

INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MORTE EM FUNÇÃO DO DIREITO À VIDA E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Karolyne Fiss

Acadêmica em Direito e integrante do Programa de Iniciação Científica – PIC, pela Universidade Paranaense – UNIPAR, (Brasil).

karol_fiss@hotmail.com

Bruno Smolarek Dias

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI – SC, (Brasil). Professor no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense, UNIPAR, (Brasil).

professorbruno@unipar.br

Ao longo do trabalho tentou-se demonstrar como a pena de morte é uma sanção injusta e cruel. No entanto, sempre que há um caso muito grave de um crime que resulta em uma repercussão social muito grande, volta à tona a adoção da pena de morte como maneira absoluta no sistema jurídico. O presente artigo busca expor que a institucionalização da pena de morte não afastaria a incidência de crimes, mas sim violaria o mais importante dos direitos do homem: o direito à vida, percebendo-se que a adoção deste tipo de pena no ordenamento apenas se baseia na tentativa de a sociedade esconder os reais problemas do aumento da criminalidade, tendo em vista que há alternativas de penas. O estudo também visa esclarecer que devido ao limite do *jus cogens* internacional e dos Tratados Internacionais seria impossível implantar uma nova Constituição Federal que insira, de maneira absoluta, a pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chaves: Pena de morte, Inviolabilidade ao direito à vida, Tratados Internacionais, Limite *jus cogens*, Inconstitucionalidade.

O propósito de pesquisa do presente trabalho é abordar uma questão bastante polêmica no sistema jurídico brasileiro: a institucionalidade da pena de morte, e suas implicações quanto ao direito à vida e aos tratados internacionais.

A história do direito penal constitui-se a partir de um vasto processo de humanização da repressão. Diante dessa constatação, há a necessidade de normas que garantam os direitos fundamentais do ser humano contra o poder estatal.

A pena de morte é uma punição extrema a ser aplicada para situações também extremas, violando os direitos humanos e em especial o direito à vida, e também os tratados internacionais.

Registros históricos demonstram que são vários os métodos de execução utilizados. Na antiguidade buscavam-se os meios mais cruéis com o objetivo de penalizar ao máximo o prisioneiro, de acordo com o crime cometido.

Atualmente, por conta da reprovação social e devido à infringência aos direitos humanos, buscam-se métodos de execução mais eficazes e instantâneos, com o menor sofrimento possível aos condenados. Percebe-se que, apesar das formas de execução da pena de morte serem menos cruéis, quaisquer das formas de execução são, ao menos em partes, ultrajantes e desumanas, ferindo o direito à vida ou a integridade.

Nos casos de países que adotam a pena capital justificam esse fato como combatente da criminalidade, no entanto, afrontam o bem mais importante de um indivíduo – o direito à vida, ou a integridade.

A aplicação dessa pena não gera discussão e problematização apenas no âmbito jurídico, mas também em filosofia, religião, política, ética e sociologia.

Sempre que há um caso muito grave de um crime de grande repercussão social, volta à tona a adoção da pena de morte, no entanto, no sistema jurídico brasileiro, considera-se inviável a adoção dessa pena, sendo utilizada apenas em casos de guerra declarada (art. 5, inciso XLVII da CF/88).

Será discutido, no desenvolver do artigo, em quais situações a pena de morte pode ser adotada no sistema jurídico brasileiro. Também serão analisadas alternativas para a pena e se a adoção da pena de morte seria a melhor solução para a diminuição ou eliminação da taxa de criminalidade.

Por fim, cabe ressaltar que o presente artigo não tem por finalidade esgotar o assunto, sendo esta pesquisa um direcionamento para estudos, havendo muito ainda a ser estudado sobre o referido tema, considerado de suma importância social, pois atinge um dos maiores bens do ser humano: o direito à vida.

PENA DE MORTE

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *Ius Puniendi*. (GRECO, 2005, p. 542).

A pena capital é uma sentença aplicada pelo Poder Judiciário, consistindo na execução de um sujeito condenado pelo Estado. É considerada a pena máxima imposta aos crimes de maior reprovação social.

O presente capítulo traz uma análise histórica da pena capital em um contexto mundial abrangente, para que posteriormente seja abordado o tema saindo das penas corporais para as psicológicas.

HISTÓRICO DA PENA DE MORTE

Conforme os ensinamentos de Daniela Menengoti Ribeiro e Julia Dambrós Marçal (2011, p. 02):

Durante grande período a humanidade vivenciou situações em que o Estado detinha o poder opressivo àqueles que desobedeciam ao ordenamento imposto, não havia os chamados ideais de justiça, tanto que o soberano em cada um dos diversos povos agia de forma discricionária e autocrática, sendo a pena de morte em muitas culturas considerada sinônimo de justiça. Não havia uma organização estatal, para tanto, imperava o caos social nas comunidades e a vingança privada era tida como lei entre os homens.

Com o aparecimento das religiões, as regras de Direito Penal foram surgindo de acordo com a divindade, posto que as punições eram aplicadas em nome destas. O entendimento dos tempos remotos era de que quanto maior e mais cruel fosse a pena, mais eficiente ela seria.

O Código de Hamurabi, que foi compilado pelo fundador do primeiro Império Babilônico, no séc. XXIII a.C. é a lei penal mais antiga que se tem conhecimento.

Nesse código, vislumbra-se a aplicação da pena de morte em diversos casos (prevalecia o princípio do talião – olho por olho, dente por dente), como por exemplo:

Art.1º. Se alguém acusa outro, mas não pode dar prova disso, aquele que o acusou deverá ser morto. [...]

Art.21º. Se alguém faz um buraco em uma casa, deverá diante daquele buraco, ser morto e sepultado.

A pena de morte era amplamente aplicada, fosse na fogueira, na forca, por afogamento ou empalação. A mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa.

Posteriormente, a lei Mosaica (aproximadamente em 1300 a.C) foi apresentada ao povo Hebreu e teria sido escrita por Moisés, na qual a base moral dessa legislação era pautada por seus mandamentos. O chefe de família era quem detinha um poder absoluto

sobre as pessoas de sua autoridade e, devido a isso, não havia limites na aplicação dos castigos. Nessa lei, existe a pena capital, principalmente ao apedrejamento, veja-se:

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

A Lei das XII Tábuas, compilada no ano de 450 a.C. fora de suma importância para o povo Romano e, após a formação de um império que a pena de morte foi gradativamente instituída. Na sétima tábua, vislumbram-se penalidades para alguns delitos como: “Se alguém matar o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio”. Do mesmo modo, o falso testemunho também era desdenhado pelos romanos, imputando aos indivíduos que o prestarem, a pena capital. Além de tudo, em certos casos, a morte de um indivíduo era considerada um espetáculo, como é o exemplo do Coliseu.

Daniela Menengoti Ribeiro e Julia Dambrós Marçal (2011) afirmam que, no início do século VII, o Alcorão - livro religioso e jurídico dos muçulmanos - estabelece severas penalidades, entre elas encontram-se as penas de morte, penas de Talião, legitimação para o assassinato de infiéis, penas de chibatadas, entre outras formas.

Na Idade Média, com a ascensão do poderio da igreja católica, o poder religioso confundiu-se com o poder real, suscitando na conhecida inquisição, sobre a qual a igreja passa a ter controle e até mesmo sobre a vida dos indivíduos e, aqueles que eram tidos como hereges, seriam torturados e mortos.

Durante a Idade Moderna, a pena de morte persistiu, porém, houve uma ênfase na questão do ser humano e de seus direitos, o que culminou em muitas discussões sobre o tema. Dentro da Idade Moderna e Contemporânea, diversos pensadores defenderam a ineficácia da pena capital e afirmaram que a mesma fere os direitos naturais do ser humano, tendo como principal, o direito à vida. De acordo com o exposto, o número de países que utilizam a pena de morte como recurso, com o passar dos anos vem diminuindo, utilizando penas mais humanitárias para os delitos cometidos dentro de sua jurisdição.

Cesare Beccaria (2012), pensador italiano, estudioso do Direito Moderno, destaca em sua principal obra, *Dos Delitos e das Penas*, que “deve haver a abolição geral em qualquer sociedade da pena capital, pois esse tipo de sentença é bárbaro e inútil”.

No próximo tópico será abordado como a pena vai se dissociando de um elemento de dor física (pena corporal) e vai passando a ser uma penalidade incorporeal (psicológica).

SAINDO DAS PENAS CORPORAIS PARA AS PSICOLÓGICAS

A história do direito penal traz consigo um vasto processo de humanização da repressão, e mediante essa realidade, surge a necessidade de normas que garantam os direitos fundamentais do ser humano contra o poder estatal.

Na antiguidade, a aplicação de penas cruéis e desumanas era absolutamente normal, os sujeitos eram punidos com penas corporais – penas que atentavam sobre o corpo dos condenados, produzindo lesões, sofrimentos físicos ou até mesmo a morte.

Com o tempo, a punição vai se tornando parte da consciência abstrata, deixando de ser atribuída à sua fatalidade, e todo aquele teatro de matar ou ferir publicamente passa a ser a própria condenação que marcará o delinquente com sinal negativo. Com a humanização, as grandes transformações institucionais, com códigos explícitos e gerais, com regras unificadas de procedimento e a definição do caráter essencialmente corretivo da pena as penas corporais vão desaparecendo, as punições e sofrimentos vão se tornando menos físicos. Michel Foucault, em seu livro, *Vigiar e Punir* (1987, p. 14), afirma que o essencial da pena é procurar corrigir e reeducar os condenados, libertando os magistrados do vil ofício de castigadores.

Completa Michel Foucault (1987, p. 14-15):

Mas, de modo geral, as práticas punitivas se tornaram pudicas. Não tocar mais no corpo, ou o mínimo possível, e para atingir nele algo que não é o corpo propriamente. Dir-se-á: a prisão, a reclusão, os trabalhos forçados, a servidão de forçados, a interdição de domicílio, a deportação — que parte tão importante tiveram nos sistemas penais modernos — são penas — físicas! — com exceção da multa, se referem diretamente ao corpo. Mas a relação castigo-corpo não é idêntica ao que ela era nos suplícios. O corpo encontra-se aí em posição de instrumento ou de intermediário; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e de privação, de obrigações e de interdições. O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais — elevado. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que

ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva. É preciso refletir no seguinte: um médico hoje deve cuidar dos condenados à morte até ao último instante — justapondo-se destarte como chefe do bem-estar, como agente de não-sofrimento, aos funcionários que, por sua vez, estão encarregados de eliminar a vida. Ao se aproximar o momento da execução, aplicam-se aos pacientes injeções de tranquilizantes. Utopia do pudor judiciário: tirar a vida evitando de deixar que o condenado sinta o mal, privar de todos os direitos sem fazer sofrer, impor penas isentas de dor. O emprego da psicofarmacologia e de diversos —desligadores, fisiológicos, ainda que provisório, corresponde perfeitamente ao sentido dessa penalidade —incorpóreal.

Assim, a redução dessas —mil mortes! à estrita execução capital define uma moral nova própria do ato de punir.

Em meados do século XIX desaparece o espetáculo da punição física, o corpo do condenado é escondido, não há mais a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva.

Michel Foucault (1987, p. 18):

O poder sobre o corpo, por outro lado, tampouco deixou de existir totalmente até meados do século XIX. Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém castigos como trabalhos forçados ou prisão — privação pura e simples da liberdade — nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra.

De acordo com o autor, a pena vai se dissociando de um elemento de dor física, e vai amplamente passando a ser uma penalidade incorporal. A justiça punitiva tem de ater-se, agora, a esta nova realidade, realidade incorpórea.

MÉTODOS DE EXECUÇÃO

Os métodos de execução da pena de morte são os mais diversos possíveis. Antigamente, buscavam-se os métodos mais cruéis com o objetivo de penalizar o sujeito do mesmo modo que este agiu. Por outro lado, atualmente, tendo em vista os direitos humanos – direito à vida – e devido à reprovação social, buscam-se os métodos de execução mais eficazes e instantâneos, procurando o menor sofrimento do condenado.

Como dito, existem diversos métodos de execução. No presente estudo, serão destacados os seguintes: a) cadeira elétrica; b) injeção letal; c) fuzilamento; d) câmara de gás e; e) enforcamento.

a) Cadeira elétrica

Surgiu nos Estados Unidos como sendo um sistema moderno e eficaz para substituir métodos menos civilizados – como o enforcamento – e foi utilizada pela

primeira vez em Nova Iorque, em 24 de junho de 1889. A sua forma de execução é por meio de uma violenta descarga elétrica que atravessa o corpo do condenado, arruinando órgãos vitais (como exemplo o coração e o cérebro). O sistema nervoso central e todas as funções vitais são paralisados pela descarga, causando a perda da consciência, convulsões e no período de 30 a 60 segundos ocorre a morte do condenado. A partir de 1978, com o surgimento do método de execução da injeção letal, a cadeira elétrica caiu em desuso. Atualmente, dos 36 estados que adotam a pena de morte nos Estados Unidos, apenas nove deles conserva a cadeira como uma das opções do condenado.

b) Injeção letal

A injeção letal ganhou importância devido à sua reputação de ser um método mais —humano e menos doloroso que os outros. Em outubro de 1977, o estado de Oklahoma foi o primeiro a introduzir tal método. O procedimento se dá pela introdução de cianeto na corrente sanguínea do condenado, provocando asfixia química. Logo em seguida, ocorre parada cardíaca e respiratória e o organismo deixa de absorver oxigênio, perdendo a consciência progressivamente. Neste método, a morte demora entre 3 a 5 minutos.

c) Fuzilamento

O fuzilamento sempre foi utilizado para as infrações de caráter militar. Disparos na cabeça ocasionam a destruição do sistema cerebral, ou no coração que causa a paralisação do sistema circulatório. Em ambos os casos a morte é imediata, pois é raro que os órgãos vitais não sejam atingidos. Caso não ocorra a morte imediata, com o intuito de evitar longo sofrimento em decorrência de hemorragias, dá-se o tiro de misericórdia.

d) Câmara de gás

Conforme ensinamentos de Paulo Daher Rodrigues (1996), neste método, é inalado o ácido cianídrico. O condenado é asfixiado, vindo à óbito por parada cardíaca e respiratória após períodos de intensa perturbação cerebral. Nos dois primeiros minutos ocorre um mal-estar, seguido de um desmaio, ocorrendo a morte em 4 minutos.

e) Enforcamento

É considerado o método de pena de morte mais antigo, generalizando-se na Idade Média. Sobre o método de execução do enforcamento, Paulo Daher Rodrigues (1996, p. 86), afirma:

A morte é causada por asfixia, sendo que, num primeiro momento, há uma compressão dos nervos do pescoço que impede a passagem dos impulsos nervosos. A partir daí a circulação sanguínea é interrompida com obstrução da traqueia, impedindo a passagem de ar.

A consciência do condenado desaparece em torno de um minuto e meio, finalizando-se tal execução entre 4 a 6 minutos.

HIPÓTESES DE PENA DE MORTE NO BRASIL

A pena de morte para crimes civis foi aplicada pela última vez no Brasil em 1876 e não é utilizada oficialmente desde a Proclamação da República, em 1889. Historicamente, o Brasil é o segundo país das Américas a abolir a pena de morte como forma de punição para crimes comuns, precedido pela Costa Rica, que aboliu a prática em 1859.

No presente capítulo será estudado em quais situações a pena de morte é permitida no Brasil.

GUERRA

No Brasil, a pena de morte é proibida em tempos de paz. Apesar desse fato, o nosso Código Penal Militar prevê diversos crimes que são punidos com a pena capital, mas somente em tempos de guerra declarada. A fim de esclarecer, no inciso XLVII, alínea —all, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, está expressamente descrito: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada”.

O artigo 84, inciso XIX, da Constituição Federal autoriza a pena de morte somente nas seguintes condições:

XIX - 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;

Note-se que, quanto à declaração de guerra, a competência para sua decretação é privativa do Presidente da República, sempre autorizado ou referendado pelo Congresso Nacional. De acordo com o que está expresso na CF/88, vejamos:

Art. 21. Compete à União: II - declarar a guerra e celebrar a paz;
Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

Sobre o tempo de guerra, este começa com a declaração ou reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização, se nele estiver compreendido aquele reconhecimento e, então terminaria quando ordenada a cessação das hostilidades (art. 15, do Código Penal Militar).

CÓDIGO PENAL MILITAR

De acordo com o ordenamento jurídico militar brasileiro, os crimes de competência da Justiça Militar se dividem em crimes militares praticados em tempos de paz e praticados em tempos de guerra. Desse modo, o presente artigo se restringe aos crimes militares praticados em tempo de guerra.

O CPM regula a pena de morte, declarando:

Art. 55. As penas principais são: a) morte; b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma.

No Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar -, a partir de seu artigo 355 até o artigo 408, estão previstos os crimes militares em tempo de guerra, objetivando com essas penas mais gravosas (à exemplo da pena capital) defender e proteger a soberania nacional em caso de guerra declarada. Embora esses crimes somente sejam aplicados em tempo de guerra, todos eles preveem penas de prisão, atribuindo a pena de morte, somente em casos extremos.

Os artigos subsequentes fazem menção à forma como a pena capital será executada. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, será por meio do fuzilamento (artigo 56 do Código Penal Militar), podendo ser fora da zona de guerra, situação que será afastado do combate e comunicado ao Presidente da República, ou ainda na zona de guerra, situação em que o militar poderá ser executado imediatamente, quando exigir o interesse e garantia da ordem e disciplina militar (art. 57, CPM).

Citam-se alguns exemplos de tipificações penais militares com previsão de pena de morte (grau máximo) pelo Código Penal Militar:

Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 358. Entrar o nacional em conluio, usar de violência ou ameaça, provocar tumulto ou desordem com o fim de obrigar o comandante a não empreender ou a cessar ação militar, a recuar ou render-se: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

O Código de Processo Penal Militar traz ainda em seus artigos 707 e 708 o rito da execução dos condenados à pena de morte. No que se refere ao art. 707, este prescreve que o militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo sob recusa, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. O mesmo artigo ainda garante que o civil seja fuzilado bem vestido e garante aos condenados o socorro espiritual. Por fim, o art. 708 determina a escrituração do ato.

Contudo, essas punições até hoje nunca foram postas em prática, pois o último conflito que o Brasil se envolveu foi a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

INAPLICABILIDADE EM TEMPOS DE PAZ

Como já estudado, a Constituição Federal Brasileira prevê a pena de morte em casos de guerra declarada. No presente capítulo será feita uma análise da inaplicabilidade da pena de morte em tempos de paz, tendo em vista a cláusula pétrea, os tratados internacionais e o limite para aplicação desta pena em nosso ordenamento jurídico.

CLÁUSULA PÉTREA

Como já estudado acima, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea a da Constituição Federal está expresso:

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:
XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX(BRASIL, 1988).

Entende-se que essa vedação constitucional visa à proteção de um dos bens jurídicos tutelados de maior importância, a vida. O constituinte, logo, instituiu no artigo supracitado o princípio da inviolabilidade do direito à vida, de maneira relativa.

Nesse sentido – sobre o direito à vida – é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 393):

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

Ainda, este é o entendimento de Pedro Lenza (2008, p. 595):

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna. Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não ser privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV.

Conforme mencionado acima, a pena de morte contraria o direito à vida, insculpido no artigo 5º da CF/88, além desse argumento, tem-se a norma contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”. Em outras palavras, os direitos e garantias individuais constituem as chamadas cláusulas pétreas (conforme o conceito do Senado Federal: “é o dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por meio de emenda, tendentes a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas”), portanto, resguardando de forma absoluta esses direitos.

Conforme entendimento de Jean Frederick Silva e Souza (2007):

(...) sendo os direitos e garantias fundamentais enquadrados, no texto constitucional, como cláusulas pétreas, atribui-se ao direito à vida uma espécie de —blindagem— contra possíveis tentativas de inserções de penas que atentem contra ele.

Portanto, para que haja uma nova norma constitucional que restrinja o direito à vida – como a pena capital – insurge que seja elaborada uma nova Constituição Federal.

TRATADOS INTERNACIONAIS

A Constituição Federal de 1988 atribuiu valor maior aos Direitos Fundamentais, estabelecendo aplicação imediata aos mesmos, em consonância ao âmbito internacional:

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: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Busca-se uma análise histórica e jurídica de âmbito internacional, sobre a proibição da pena de morte. Sob esse aspecto, merece destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica. Deu-se a partir do reconhecimento de que:

Os direitos essenciais do homem não deviam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Tal convenção é o instrumento fundamental do sistema interamericano de direitos humanos. Assinado em 1969, este documento entrou em vigor internacionalmente em julho de 1978. No Brasil, somente no ano de 1992, a convenção foi promulgada internamente pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro desse mesmo ano.

A Convenção deixa expresso em seu texto e sobressalta o direito à vida proibindo a aplicação da pena de morte.

Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Ainda, em seu artigo 5º, inciso II, ordena que ninguém seja submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, sendo que todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano. (LUISI, 2003).

Em 1990, houve o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da Pena de Morte. Nesse momento, o Brasil, ao assinar tal Protocolo, em 7 de junho de 1994, faz a ressalva de que, devidos aos imperativos constitucionais, reservasse o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos extremamente graves de caráter militar.

O Brasil também ratificou, no ano de 1996, o Tratado Internacional que proíbe a pena de morte, pelo menos em tempos de paz, na esfera da ONU: Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos.

Está expresso em seu artigo 6.1: “1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

Dito isto, é imperioso ressaltar que não é e nem será possível a aplicação desta pena como atual texto constitucional, ou sua alteração, objeto do próximo tópico.

LIMITE PARA APLICAÇÃO

O poder constituinte originário possui limitações. Neste tópico serão abordados como as normas de Direito Internacional podem limitar esses poderes, afetando a capacidade de desenvolvimento de algumas temáticas, tendo em vista valores como a dignidade da pessoa humana.

O direito é como um organismo dinâmico, devendo acompanhar a evolução, nunca regredindo, sempre conquistando mais direitos para a sociedade, devendo o instituto do Poder Constituinte ser atualizado para esta nova realidade.

Bruno Smolarek Dias (2013) reconhece o poder constituinte como devendo ser limitado, tendo em vista os ditames materiais da sociedade. Indaga ainda, sobre o jus cogens internacional como sendo um potencial limitador material ao poder constituinte originário. Neste sentido, afirma:

(...) jus cogens são potenciais objetos de limitação ao Poder Constituinte Originário, devendo ser, se assim considerados forem respeitados pelos países tendo em vista a organização da sociedade internacional, à qual todos os países estão vinculados.

Sendo assim, não é possível um Estado não pertencer à sociedade internacional, todos estão interligados com interesses de outros Estados, seja culturalmente, economicamente ou social.

Em suma, tendo em vista os direitos já conquistados, os tratados internacionais, as limitações do jus cogens, não seria possível o Poder Constituinte

Originário fazer a implantação de uma nova Constituição Federal que insira a pena de morte de maneira absoluta em nosso ordenamento jurídico.

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PENA DE MORTE

Com base em fatos da realidade, os cidadãos defensores da pena capital acreditam que a mesma deve permanecer no sistema jurídico, tendo em vista que existem indivíduos irrecuperáveis, os quais representam um alto risco para a sociedade, onde cometem delitos bárbaros e sequer apresentam sinais de arrependimento.

Segundo dados de uma enquete realizada no sistema penitenciário brasileiro, no ano de 2015, 78% dos criminosos que retornam à sociedade voltam a praticar atos delituosos. Neste sentido, de acordo com a visão dos mais extremistas, para inibir a reiteração da prática de delitos, a única solução seria a pena de morte, como forma de deter esses sujeitos nos atos criminosos.

Conforme o ensinamento contido no artigo Pena de morte no Brasil (2012), publicado na Revista Linhas Jurídicas:

A pena de morte não configuraria uma injustiça no caso de julgamentos errados por duas razões básicas: No caso de qualquer dúvida não sanada num julgamento, a corte não pode aplicar pena alguma, uma vez que sem prova não há crime. No caso de um raro erro por parte do Sistema Judiciário, imputa-se o princípio do direito: —Abusus non tollit usum (o abuso não tolhe o uso), ou seja, implica que se tudo que envolve risco de erro é ilegítimo, todo tipo de criação da sociedade seria passível de não ser criada, pois, usando-se o exemplo do automóvel, por exemplo, em que ocorrem diversos acidentes diariamente, sem deixar de ser uma utilidade para a sociedade.

Paulo Daher Rodrigues (1996) destaca em sua obra, Pena de morte, que —não há juízo infalível, ocorrem erros judiciários, contudo ocorrem erros médicos e nunca ninguém tentou proibir intervenções cirúrgicas e os procedimentos terapêuticos.

ALTERNATIVAS PARA A PENA

Libertar o controle de crimes pelo poder Estatal, exercidos através do órgão judiciário iria escurecer os alcances entre o lícito e o ilícito, levando à execução da justiça pelas próprias mãos, acabando com a paz social.

Conforme Claus Roxin, (2006, p. 21), uma solução seria não a redução do controle estatal, mas, seu fortalecimento através de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos.

Nesse sentido, o mesmo autor, no seu livro Estudos de Direito Penal, reforça (2006, p. 22):

Surge então a pergunta se, através de uma vigilância tão perfeita quanto possível, se pode e deve levar a criminalidade ao desaparecimento. O direito penal seria, assim, somente uma última rede de interceptação daqueles atos que não se conseguissem evitar desta maneira. Estes poderiam ser tratados de modo suave, conseguindo-se quase que uma abolição das sanções repressivas.

Com esse modelo de vigilância, a resposta é negativa, não só pela contrariedade do Estado de Direito, mas porque regimes autoritários costumam punir com ainda maior severidade os fatos que não conseguem prevenir. Entretanto, esse mesmo modelo merece algumas considerações, tendo em vista que a tecnologia moderna elevou as possibilidades do controle estatal, abrangendo as escutas telefônicas, gravações secretas, vigilância através de câmeras, métodos de rastreamento, entre outros.

Nesse sentido, afirma Claus Roxin no seu livro *Estudos de Direito Penal* (2006, p. 23):

(...) Desta forma não só se impediriam vários delitos, como também, no caso de serem eles cometidos, se conseguiria com grande probabilidade apreender seu autor; além do mais, poderia surgir, ao lado destes efeitos impeditivos, um efeito intimidativo que tornaria, em grande parte, supérflua a necessidade de uma pena.

Claus Roxin, (2006, p. 25), conclui que uma vigilância mais intensiva, que leve a criminalidade ao desaparecimento, não poderá tornar o direito penal desnecessário. Ela só é possível em setores restritos e mesmo no caso de sua possibilidade, seria apenas parcialmente permitida, em razão do direito fundamental à privacidade e intimidade.

Entretanto, nos limites do possível e do permitido, ela é um meio eficiente de combate à criminalidade que deverá, assim, integrar o direito penal do futuro.

Por fim, outra opção seria, no futuro, substituir a pena por medidas de segurança. Esta concepção baseia-se na ideia de que o criminoso seja um doente psíquico ou social, que deveria, ao invés de ser punido, ser tratado e/ou medicado. Claus Roxin (2006, p. 26), afirma que eles necessitariam de uma terapia eficaz, da qual, na maior parte dos casos, ainda não dispomos.

Conclui-se que uma substituição do direito penal por uma medida de segurança, qual seja – o tratamento terapêutico – não é possível, uma vez que precisaria do consentimento do criminoso para se somar algum resultado, e em vários casos, sequer é desejado.

Segundo um estudo publicado pelo *Jornal de Lei Criminal e Criminologia*, da Universidade de Northwestern, a aplicação da pena de morte não reduz os níveis de violência nas ruas.

Em países onde a pena capital é aplicada, dados comprovam que tais índices de criminalidade não diminuem, como é possível analisar a partir da pesquisa feita pelo site BBC Brasil (2015): Nos Estados Unidos – um dos cinco países que mais realizam execuções, segundo a Anistia Internacional –, a ampla maioria dos criminologistas 88,2% avaliam que não é válida. "As pessoas que cometem os crimes mais violentos, que em geral são crimes de paixão ou acertos entre gangues, claramente não se preocupam com a pena de morte ao cometê-los".

Ademais, informa à BBC Brasil, o diretor do Centro de Mídia, Crime e Justiça da Universidade da Cidade de Nova York, Joe Domanick, que, para ele, as execuções deveriam ser substituídas pela pena de prisão perpétua sem a possibilidade de soltura, medida menos drástica e igualmente capaz de tirar os criminosos mais perigosos das ruas. Ainda, explica que existe uma corrente de pesquisadores, formada principalmente por economistas que adotam o posicionamento de que a aplicação da pena de morte se traduz, sim, em menor criminalidade. Em suas pesquisas concluem que as execuções de criminosos previnem de 11 a 18 homicídios anualmente.

Dessa forma, a pena que envolve a retirada da vida de um indivíduo não pode ser adotada pelo Estado, visto que, conforme as pesquisas, esse tipo de pena não é solução para a diminuição da crescente criminalidade, tendo em vista que o Estado tem a obrigação de resguardar os princípios fundamentais do homem, como o caso do direito à vida, e punindo os sujeitos com tal sanção o Estado vai contra os seus princípios basilares.

CONCLUSÃO

A pena de morte é um forte indício de uma cultura violenta, não uma solução para a mesma. Diante do exposto, torna-se necessário um debate cada vez mais aberto para toda a sociedade sobre a possibilidade da aplicação da sanção da morte, no entanto, é imperioso que se tenha algum conhecimento sobre o assunto, visto que muitos desconhecem sua existência e não levam em conta se sua aplicabilidade seria realmente vantajosa para o Brasil.

Por isso, tal tema causa tanta discussão e polêmica. No entanto, diante do que já foi estudado no referido artigo, tendo em vista os direitos já conquistados, como o direito fundamental (são cláusulas pétreas) no qual certamente está inserido o direito à vida, devido aos tratados internacionais, as limitações do jus cogens. Dessa maneira, não

seria possível nem mesmo ao Poder Constituinte Originário fazer a implantação de uma nova Constituição Federal que insira a pena de morte de maneira absoluta em nosso ordenamento jurídico.

Durante todo o período de pena vivenciado pelo mundo, todos os métodos de execução, a sua finalidade e tipos, evidenciaram o nível de evolução da sociedade. Gradativamente, as penas estão possuindo uma tendência mais humanitária, priorizando sempre a ressocialização do preso. Em vista disso, alguns países investem cada vez mais em sistemas prisionais para possibilitar tal realidade, no entanto, o que é vivenciado pelo Brasil são condições de prisões superlotadas e em péssimas condições, o que não possibilita a ressocialização do condenado, mas sim, estimula-o mais ao cometimento de crime, submetendo-os, na prática, a penas degradantes, desumanas e cruéis, e que em nada correspondem ao que é preceituado pela Constituição Federal.

Diante das estatísticas dos países que adotam a pena de morte, verifica-se que esta não é a solução para a crescente criminalidade no mundo. Isso se dá, pois, uma vez que o criminoso nato, quando entra na vida do crime, sabe, previamente, que o seu destino é a morte, sendo assim, ele não vai intimidar-se com a possibilidade de ser preso e depois condenado à pena capital, já que, para ele, tanto faz saber se vai morrer cometendo um crime, numa perseguição policial ou, ainda, por condenação judicial.

Por fim, chega-se à conclusão de que a institucionalização da pena de morte não afastaria a incidência de crimes, mas, pelo contrário, violaria o mais importante dos direitos do homem: o direito à vida.

UNCONSTITUTIONALITY OF THE DEATH PENALTY FOR THE RIGHT TO LIFE AND INTERNATIONAL TREATIES

Abstract: In the course of this work it was tried to show how the death penalty is an unfair and cruel sanction. However, whenever there is a very serious case of crime that results in strong social impact, the adoption of the death penalty as an absolute approach in the legal system regains momentum. The present article intends to expose that the institutionalization of the death penalty would not remove the incidence of crimes, but would violate the most important of the human rights: the right to life, recognizing that the adoption of this type of sentence in the legal order is based only on the attempt to conceal the real problem of crime increasing, considering that there are alternative penalties. This study also aims to clarify that it would be impossible to implement a new Federal Constitution that inserts absolutely the death penalty in the Brazilian legal system due to the limit of international jus cogens and international treaties.

Keywords: Death penalty, Right to life inviolability, International Treaties, Jus cogens limit, Unconstitutionality.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, C. (2012). *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Editora Hunter Books.

BBC Brasil, em Washington (2015). *Para analistas, execuções não reduzem criminalidade*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150115_penademorte_pai_jf>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

BRASIL. (1969). *Código Penal Militar Brasileiro*. Promulgado em 21 de Outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em 22 Jun. 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de Outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 Jul. 2017.

CLÁUSULA PÉTREA. *Glossário Legislativo*. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>>. Acesso em 07 Ago. 2017.

DIAS, B. S. (2013). *Limite Material ao Poder Constituinte Originário fruto do Direito Internacional*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/266970515_Limite_Material_ao_Poder_Constituinte_Originario_fruto_do_Direito_Internacional_International_Law_as_material_limit_to_Constitutional_Power>. Acesso em: 15 Ago. 2017.

FOUCAULT, M. (1987). *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 288p.

GRECO, R. (2005). *Curso de Direito Penal*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus.

LENZA, P. (2008). *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva.

LUIZI, L. (2013). *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. (2009). *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva.

ONU. (1992). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 27 Jul. 2017.

RIBEIRO, D. M. et al (2011). *A Pena de morte no mundo contemporâneo: uma reflexão do direito à vida na cultura dos povos e nos principais sistemas jurídicos*. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/articulo/download/918/528>>. Acesso em 22 Agosto 2017.

RODRIGUES, P. D. (1996). *Pena de morte*. Belo Horizonte: Del Rey.

ROXIN, C. (2006). *Estudos de direito penal*; tradução de Luís Greco — Rio de Janeiro: Renovar.

SOUZA, Jean Frederick Silva e. (2007). *Pena de morte: solução da violência ou violação do direito à vida?* Disponível em <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/83>. Acesso em: 30 jul. 2017.