ARTIGOS

Pena de Morte

Álvaro Mayrink da Costa

Doutorado (UEG). Professor Emérito da EMERJ. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. A história da pena de morte é difícil de ser escrita, diante das questões sociais, morais, filosóficas e religiosas que envolvem sua discussão. Mittermaier, em sua obra *Die Todesstraffe*, defende a abolição da pena de morte, citando três princípios basilares na antiguidade: **a)** princípio de talião; **b)** necessidade de intimidação para prevenir delitos; **c)** ideia de cólera divina e necessidade de acalmá-la com a punição. A palavra *supplicium* era utiliza- da para designar a execução da pena de morte. A morte do culpado devia apaziguar o deus (Numen), protetor do ofendido. Ao nascer umbilicalmente ligada ao mesmo, podem-se destacar os grandes períodos de sua evolução: até os fins do século

XVIII e daí até os nossos dias. A execução é marcada na Idade Média e no Renascentismo por determinados atos públicos que res- pondem ao pensamento do homem medieval, de que o mal haveria de sair à luz e, em consequência, a justiça seria cruelmente ostentosa. O verdugo, desde a Idade Média, aparece na execução da pena de morte como executor da justiça, sendo um personagem temido, odiado, depreciado e ao mesmo tempo respeitado. Faz recordar o Fausto de Goethe: *"Wer hat dir, Henker, diese Macht über mich gegeben?"* (Quem te deu, verdugo, este poder sobre mim?). Tem-se a presença de um Direito Penal cruel, vingativo e intimidante.

2. Historicamente, cinco razões são alinhadas em favor da pena de morte: **a)** a rapidez da decisão final diante dos longos anos de espera do trânsito em julgado dos processos comuns; **b)** a irrevogabilidade da decisão; **c)** a eficácia para a prevenção de atos que abalam a opinião pública e criticam a serenidade da justiça; **d)** o real efeito intimidativo; **e)** o barateamento do custo da execução do processo penal. O repúdio à crueldade ostentosa surge de forma organizada no século XVIII, no campo das ideias, com o Iluminismo, e, no dos fatos, com a Revolução Francesa de 1789. Montesquieu, Rosseau e Voltaire, preconizavam a propositura de uma abolição parcial, objetivando o combate à tortura. Pode-se dizer que a guilhotina constitui um avanço em determinado

momento evolutivo da execução da sanção penal, quando se configura a pena de morte como "*uma simples privação da vida*", fazendo o Código Penal francês de 1791 suprimir os martírios, sofrimentos e as torturas prévias infligidas ao condenado, e, desde o fim do século XVI, observa-se o nascimento da pena privativa de liberdade. A corrente humanitária nos finais do século XVIII, por meio dos reformadores, como Beccaria (1764) e Howard (1777), é responsável pelo duro golpe contra a pena de morte e a situação material das prisões européias. O arco da pena de morte, que já se encontrava tenso, veio romper-se após 18 séculos, mas a curva da criminalidade jamais diminuiu, o que demonstrou a sua inutilidade e ausência de força intimidante, e, daí a sua desnecessidade. Para os países que ainda a adotam como método executivo, encontram as seguintes formas de execução: **a)** fuzilamento; **b)** forca; **c)** gás mortífero; **d)** eletrocutação; **e)** injeção letal.

3. No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 adotara a pena de morte para os escravos, nas hipóteses de *homicídio* praticado em certas circunstâncias, ou quando se verificasse o *latrocínio*. Em resumo, havia três hipóteses de cabimento: **a)** *insurreição* (art. 133); **b)** *homicídio premeditado* (art. 192); **c)** *latrocínio* (art. 231). A pena de morte era executada com solenidade na força e, para tanto, o condenado era conduzido pelas ruas mais movimentadas acompanhado pelo

juiz da execução e o escrivão, garantidos pela força militar, quando requisitada. O porteiro dos auditórios lia a sentença em voz alta antes da execução e, após, o corpo do condenado era entregue à família e aos amigos, se requisitado, porém advertidos que não poderia ser enterrado com pompa, sob pena de prisão, de um mês a um ano de cárcere. A mulher grávida não era executada, nem mesmo julgada, senão 40 dias após o parto. A questão crítica à época se resumia se a pena de morte era *justa* ou *necessária*.

4. Em breve bosquejo constitucional, as *Ordenações Filipinas* estabeleciam em grande abundância *penas corporais* (não se deve confundir com as penas privativas de liberdade). O Código Criminal de 1830 previa a pena de morte, galés, banimento, degredo, desterro e açoites para os escravos, quando a Constituição do Império de 25 de março de 1824 já a havia expressamente abolido ("*desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis*"). A Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, em seu art. 72, § 20, declarava que: "*Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial"; e no § 21: "Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.*" Na Carta outorgada de 10 de novembro de 1937 prescrevia a possibilidade da pena de morte nos seguintes casos: **a)** tentar submeter o território da nação ou

parte dele à soberania estrangeira; **b)** tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; **c)** tentar por meio armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra; **d)** tentar com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização internacional, a mudança da ordem política e social estabelecida pela Constituição; **e)** tentar subverter por meio violento a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; **f)** homicídio cometido por motivo fútil e com extrema perversidade. A Constituição de 1946 novamente declarava, em seu § 31, que: "*Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco, nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.*" O texto é repetido na Constituição de 24 de janeiro de 1967 e na Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969. Pelo Ato Institucional nº 5, em 1968, a pena de morte foi *introduzida* para os *delitos políticos* em razão da alteração do art. 150, § 1º, da Carta Federativa de 1967, pelo Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, e pelo Decreto-Lei nº 898, de 21 de setembro do mesmo ano. A *revogação da pena de morte* ocorreu na Emenda nº 11, de 18 de outubro de 1978, no âmbito dos delitos políticos,

mantendo a tradição pátria, para a sua aplicação pela legislação militar, em caso de guerra externa. A Carta Republicana de 1988, ao tratar dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitou que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.

5. Os partidários e adversários da *pena de morte* se encontram entre os corifeus de todas as correntes filosóficas, políticas e científicas, de sorte que é lícito inferir estar a solução do problema sob a influência do sentimento individual. Manzini, defensor de sua aplicação, sustenta que "*Decidir se tal pena é, ou não, necessária, no Estado e em determinado momento, é questão exclusivamente política, não jurídica e muito menos filosófica.*" No apogeu da escola técnico-jurídica (1935), escrevia: "*A questão da pena de morte, apesar de ter dado lugar a intermináveis e tediosíssimas diatribes por parte de filósofos e pseudojuristas, não é uma questão filosófica, nem jurídica.*" A questão é *meramente* política, porque somente pode ser decidida segundo critérios políticos. E, conclui: "[...] trata-se somente de decidir se a dita pena, dada a sua extrema gravidade, deve ser considerada necessária, e até que ponto, em um Estado e em determinado momento histórico". Os sequazes da pena capital repetem, diante de novas roupagens, o pensamento de S. Tomás de Aquino, na Súmula Teológica, que sustenta a sua necessidade: *Occidere*

malefactorem licitum est in quantum ordinatur ad saluten totius communitatis. Cita-se o Código da Baviera, que adotara para a execução da pena de morte a *decaptação* ou a *degolação*. Impunha uma execução solene que dizia reclamar a gravidade do ilícito cometido. Von Liszt, definido por Radbruch como "*racional eclético com ânimo espiritual humanista e liberal*" admitia a pena de morte para os habituais multirreincidentes. Seus seguidores, Kohlrausch e Ebehard Schmidt, que inadmitiam-na, mudaram de posição, aderindo a Exner, Mezger e Frank, como colaboracionistas do nacional-socialismo (1933-1945). O Presidente da Corte Suprema do Reich, Roland Freisdler, no atentado contra Hitler, emitiu 2.097 condenações à morte.

6. A melhor síntese dos argumentos em prol da pena de morte está na *Relazione sul Codice Penale* (Código Rocco). Alega-se que: **a)** pena alguma tem a eficácia da pena de morte, nenhuma intimida mais, seja no momento da ameaça, seja no da execução; nenhuma aplaca melhor o sentimento ofendido dos parentes e amigos da vítima e satisfaz mais completamente a opinião pública indignada; **b)** dizer que a pena de morte torna impossível a emenda do réu parte do falso pressuposto de que a função de reeducação e de emenda seja essencial à pena; **c)** a irreparabilidade não é argumento decisivo contra a pena de

morte; o erro é inseparável da natureza humana e, se o temor de incidir em erro devesse obstar a ação, toda a vida individual e social ficaria paralisada; assim, a irreparabilidade da pena só pode conduzir a uma consequência: subordinar a execução a cautelas especiais; **d)** quanto à pretensa crueldade da pena de morte, há que considerar que, quando a de- fesa do Estado o exige, não existe meio ou providência que se possa relegar porque pareça cruel do ponto de vista individual.

7. Para tais argumentos, responde-se: **a)** a decantada *intimidação da pena de morte* não está aprovada desde a moderna doutrina. Maggiore sustenta que a pena máxima aterroriza as pessoas honestas, mas deixa impassíveis os infratores empedernidos; e acrescenta que estatística alguma demonstrou, de maneira segura, que a prática e o uso intensivo da pena capital tenham feito diminuir a criminalidade. Sem dúvida, como doutrina Mezger, a pena deve ter sobre a coletividade um efeito pedagógico-social (prevenção geral), a par da *prevenção especial* (proteger a sociedade do condenado e corrigi-lo). Mas só a pena *justa* (necessária, oportuna e proporcional) pode reali- zar, com eficácia, a função preventiva que lhe cabe. À luz desses princípios, *a pena de morte é excessiva, inadequada e infamante*. Há casos em que o *desejo do criminoso* é o de ser executado. São inúmeros os exemplos dados pela

crônica policial e judiciária mundial de indivíduos que, depois do cometimento de um homicídio com requintes de perversidade, se apresentam como se tivessem sido seu verdadeiro autor. O melhor exemplo é o do caso Peter Kürten, o vampiro de Düsseldorf: à época mais de duzentas pessoas se apresentaram à polícia declarando-se autores dos homicídios sádicos por ele praticados. Inaceitável a alegação de que a pena capital é a que melhor aplaca o sentimento ofendido dos parentes e amigos da vítima. Faz lembrar o *talião*, como se a Justiça fosse *longa manus* da *vendetta*. Intolerável também a afirmação de que é a pena que mais completamente satisfaz a opinião pública indignada. A pena, por sua natureza e quantidade, não deve visar a atender ao *estado emocional da coletividade*, decorrente de pressões, influências e fatores de toda a ordem. Inexiste qualquer argumento plausível a favor da adoção da *pena de morte*. A *razão histórica* não pode pretender impor-se nos tempos contemporâneos com caráter de argumento decisivo. Aduza-se que não mais é admissível uma postura como a dos seguidores de Carpzovio, um dos mais ilustres criminalistas germânicos de seu tempo, que se vangloriava de ter ditado como magistrado, entre os anos de 1620 e 1666, aproximadamente 20 mil condenações à morte. Como diz Del Vechio, a história das penas é, em muitas de suas páginas, desonrosa para a humanidade.

8. Destarte, ao refutar o argumento histórico, afirmava que a pena de morte se traduzia em místicas reminiscências de sacrifícios sangrentos a airadas divindades, manifestações de aprazimento de desejos sádicos dos instintos ancestrais de violência. Exemplo candente nos séculos XV e XVI eram as decisões judiciais no sentido de que se ativassem as dores pela morte, por exposição em roda, a fim de que pudessem os condenados executados ao cair da roda terem uma *morte doce*; **b)** a função de *reeducar o criminoso* e de conseguir a sua *emenda* não é essencial à pena. Mas é uma das funções simbólicas da pena. No entanto, *le pene devono tendere alla reducazione dei condannati*, qual está determinado na Constituição da Itália, e a nossa Lei de Execução Penal estabelece como objeto de aplicação da execução proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do apenado. A pena de morte, eliminando a possibilidade da tentativa de emenda do condenado (*nemo desperandus est*), é *incompleta*. Cumpre não esquecer que na formação do povo brasileiro, de início, registram-se criminosos e degredados, o que também ocorreu nos Estados Unidos e, especialmente, na Austrália; **c)** a *irreparabilidade* continua sendo o argumento decisivo contra a pena de morte. Em primeiro lugar, o homem mais perverso e abjeto pode ressuscitar da morte moral, redimindo-se pela conversão e pelo arrependimento. Já dizia São Paulo: *no homem velho*

existe sempre, potencialmente, um homem novo. A morte suprime a possibilidade de uma regeneração. *Como conciliar a irreparabilidade da morte com a possibilidade real e efetiva de erro judiciário?* Dizer que a possibilidade de erro tem o mesmo valor na *pena de morte* e nas demais penas é puro sofisma. A *pena de morte* e as demais são ontologicamente diferentes. As outras penas não eliminam a possibilidade de uma reparação, embora parcial ou incompleta. O juiz do Tribunal Distrital de Shizuoka suspendeu em março de 2014, a sentença de morte do cidadão japonês Iwao Hakamada, de 78 anos, após *48 anos preso*, sendo os dois últimos no "corredor da morte" para que solto aguarde a realização de novo julgamento, diante de novas provas de DNA colhidas em seu recurso. A decisão foi resultado de um recurso interposto em 2008. Subordinar a execução a cautelas especiais de modo algum afasta a possibilidade do *erro irreparável* (cita-se o exemplo histórico do caso Mota Coqueiro). Carlos Maximiliano relata que Dom Pedro II, no começo de seu reinado, deixava executar os grandes criminosos; depois, só não salvava da morte o escravo que tivesse assassinado o senhor; mas, de 1856 a 1889, ninguém mais foi enforcado; **d)** Não há como negar a *crueldade da pena de morte*. Com ela, o Estado produz o crime e desce ao nível do criminoso. Em suma, não é justa no sentido humano, não é *necessária*, não é *adequada*, não é sequer *conveniente*.

9. Frisa-se que esse castigo sanguinário, *vestígio da justiça penal primitiva, não* poderia ter guarida em um sistema de política criminal humanista, pois: **a)** *é incompatível, evidentemente, com um sistema de tentativa de reinsersão social*; **b)** *encoraja o instinto de vingança como forma de expiação e alimenta um clima de violência e de ódio em si mesmo criminógeno;* **c)** *é irreparável e contrário à noção de justiça humana relativa;* **d)** *constitui uma violência inútil, tendo em vista que sua pretensa necessidade só se baseia em postulados não comprovados;* e) *é não somente a expressão de uma justiça que se pretende absoluta, mas de uma organização político-social que reconhece ao Estado, mais ou menos divinizado, um direito de vida e morte sobre seus súditos, não obstante o que se possa alegar.* A pena de morte é, portanto, incompatível com uma doutrina penal humanista.

10. A grande maioria dos países apoiou resolução da Assembleia Geral da ONU para restabelecer uma moratória das execuções, apontando para a abolição total da pena de morte. Em 18/12/2014, em um total de 117 dos 193 Estados membros votaram a favor da resolução, três a mais do que havia obtido em novembro, na Terceira Comissão da entidade, a de Direitos Humanos. Os países contrários à

medida somaram 38, além de 34 abstenções. No ano de 2019, os EUA fazem a primeira execução por crime federal, após 17 anos (desde 2003), depois de a Suprema Corte decidir por cinco votos a favor e quatro contra, reverter a liminar da juíza federal Tanya Chutkan, de Washington, que entendera inconstitucional o procedimento de através de injeções letais, poderiam causar "*dor extrema e sofrimento desnecessário, configurando punição cruel e incomum*", vedadas pela legislação americana. A Corte Suprema cassou a liminar sob o fundamento da inexistência de evidências para justificar a suspensão. Assim, o ativista Daniel Lewis Lee foi executado em Terre Haute, Indiana, mesmo o promotor ter pedido a conversão em pena perpétua. A Anistia Internacional se opõe à pena de morte em todos os casos, sem exceção, independentemente do caráter ou circunstâncias do delito e do método utilizado pelo Estado para realizar a execução. Contemporaneamente, ainda há uma longa estrada a ser percorrida para a conscientização dos povos civilizados, no sentido da desnecessidade da aplicação da pena de morte, diante do arco de soluções alternativas, para alcançar-se a sua total abolição.