não ser que se tratasse de um Domingo ou feriado. De acordo com o antigo código, o acusado, com uma vestimenta apropriada, deveria ser levado por meio das ruas mais movimentadas até que chegasse à forca, acompanhado do escrivão, da força militar e de um juiz criminal.

A pena capital foi amplamente aplicada até a segunda parte do século XIX, onde um caso de erro do judiciário mudou a posicionamento do Imperador, que passou sistematicamente a trocar a pena de morte pela perpétua.

O caso da execução de Motta Coqueira foi um caso emblemático que resoltou na mudança no posicionamento da justiça imperial quanto a pena de morte. O fato

que aconteceu em 1852 despertou uma dúvida quanto à eficiência desse tipo de punição.

Motta Coqueira era proprietário de cinco vastas propriedades rurais na região de Conceição de Macabu, e dentre elas a Fazenda do Bananal. Em uma noite chuvosa um grupo de homens ligados à Fazenda Bananal abordou a casa de Francisco Benedito que se localizava a uma distancia de dois quilômetros da Fazenda do Bananal e iniciou uma chacina: este e toda sua família foram mortos a golpe de facões por um grupo de cerca de oito negros.

Durante o horário provável em que ocorria o crime, o Coqueira estava na casa grande em reunião de negócios com vários empresários locais que desejavam comprar madeira das suas terras. Apesar da pequena distância entre o local em que estava Coqueiro e o local onde ocorreu o crime ninguém presente na reunião percebeu qualquer movimento anormal na fazenda. O caso foi levado às autoridades competentes, o delegado e subdelegado de Macaé, e assim, logo Mota Coqueiro foi acusado de ter sido o mandante da chacina.

O caso foi levado às autoridades competentes, o delegado e subdelegado de Macaé, e assim, logo Motta Coqueiro foi acusado de ter sido o mandante da chacina. Ocorre que após execução da pena de morte acredita-se que a execução foi injusta, pois Úrsula das Virgens, esposa de Motta, teria sido a mandante do crime motivada pelo ciúme pelo envolvimento de seu marido com a Jovem Francisca, filha do Colono morto na chacina. Esse fato impressionou o Imperador, que a partir desse caso emblemático passou a adotar a prisão perpetua em substituição à prisão de morte.

Do ano de 1890 até 1937, no Brasil, não houve pena de morte, entretanto, à época do Governo de Vargas, houve a reanimada para os casos de crime político com traição à pátria e de homicídios praticados com requintes de crueldade.

Quanto às seguintes Constituições que se sucedeu ao longo do tempo, Neto dispõe que:

Com a Constituição de 1946 a aplicação da pena capital foi restringida pela Constituição somente para os crimes de caráter militar em tempo de guerra. Em 1964 a pena de morte voltou a se reutilizada para os casos de guerra psicológica adversa ou revolucionária, bem como nos casos previstos no Código Penal Militar. No dia 13 de outubro de 1978, foi implantada a Emenda Constitucional de número 11, que acabou por abolir a pena capital para os crimes comuns contra a segurança e delimitou a sua aplicabilidade à legislação penal que se aplica em casos de guerra.

O Brasil foi o segundo país da América Latina a abolir oficialmente a pena de morte para crimes comuns. A Constituição Federal Brasileira de 1937 implantou a pena máxima para os casos de crimes contra a segurança do estado e para crimes militares, de acordo com o decreto 4766 de outubro de 1942.

No ano de 1969 foi criada a lei de segurança nacional, no período da ditadura militar. Essa lei previa a pena capital para os revolucionários, inimigos que tirassem a vida de alguém, que atentassem contra o governo da época. Houveram várias condenações, mas o tribunal militar transacionou essas penas para a prisão perpétua. Essa legislação teve sua revogação no ano de 1978. Foi uma restrição histórica, após longa vedação da aplicação da pena máxima no Brasil, que ocorreu durante o regime militar de 1969, com um ato que previa através de uma emenda constitucional a aplicação da pena capital em casos próprios. (NETO, 2018, p.17).

O constituinte de 1988 excepcionou a aplicação da pena de morte, sendo possível apenas em casos de guerra declarada pelo país.

3.2 Finalidades da aplicação da pena para o Direito Penal

A pena de morte é uma das espécies de pena existente no Direito Penal, e assim sendo a sua aplicação se propõe a finalidades. As finalidades perquiridas pela aplicação de pena perante o ordenamento jurídico penal se diferem e podem ser divididas em teorias: a Teoria da Retribuição, da Prevenção, a Mista ou Eclética, e a Ressocializadora.

A teoria retribucionista, ou absoluta, teve sua origem na Antiguidade e Idade Média, e tem como fundamento a retribuição do dano causado pelo agente infrator da norma penal mediante a aplicação de uma pena. Grandes pensadores como Kant e Hegel eram adeptos dessa teoria. Com essa teoria, assenta a ideia de que a pena deveria existir apenas para "fazer justiça", não apresentando nenhuma outra finalidade. Para Émile Durkheim *apud* Bicudo destaca que:

o crime rompe o vínculo de solidariedade social, pois ofende a consciência coletiva, e por isso necessita de uma reação, a pena, por meio da qual os vínculos sociais fragilizados são restabelecidos, recompondo a coesão social. Para se evitar a arbitrariedade na aplicação das penas, o Magistrado precisa se manifestar em um silogismo perfeito, "deve ter em vista como premissa maior: a lei penal geral, aplicável a todos os homens; premissa menor: a ação do indivíduo conforme ou não a lei, e o resultado desse silogismo é a liberdade ou pena. (DURKHEIM *apud* BICUDO, 2015, p.49).

Sendo assim, a culpa legitima a imposição de um mal a quem cometeu um crime, sendo que o quantum da pena dever ser medido pelo próprio crime, o que se afirma que o mal da pena deve ser equivalente ao mal causado pelo crime.

A teoria relativa ou preventiva da pena defende que a esta tem um fim, como o próprio nome já diz preventivo, ou seja, a existência de uma sanção penal para determinado ato tipificado como criminoso atua como inibidor para que outros cometam tais crimes e ainda evita a reincidência. Esses dois aspectos da teoria se subdividem em prevenção geral e prevenção específica.

A prevenção geral surge com o intuito de suprimir dos potenciais criminosos a vontade de delinquir com a ameaça de aplicação da pena caso um bem jurídico seja violado. Outro aspecto da Teoria de Retribuição a punição deve gerar o temor e impedir o surgimento de crimes, pois a punição pelo estado desmotivar o cidadão de cometer a conduta descrita na norma como crime. Conforme argumenta Barros:

a prevenção geral surge a fim de suprimir dos potenciais criminosos a vontade de delinquir com a ameaça de aplicação da pena caso um bem jurídico seja violado. Essa a função possui o condão de afirmar a validade da norma, porque, através da aplicação da pena, se obteria como resultado a confiança dos cidadãos na ordem jurídica e, conseqüentemente, no Estado. A prevenção geral possui o aspecto positivo e o aspecto negativo. O aspecto positivo é percebido como a força moralizadora, como a confirmação da fidelidade do direito, de modo que é através da execução da pena que se satisfazem as necessidades de punição da sociedade. Já o aspecto negativo consiste na adoção de penas que intimidem o próximo, sendo com base nesse critério que o legislador aumenta penas previstas no ordenamento jurídico pátrio. (BARROS, 2001, p.61).

Em oposição à prevenção geral, a prevenção especial dispõe que a pena passa a ser voltado para o futuro, considerando-se o indivíduo que delinque. Tal prevenção especial igualmente possui dois aspectos, o negativo, que consiste na retirada da pessoa do convívio social para que ela não volte a delinquir. Pelo lado positivo, há a ressocialização, a reeducação ou correção do criminoso, tendo a pena o fim de readaptá-lo à vida social. Pelo aspecto positivo da prevenção especial:

Cabe salientar que no tocante ao aspecto positivo da prevenção especial está inserida a função social ou ressocializadora da pena, que prega ser função do Direito Penal a humanização da pena e, conseqüentemente, a aplicação de tratamento digno ao preso, de forma a lhe garantir direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Há que serem respeitadas a quantidade e a qualidade da pena, vedadas quaisquer privações, que não as necessárias, ao detento. Isso é, o fato de o indivíduo ser condenado por um crime não implica tratamento desumano e degradante. Deve o Estado,

no exercício do poder de polícia, zelar pela integridade física e moral do preso. (SOUZA, 2016).

Sendo assim, essa teoria prega que a pena aplicada tem a finalidade de prevenir novos crimes daquele que já praticou delitos anteriormente, ou seja, diante reparação do criminoso por meio da aplicação da pena, visa impedir a reincidência. Nessa vertente, se intimida o criminoso a não cometer mais delitos pela fase da execução da pena, e não apenas da ameaça provocada pela sua cominação.

A punição de um crime pelo Estado mostra para o delinquente que os mecanismos estatais são eficientes e o adverte a não cometer mais delitos, caso contrário, lhe será aplicada uma nova sanção.

Ademais, temos o surgimento da Teoria Eclética ou Mista que é o resultado da fusão das teorias expostas anteriormente, no qual a aplicação da pena deve servir para desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes, também deve intimidar o já criminoso a não mais delinquir impedindo a reincidência, além de figurar como instrumento de punição pelo mal já praticado a vítima pelo sujeito ao cometer a conduta descrita na normal como delito.

Por fim, temos a Teoria Ressocializadora que alertar sobre a necessidade de readaptação social do condenado e a observação de meios que ajudem esse processo, dando ênfase que a sociedade só é recompensada com a ressocialização do delinquente, e o seu consequente retorno ao convívio em sociedade.

Finalidade esta que será alcançada com programas de reeducação e trabalhos de readaptação do condenado ao convívio social que devem ser criados pelo Estado para que este indivíduo não volte a praticar condutas criminosas por falta de opção, funcionando assim também como um meio de prevenção.

4 A MORTE COMO PENA PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, e com ela foi inaugurado uma nova ordem jurídica no Brasil, no qual foi formulada com o claro objetivo de dotar o país de um regime democrático, em a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de

Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Esse fundamento impõe uma interpretação e aplicação das normas existentes com respaldo na condição do homem de ser sujeito de direitos e deveres, não podendo ser tratado como simples objeto.

Nesse sentido, o texto constitucional traz um rol de direitos e garantias individuais que confere proteção ao homem. Dentre esses direitos, o art. 5º dispõe que o direito a vida é um dos direitos fundamentais do cidadão e dos estrangeiros residentes no país:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Esse direito possui vários aspectos e abrange o direito de não ser morto, de não ter privado a sua vida, é, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida saudável. Quanto a sua importância perante o ordenamento jurídico Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (BRANCO, 2010, p. 441).

Ainda sobre o assunto, o jurista Alexandre de Moraes dispõe que:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. (MORAES, 2016, p. 87).

Portanto, pode-se afirmar que o direito à vida é o mais fundamental dos direitos garantidos, ele é um verdadeiro pré-requisito para o exercício dos demais direitos e garantias consagrados na Constituição Federal. Insta salientar que a sua garantia não se restringe apenas vida, pois a sistemática das normas constitucionais infere que essa garantia abarca viver com dignidade, com cidadania, com qualidade de vida, com liberdade, alegria, integridade moral e física, o que se conclui a relação entre o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais estão listados como mais importante dos direitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Serão sempre válidos, ainda que diante de um conflito aparente, onde então será utilizado o sopesamento, sempre com vista às peculiaridades do caso concreto e através da interpretação proporcional que definirá o modo de garantir os direitos fundamentais que por ventura estiverem em confronto.

Quanto a sua garantia, o constituinte originário conferiu a esses direitos fundamentais o status de cláusulas pétreas, não podendo ser estes suprimidos pelo poder constitucional secundário decorrente por meio de emendas constitucionais, conforme dispõe o art. 60 § 4º:

Art. 60 [...]

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Ao tratar das penas permitidas perante o Estado brasileiro, o constituinte assim dispõe:

Art. 5º.

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis. (BRASIL, 1988).

Diante disso, ao prever que apenas em hipótese de guerra declarada a pena de morte pode ser aplicada, e ao conferir status de cláusula pétrea esse dispositivo constitucional, não há que se falar em acréscimo de possibilidade para essa sanção:

A Constituição Federal de 1988 não só proíbe que a lei infraconstitucional venha estabelecer pena de morte no seu art. 5º, inciso XLVII, como também proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda à constituição que vise estabelecer pena de morte. [...]. (SOUSA, 2011, p. 6).

Nesse sentido, Sousa (2007) observa que não existe autorização para aplicar a pena de morte no Brasil, termo previsto na C. D de 1988, art. 5º Inciso XLVII, a não ser em situação de guerra declarada. Este artigo não pode ser modificado, porque se trata de elemento constitucional que consta como tema dos direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas da Carta Magna e como a legislação penal é atribuição restrita da União, não se aceita que seja objeto de qualquer legislação esparsa ou ente federativo de maneira autônoma, diferenciando-se de países como nos EUA, que aceitam que seus estados membros ou províncias resolvam no nível local a possível aplicação da pena.

Conforme Sousa (2007), os brasileiros têm a possibilidade da pena de morte, em situação de guerra, se praticarem crimes como traição, covardia, revoltarem-se ou incitarem a falta de obediência perante a hierarquia militar, afastar do serviço militar ou o posto diante do inimigo, cometer genocídio, roubar ou extorquir em zona de operações militares, e outros.

4.1 Pena de morte é a solução para os problemas sociais?

Apesar dos avanços sociais e jurídicos muitos encaram a vingança como justiça, e argumentam que a pena de morte pode reduzir os casos de violência no Brasil, pois ao privar o direito a vida desse indivíduo o cumprimento dessa pena é a garantia de que o agente delituoso não cometa outros crimes, sendo, portanto, a única forma deste não voltar para o meio social, solucionando a reincidência que é muito comumente no país.

Ocorre que a justiça e a vingança se diferem. A vingança não se coaduna com a sociedade brasileira nem o sistema jurídico vigente. As pessoas devem tentar encontrar a justiça e para que isso aconteça é importante que aconteça a

ressocialização, que quem cometeu um delito, pague de forma efetiva pelos seus atos.

De acordo com Beccaria (2000) a hipótese de uma pena com moderação, deixará sempre impressão mais efetiva do que temer um sofrimento tremendo, com respeito ao qual se mostre a esperança de ficar impune, ou seja, melhor um Estado justo, que faça uma punição coerente e permanente e muito mais eficiente.

Beccaria (2000) relata que esse tipo de pena é uma maneira de exterminar pessoas, deixar os presídios vazios e extinguir pobres e marginalizados; ou ainda extinguir pessoas com ideais e credos opostos ao governo; acredita-se que essa forma de penalizar reduz a incidência de crimes, porém os índices não mostram isso, não há nada que torne aceita a morte pelo Estado, mesmo que seja em menor quantidade.

Nesse sentido, temos opinião do estudioso Santos:

A implantação da pena de morte não Brasil não resolverá o problema da criminalidade, pois com o nosso sistema jurídico tão falho, muitos inocentes poderiam ter sua vida ceifada, uma vez que cumprida a sentença não haveria como voltar atrás, portanto, antes de pensarmos em aplicar um pena tão severa a um réu, por pior que tenha sido o crime por ele cometido, devemos repensar o nosso sistema carcerário, e também o nosso sistema jurídico e policial, principalmente a parte investigativa. É importante que nos esforcemos para que exista mis política social, para que dessa forma, possamos diminuir os índices de criminalidade, dando condições dignas aos nossos cidadãos, e dar um pouco de esperança, para que não vejamos o que acontece em nossos hospitais, onde vemos muitas pessoas, geralmente de poder aquisitivo baixo, serem, ai sim, condenados a morte, pois não tem acesso a um sistema de saúde de qualidade. (SANTOS, 2019).

Importante abordar o papel que vem sendo desempenhado pela mídia, que exerce o papel de informação os brasileiros, tendo em vista que o estado obedece ao comando constitucional de não intervenção no papel da publicidade.

Diante da sua abordagem, muito se tem criticado a mídia pela construção irregular do fenômeno da “mídiação dos fatos” ou “espetáculo midiático”, que acaba exercendo influência acerca da toma abordado nesse trabalho, conforme bem preleciona Luis Flávio Gomes:

O julgamento popular e midiático também é imediato, sem demora. É um julgamento cheio de "certezas" peremptórias. O "eu acho" transforma-se prontamente em convicções inabaláveis. Na era medieval (como nos demonstrou Foucault) o corpo do suspeito era sacrificado em praça pública (para servir de exemplo às demais pessoas). No processo penal midiático a

execração pública é rápida e urbi et orbi (na cidade e no mundo). O suspeito pode ser inocente ou culpado (isso é irrelevante): ele sempre é execrado. (GOMES, 2008, p. 45).

Souza (2017) diz que a pena deve ressocializar o indivíduo que paga por seus atos e pode se reabilitar, conviver novamente em meio à sociedade; com a pena de morte não há como voltar para a sociedade, esta pena só traz mais sofrimentos, o autor tendo cometido atrocidades ou não é um ser humano com direitos do mesmo jeito e a vida é uma garantia fundamental do ser humano.

Trazer alguém que cometeu um crime para a sociedade novamente é uma questão política que aponta melhorias no sistema carcerário que costuma tratar o preso de uma forma muito desrespeitosa. Deve-se usar como forma para ressocializar um criminoso a oferta à educação, o respeito e a garantia que qualquer ser humano possui, mostrando a ele que o crime não compensa, não soluciona nenhum problema.

Conforme Noronha (2004) o ser humano possui direitos independente de sua raça, sexo, nação, religiosidade ou outra condição específica, portanto os direitos humanos são garantias que todo indivíduo possui com o fim de proteger sua dignidade contra a arbitrariedade do poder do estado e estabelecer que o ser humano se desenvolva com condições de vida, garantindo sua personalidade humana.

Apesar da rejeição da pena de morte em alguns países, ainda temos a sua aplicação na China, Arábia Saudita, China e nos Estados Unidos, e pela experiência dos citados países até os dias atuais não ficou esclarecido que a pena máxima tenha provocado diminuição gritante dos delitos a ela vinculados, nem que tenha amedrontado as pessoas que acabaram por praticar os crimes punidos com essa pena.

Nos países que aplicaram a morte como punição pela prática de um crime, em determinado instante pode até ter oscilado os índices de criminalidade, mas após a averiguação do que realmente acontece como reflexo quando da pena capital, em nada altera os índices de criminalidade, estes variam por motivos completamente diferentes. Dessa forma, diante do levantamento verificado de que a pena máxima não diminui o crescimento da violência, é notório que deve ser aplicada apenas em caráter excepcional.

Portanto, para que se possa aprofundar quanto a utilidade prática ao implementar a morte como punição, se faz necessários evidenciar os aspectos que rodeiam a aplicação dessa punição no âmbito penal.

4.2 A visão da pena de morte nos diversos âmbitos

O assunto a que propôs o presente trabalho envolve diversos aspectos é uma questão polêmica, o que divide as opiniões, sendo que uns argumentam que essa punição deve ser utilizada naqueles que cometem crimes violentos que tem exterminado a vida de muitas pessoas. Outros argumentam que sendo a vida o bem mais importante, a morte sendo utilizada como pena acaba desvalorizando esse bem jurídico.

Um levantamento realizado pelo Datafolha no mês de setembro de 2014 mostrou que 43% dos cidadãos brasileiros são a favor da aplicação da pena capital, enquanto 52% se posicionaram contra tal pena. Em uma análise dos dados obtidos, Neto argumenta que:

A maioria dos que se posicionaram a favor utilizam-se da alegação de que a pena de morte seria a solução para reduzir a violência no Brasil e diminuiria os gastos do governo quanto à ressocialização dos detentos, uma medida pouco efetiva. Para os favoráveis à aplicação da pena capital, tal medida é a única maneira de garantir que os criminosos não cometam outros delitos dentro da prisão e não retornem à vida em sociedade. Os que discordam desse posicionamento alegam que a aceitação da pena de morte no Brasil é regulada essencialmente pelo sentimento de vingança, sem qualquer motivo racional, o que acaba por fazer com que a sociedade não perceba os danos que a aplicação de tal pena pode trazer, como o desaproveitamento de recursos que poderiam ser melhor utilizados para as recuperações dos detentos no Brasil. (NETO, 2018, p. 35).

Nascimento (2003) relata que muita gente tem a ideia de que no ordenamento brasileiro há uma impunidade muito grande, por isso alegam que a pena de morte seria de grande utilidade, pois reduziria a quantidade de pessoas no sistema carcerário e os que não são a favor da pena, dizem que esse tipo de penalização traz um ideal massivo que pode gerar feridas com um tipo de valor que o Direito não busca, porém acaba alcançando de forma indireta a desvalorização da vida e recordam ainda que o judiciário se sujeita a errar e quando se executa uma pessoa, há um erro irreparável.

Outro aspecto de grande peso que rodeia essa discussão é o aspecto religioso. Nesse sentido Nascimento (2003) argumenta que pela visão religiosa, uns afirmam que a vida é dom de Deus e, portanto, não é dependente da vontade dos homens, mas é importante recordar que a ser livre também é dom de Deus e mesmo assim a justiça a tira dos que praticam delitos. Na bíblia, desde Gêneses ao Apocalipse existem afirmações favoráveis à pena de morte, Cristo compara o homem com um pé de figueira quando diz: “Há três anos venho procurar um fruto, mas não encontrei. Cortem-na. Por que devia manter o solo inútil? [...] E, se vier a produzir frutos no futuro, muito bem; mas se não, há de cortá-la (Lucas 13:7-9).

Em consonância com esse ensinamento bíblico, São Tomás de Aquino diz: “O galho que está podre deve ser cortado para não contaminar o restante da árvore”.

Quanto ao aspecto econômico, há uma defesa para a pena de morte, sob o argumento que ela tem um custo menor para o Estado se comparada com o cumprimento da pena de restrição de liberdade, e ainda reduz o número de presos no sistema carcerário, visto que esse sistema se encontra com superlotação em suas unidades.

Entretanto, é importante frisar que é enganoso considerar que a execução da pena de morte não traz custos para o Estado, uma vez que esse processo envolve diversas etapas que envolvem diversos recursos.

O argumento principal dos apoiadores para a sua ampliação no ordenamento jurídico brasileiro é o seu efeito intimidador e inibidor para o cometimento de novos delitos. Prelecionam que aplicação da pena de morte reduziria de forma sensível a violência no Brasil, já que a pena de morte garante que um criminoso não cometa mais crimes, é, portanto, a única alternativa de garantir que os criminosos não retornem para sociedade ou cometam outros crimes dentro da própria prisão. Dessa forma, não ocorreria o instituto da reincidência, este que é tão alarmante no país.

Ao tratar desse aspecto, Nascimento (2003) afirma que é importante perceber que nem as penas máximas de liberdade nos cárceres do Brasil causam intimidação, quanto mais a pena de morte, pode até haver indivíduos que prefiram morrer a pagar por uma pena em um cárcere.

Nesse sentido, assim dispõe Beccaria

não é a força bruta da pena que causa grande efeito na mente e sim o tempo em que dura, então uma pena privativa de liberdade de duração extensa intimidaria mais que a pena capital.

A certeza da aplicação da pena tem mais efeito do que sua intensidade e, nosso país, devido à alta demanda do judiciário e a morosidade com a qual o sistema prossegue, acaba se apagando a certeza da execução da pena. (BECCARIA, 2000).

Conforme Noronha (2004), ao aplicar-se o Código Penal de forma correta e assim melhorar as formas de recuperar o criminoso, não se deve falar em pena de morte, pois é ilusório crer que um terrorista deixará de cometer um ato terrorista por medo de cumprir pena, especialmente os homens- bombas, que possivelmente, faria de tudo para não ser recluso, acreditaria que não seria punido, que teria um meio estratégico, na corrupção, que eliminaria testemunhas do ponto de vista que não teria nada a perder, muitos terroristas objetivam ganhar méritos extraterrenos porque são suicidas e suas vidas são dadas por uma causa.

Com o mesmo raciocínio, Beccaria (2000) afirma que algumas pessoas veem a morte com firmeza, muitos com fanatismo e outros por via da vaidade existente em nossa vida; muitos ainda por estarem determinados a sair da miséria acabando com sua existência.

Outro aspecto que deve se ter em mente ao abordar essa problemática é quanto ao erro judicial, visto que a pena de morte ao ser aplicada não possibilita a sua reversão. E isso é bastante alarmante se considerarmos que o sistema punitivo pode ser preconceituoso estando, portanto, sujeito ao erro humano.

Em contrário a esse argumento os doutrinadores que argumentam em favor da ampliação das hipóteses constitucionais de aplicação da pena de morte enfatizam que o medo do erro não pode impedir as ações judiciais já que assim a vida individual e social seria paralisada.

Importante enfatizar que o fato de um inocente ser morto pelo Estado causa muito mais revolta na população do que quando esta vê um indivíduo ser morto por um delinquente possuído pela loucura.

Conforme já foi abordado no presente trabalho, a pena deve ser aplicada com o intuito de atingir finalidade como a ressocializadora, que vise obter a recuperação do condenado e não apenas castigá-lo, e ao punir o réu com a pena de morte é o mesmo que retroceder à Lei de Talião. Pode-se afirmar que a pena de morte é a que mais denota a presença de vingança, entre as outras penas existentes.

5 CONCLUSÃO

Os aspectos que rodeiam o tema foram abordados nesse trabalho sobre a questão da morte sendo utilizada como penalização no Direito Penal. Aparentemente, essa seria uma excelente solução para acabar com a violência e garantir a segurança da população, mas não abordar os aspectos sociais e jurídicos é possível concluir que essa não é a alternativa que deve ser seguida pela sociedade brasileira.

O poder constituinte originário ao vedar a aplicação de pena de morte em sua Carta Magna e trazer a sua possibilidade de aplicação apenas em caso de guerra declarada, tem como fundamento os princípios que norteiam e caracterizam um Estado Social Democrático de Direito. O princípio do Direito à vida e da dignidade da pessoa humana são os que baseiam o constituinte.

Diante da característica de cláusula pétrea, o direito à vida é possível afirmar que é realmente vedada a possibilidade da aplicabilidade da pena máxima como regra no Brasil. Entretanto, é unânime a questão quanto à necessidade de punição daquele que cometeu um crime, mas é importante destacar que a justiça se difere da vingança. A sociedade às vezes cobra que as pessoas paguem pelo que fizeram como forma de vingar e não de correção.

Diante disso, conclui-se que a morte de um condenado não fará com que ele se sinta arrependido e perceba o seu erro, então a pena de morte não traz uma correção, além de ser um ato repetitivo do criminoso. A ampliação das possibilidades constitucionais de aplicação da pena de morte não resolve o cenário de criminalidade vivenciada pela sociedade brasileiro e mais, ela não resolve os problemas sociais existentes.

São perceptíveis os avanços quanto à proteção Estatal ao bem jurídico vida, pois se reconhece o mal que uma morte pode causar à sociedade, e, portanto, pune os agente que cometem crimes violentos, mas essa punição não deve se dar pela retirada de outra vida.

A percepção contemporânea dos instrumentos penalizadores tenta inserir novamente na sociedade aquele que comete um crime, sendo assim, conclui-se que a execução da pena de morte é a repetição do erro cometido e ao lidar com vidas não se deve propagar o mal, pois não há justiça nessa sentença. A utilização da morte como uma pena não irá ajudar na redução da criminalidade, essa espécie de punição é incapaz de modificar o cenário atual em que a sociedade brasileira vivencia.

Portanto, pelo estudo do tema chega-se a seguinte conclusão, a pena de morte não é solução para os problemas sociais existentes, visto que a utilização da morte como pena reflete apenas a vingança e não a justiça. Pela análise do ordenamento jurídico brasileiro, as punições das ações delituosas visam à reinserção do criminoso no meio social e, portanto, essa finalidade a que se busca não condiz com a aplicação da pena de morte.

REFERÊNCIAS

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?: teoria geral da pena**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

CHÂTELET, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, v.1**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalheite. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRANCO, Sérgio da Costa. **A pena de morte na legislação criminal comum do Brasil: o caso Motta Coqueiro e sua repercussão**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v4n8/doc/01_Sergio_Franco.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. v.1: parte geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e especial. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Gabriel Biondes. **Os direitos humanos e a pena de morte**. Disponível em: <https://www.facefaculdade.com.br/arquivos/revistas/DireitosHumanos.pdf>. Acesso em 06 jul. 2019.

NETO, Américo Oliveira Pinto. **Pena de morte**: análise sobre a ampliação da hipótese de aplicação da pena capital no Brasil. Recife, 2018.

SANTOS, Deivid Rodrigues dos. A aplicação da pena de morte e sua suposta eficácia. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, DF: 23 set 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44364/a-aplicacao-da-pena-de-morte-e-sua-suposta-eficacia>. Acesso em: 23 ago. 2019.

SOUSA, Carlo Arruda. Aspectos históricos da pena de morte. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-historicos-da-pena-de-morte/>. Acesso em: 08 ago. 2019.

SOUZA, Ana Paula de. **Função ressocializadora da pena**. Disponível em: <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/283492-funcao-ressocializadora-da-pena>. Acesso em 08 ago. 2019.