

DO DIREITO DE MATAR: A APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL A PARTIR DA AXIOLOGIA DO DIREITO¹

Leonardo da Silva Cancillier²

RESUMO: O presente trabalho visa, resgatando a história da pena de morte no Brasil e no mundo, demonstrar os dilemas que sua aplicação encontra em um Estado Democrático de Direito, através da análise das principais justificativas para sua instituição ou supressão. A presença da pena de capital – pelo menos em algum momento da história – nas mais diversas sociedades, possibilita a compreensão quanto da sua invalidade e ineficácia como forma de prevenção do cometimento de crimes comuns. Em contrapartida pretende-se, também, demonstrar a exceção que torna válida a pena de morte, em caso de guerra declarada, conforme autorização Constitucional e previsão no Código Penal Militar brasileiro. Por fim, objetiva-se examinar a condição dos extraditados condenados à morte residentes no país e a função do Brasil em assegurar a dignidade da pessoa humana. Tem-se como principal fonte de estudo, quanto da análise formal da pena de morte, a Constituição Federal e as Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Pena de morte. Direito de matar. Ineficácia da pena de morte. Poder Intimidatório. Justiça Retributiva. Irreparabilidade do erro judicial. Guerra declarada. Constituição Federal. Direito Penal Militar. Extraditado condenado à morte.

1 INTRODUÇÃO

Diante do aumento desenfreado do número de crimes, cada vez mais brutais e ameaçadores, o que ocorre em face do fracasso histórico dos governos Federais, Estaduais e Municipais frente ao crime organizado, com o conseqüente desmantelamento das organizações policiais por falta de recursos e valorização dos profissionais, se estabeleceu, na segurança pública, um estado de calamidade no país. Sensação de insegurança que vem corroborada com as inúmeras pesquisas realizadas sobre o assunto, é o que revela o Índice de Progresso Social de 2015 (*The Social Progress Imperative*), em que o Brasil ocupa o 122º lugar no quesito

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito à obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo Profº Dr. Wambert Gomes di Lorezo (orientador), Profª Me. Luiza Matte e Profº Me. Cláudio Prezza na data de 29 de junho de 2016

² Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: leonardo.cancillier@acad.pucrs.br

segurança pessoal no mundo³, o que fez com que cria-se na população brasileira um sentimento cada vez mais forte do desejo de extensão da aplicação da pena de morte para crimes comuns, como meio de solucionar rapidamente os problemas de segurança pública e assim aliviar o precário sistema carcerário brasileiro, hoje superlotado e incapaz de reeducar o menor criminoso.

Não obstante, sabe-se que há restrição constitucional, inclusive sendo cláusula pétrea, para a aplicação da pena de morte somente nos casos de guerra declarada (art. 5, XLVII, “a” da Constituição Federal). Conquanto, diante da atual crise política nacional, que clama por uma reforma estrutural que viria, provavelmente, por vias da instituição de uma nova constituinte, é plenamente possível a extensão da previsão constitucional de aplicação da pena de morte para os mais variados crimes, como forma desesperada de resolver os problemas de segurança pública no país. Apesar de o Brasil estar comprometido com os tratados internacionais para abolição da pena capital, estes não possuem força suficiente para barrar a vontade popular que está fortemente apoiada pelas bancadas mais conservadoras presentes na política nacional brasileira. Assim, é necessário estudar as principais justificativas para a instituição da pena de morte, como o poder intimidatório, a justiça retributiva, os efeitos do erro judicial, bem como seus aspectos econômicos, tanto para crimes comuns, quanto a exceção constitucional prevista para o caso de guerra declarada, depreendendo-se, assim, sua validade ou invalidade ética e filosófica no mundo hodierno.

Outra importante situação que será estudada é o caso dos condenados à pena capital que se refugiam no país. O Brasil, defensor do direito à vida, se vê no dilema de extraditar o condenado por crime comum e respeitar a soberania dos estados, porém, em contrapartida ser conivente com a aplicação indiscriminada da pena de morte, ou defender a vida como preceitua, somente concedendo a extradição ao Estado requerente, quando esse se comprometa em comutar a pena em privativa de liberdade, nos casos que não se refiram à situação excepcional de imposição da pena de morte (crimes cometidos em estado de guerra declarada), respeitando-se a vida e a dignidade do extraditado.

2 DA PENA DE MORTE

2.1 DA HISTÓRIA DA PENA DE MORTE

A pena de morte faz parte da vida social do homem desde o início de sua história, variando-se ao longo do tempo os crimes a ela culminados e o modo de sua execução. Por

³ SOCIAL PROGRESS CAPACITY INDEX. **Segundo a Organização Social Progress Imperative, o Brasil ocupa a 122º em índice de segurança pessoal.** 2016. Disponível em: <http://www.socialprogressimperative.org/pt/data/spci/countries/BRA#data_table/components/BRA/>. Acesso em: 22 abr. 2016.

envolver a morte, um dos maiores mistérios do homem, a pena capital sempre esteve enredada em muita discussão ética e filosófica quanto a sua legitimidade e eficácia na prevenção dos crimes. Já na Idade Antiga, Pérsia, Assíria e Egito, deixavam a cargo de juízes escolhidos pelo povo, dentre pessoas que pertenciam à classe sacerdotal, decidir quanto à aplicação da pena de morte.⁴ O Código de Hamurabi (aproximadamente 1.722 a.C.) com a instituição do *Jus Talioni* e a ideia de “olho por olho, dente por dente” fez com que a pena de morte fosse largamente aplicada com o intuito de correção da implantação da justiça e eliminação da opressão dos mais fortes sobre os mais fracos, dentro das suas classes.⁵

Contudo, com a humanização do Direito Penal, instaurada a partir do século das luzes⁶, a pena de morte foi perdendo sua força e sendo substituída gradativamente por penas chamadas humanitárias, o que fez com que desaparecessem os suplícios físicos e o espetáculo da execução em praça pública.

No Brasil, a pena de morte esteve presente na legislação desde o período colonial até a os dias de hoje. A atual Constituição Federal – CF, promulgada em 1988, admitiu em seu art. 5º, inciso XLVII⁷, a pena de morte para casos de guerra declarada⁸, estando prevista no Código Penal Militar⁹ em 35 dispositivos penais diferentes. Entretanto, a Constituição tomou o cuidado de proibir, expressamente, que seja objeto de deliberação proposta de emenda à constituição que vise ampliar a incidência da pena de morte além dos limites constitucionais já previstos, conforme art. 60, §4º, inciso IV, da CF¹⁰, o que demonstra total comprometimento com os direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional e notório caráter excepcional da pena de morte.

2.2 Dos Dilemas Oriundos Da Instituição Da Pena De Morte Em Um País Democrático De Direito

2.2.1 Das Execuções

Instituída a pena de morte, devem ser previamente estipuladas as formas, o local das execuções e o rito processual até se chegar à sentença final. Entre os países do mundo que ainda aplicam a pena capital, as formas de execução variam muito conforme a formação

⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Pena capital e o direito à vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 31.

⁵ DIREITOS HUMANOS NET (DHNET). **Código de Hamurabi**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁶ MARQUES. **Pena capital e o direito à vida**. op. cit., p. 34.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

cultural e religiosa do seu povo. Nos Estados Unidos, por exemplo, tem-se a execução por eletrocução, injeção letal e câmara de gás; na Arábia Saudita, decapitação e fuzilamento; no Afeganistão, Bangladesh, Índia, Irã, Iraque, Japão, Kuwait, Malásia, Nigéria, Autoridade Palestina – Hamas e Sudão do Sul, execução por enforcamento; na China, Indonésia, Coreia do Norte, Somália, Taiwan e Iêmen, o fuzilamento¹¹. Isso não implica dizer que uma forma de execução é mais ou menos degradante que outra, mas sim que cada Estado irá definir essas questões conforme sua formação cultural. No Brasil, a execução da pena de morte em caso de guerra, deverá ser por fuzilamento, conforme prevê o Código Penal Militar.¹²

O CPPM – Código de Processo Penal Militar, em seu Capítulo III, nas Disposições Especiais Relativas à Justiça Militar em Tempo de Guerra¹³, fixa os procedimentos para o dia da execução, estabelecendo que, quando se tratar de militar a ser executado, deverá sair da prisão com uniforme e sem insígnias, terá os olhos vendados, podendo recusar-se no momento que for receber os disparos. Da mesma forma o civil, que deverá sair da prisão decentemente vestido, sendo permitido o socorro espiritual do condenado. O CPPM¹⁴ e o Código Penal Militar¹⁵ preveem, ainda, que a pena de morte só será executada passados 7 dias da comunicação ao presidente da República, a não ser que a pena seja imposta em zona de operação de guerra, onde poderá ser executada imediatamente se for do interesse da ordem e da disciplina, sendo que após realizada a execução lavrar-se-á ata circunstanciada que deverá ser assinada pelo executor e duas testemunhas, em sequência deverá ser encaminhada ao comandante-chefe para ser publicada em boletim.

Quanto ao local das execuções, segundo informa a Anistia Internacional, tem diminuído consideravelmente o número de execuções públicas, o que demonstra uma preocupação dos governos em evitar o sentimento de compaixão ou revolta do povo espectador com o executado, e também como forma de preservar a dignidade deste, mas, principalmente, demonstrar alguma forma de respeito às declarações humanitárias por possuírem essencial caráter abolicionista da pena de morte, o que ocorre diante da tendência universal pelo desaparecimento dos suplícios e da execução como forma de espetáculo, de acordo com Michel Foucault, a punição se tornou a parte mais velada do processo penal, encontrando a eficácia na

¹¹ Dados obtidos pela BBC Brasil. 13 dados revelam o panorama da pena de morte no mundo. **BBC Brasil**, 16 jan. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150116_penademorte_ss>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹² Art. 56. BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

¹³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁴ Art. 707, § 3º. Ibid.

¹⁵ Art. 57. BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

fatalidade e não mais em sua intensidade, suprimindo assim a melancólica festa de punição.¹⁶ Ou seja, a principal fonte repressiva da justiça não está mais em matar ou ferir severamente alguns para que sirvam de exemplo ao todo, mas sim em punir todos que cometam desde a menor infração até a maior delas, não de forma a retribuir o mal com o mal e punir por punir, mas sim reeducar, afinal será a certeza de ser punido que desviará o homem de cometer o crime e não os suplícios¹⁷, retirando, desse modo, da justiça a imagem de meros castigadores.

Não é só o espetáculo dos suplícios que se elimina, mas o domínio sobre o corpo do apenado como o alvo principal da repressão penal, colocando a punição no campo da consciência abstrata. Relativamente à pena de morte, procura-se executá-la sem dor física, muitas vezes utilizando-se da psicofarmacologia para matar da forma menos dolorosa possível e fazer cumprir assim, a sentença de morte sem que isso implique violar o corpo do condenado como um criminoso o faria. Nas palavras de Foucault: “[...] uma execução que atinja mais a vida do que o corpo”¹⁸, execução essa que deve durar apenas um instante e ser igual a todos os condenados.

Em sendo pública, a execução, ela desperta uma grande emoção nos espectadores, uma espécie de euforia, que é ainda maior em países que ficaram um longo período sem nenhuma condenação à morte, pois tal circunstância – execução premeditada e chancelada pelo Estado – não faz parte da rotina de seu povo. Nesse sentido, Antonio Carlos Pinheiro esclarece que a aplicação pública da pena de morte pode tornar-se um incentivo à violência, pois o homem que naturalmente é violento não fica intimidado com a perspectiva de morte, ao contrário tal perspectiva e teatro público da execução geram diferentes reações ao homem normal.¹⁹ Ademais, Mittermaier explica que quando uma execução pública demora demais, há uma espécie de irritação das testemunhas contra o Estado, já que não lhe reconhecem o direito de martirizar tão cruelmente aquele celerado, o sentimento de piedade para com o criminoso prevalece diante do crime que cometido, o respeito à lei não mais importa àqueles espectadores que vendo o sofrimento acabam por se compadecer com o condenado²⁰, transformando a justiça em criminosa e o criminoso em vítima. A esse respeito, Foucault assim declara: “Fazendo o

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 13.

¹⁷ Ibid., p. 13

¹⁸ Ibid., p. 15.

¹⁹ PEIXOTO, Antonio Carlos Pinheiro. **Pena de morte**: um erro a ser evitado. Porto Alegre: Tchê!, 1995. p. 37.

²⁰ MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 125-126.

carrasco se parecer com o criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e admiração”.²¹

Tendo em vista esses possíveis imprevistos e uma revolta generalizada da população, como também pensando em preservar a dignidade do criminoso, muitos dos países que ainda executam a pena de morte começaram a fazê-la de forma secreta, permanecendo apenas algumas testemunhas para validar o ato. No entanto, achar que restringir o acesso à execução elimina todos os seus inconvenientes, é incorrer em mais um erro na tentativa de se ver preservada e legitimada a pena de morte, segundo Mittermaier, nas palavras de Chauffour:

Se a pena de morte é justa, ousais então, como faziam nossos pais, exercê-la em pleno dia. Se ela deve moralizar as grandes massas, dais a ela à luz do sol este terrível ensinamento; mas se vos mesmo duvidais da vossa obra, se não acreditais à eficácia do instrumento de suplício, porque não despertais na humanidade uma total satisfação?²²

A falta de publicidade às execuções levou Mittermaier a uma longa análise desse problema nos países da Europa de sua época, onde as questões centrais continuam a atormentar os defensores da pena de morte. Refere que realizar a execução como um ato secreto deixa em dúvida sua legitimidade, uma vez que, tendo sido público todo processo penal público, por que a execução, o ato mais importante, seria secreto? Como se provar que foram respeitados os direitos do executado até o último minuto de sua vida? Como garantir que a pena foi executada da forma prescrita em lei? Para tentar resolver esse problema, alguns países decidiram fazer assistir às execuções pessoas previamente escolhidas como testemunhas, porém assim surge um novo problema: Como obrigar que essas pessoas tenham que assistir a esse abominável espetáculo?

Evidentemente que em países como o Brasil – em situações normais – a execução pública seria culturalmente inconcebível, tratando-se de ato que não se coaduna com a realidade cultural brasileira e por essa razão muito improvável, todavia a execução secreta seria ética e moralmente ainda mais inaceitável e aterrorizante ao condenado que se vê sozinho em seu último minuto de vida, como bem ficou demonstrado em estudo realizado por Mittermaier, em que pessoas de grande experiência como: capelães, diretores e xerifes, afirmaram que a execução secreta é mais temida pelos condenados, por agir fortemente em seu imaginário.²³

Outro importante aspecto, é a necessidade de que no local da execução haja um meio – eficiente – de contato direto com o presidente da República, ou o agente responsável a conceder a graça, bem com o órgão judicial com poderes de suspender a execução, pois nada

²¹ FOUCAULT. **Vigiar e Punir**. op. cit., p. 13.

²² MITTERMAIER. **A pena de morte**. op. cit., p. 194.

²³ Clay, capelão da prisão por 34 anos, confirmou que a execução secreta age mais fortemente sobre a imaginação daqueles que não assistem causando um sentimento de pavor. Ibid., p. 168.

impede que isso ocorra minutos antes de executar o condenado, diante do surgimento de uma prova nova ou a vontade do chefe de Estado em comutar a pena no seu último momento.

2.2.2 Das Graças

No Brasil, o Código de Processo Penal Militar prevê que a pena de morte seja executada 7 dias após sua comunicação ao Presidente da República, uma vez que esse seria o prazo para que o Presidente, conforme o artigo 84, inciso XII, da Constituição Federal²⁴, possa conceder a graça comutando a pena de morte em outra menos gravosa. Mittermaier revela que o poder de concessão da graça é uma situação cheia de inconvenientes, algo complicado demais para que seja analisado de forma racional e justa pelo soberano, que já é por demais atarefado e, inevitavelmente, não terá tempo para resolver esse dilema, e que, em sendo possível, passará o dever a algum Ministro que, novamente ocupado demais, delegará (ainda que não oficialmente) aos seus assessores a tarefa de formularem relatórios e decisões que rotineiramente irá acatar sem questionamentos.²⁵ Beccaria assim justifica a desastrosa ideia de ver nos suplícios uma salvação, que pode acabar gerando total insegurança jurídica e descrédito na legislação penal e nos Tribunais do país:

Sendo a clemência virtude do legislador e não do executor das leis, devendo manifestar-se no Código e não em julgamentos particulares, se se deixar ver aos homens que o crime pode ser perdoado e que o castigo nem sempre é a sua consequência necessária, nutre-se neles a esperança da impunidade; faz-se com que aceitem os suplícios não como atos de justiça, mas como atos de violência.²⁶

Para mais, Rousseau refere que a concessão de uma graça influi nas outras, fazendo com que a cada concessão o soberano se veja obrigado a negar outras – que talvez até acreditasse mais – porém, para evitar que seja visto como um ato de fraqueza ou até mesmo complacência com criminosos, não as concede para manter o equilíbrio e a imagem de rigidez da lei²⁷, tornando falaciosa a ideia de que “*pior que tá não fica*”, afinal o solicitante da graça está condenado à morte e vai ser executado dentro de pouco tempo, dado que, a concessão anterior da graça acaba por injustiçar o próximo da fila para execução, que terá menos chance de ver comutada a sua pena.

²⁴ Art. 84. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

²⁵ MITTERMAIER. **A pena de morte**. op. cit., p. 258.

²⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016. p. 41.

²⁷ ROUSSEAU, Jan-Jaques. **Contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos: livro 2, cap. 1). p. 44-45.

Ademais, não se pode crer que a graça seja só mais um benefício dentro do processo penal, e que, por essa razão, não se deve preocupar com a forma como é decidida, pois, tratando-se de uma vida humana, tudo é sempre relevante e todos os direitos devem estar claros e as decisões penais bem fundamentadas, já que é dever do Estado Democrático de Direito o respeito máximo à vida humana, diferentemente dos criminosos e de qualquer autoritarismo. Assim delibera Enrique Gimbernat Ordeig, em sua obra *Vida e Morte no Direito Penal*: “O que nos dá autoridade sobre os delinquentes – e nos diferencia deles – é precisamente que para nós tem importância a vida dos demais”.²⁸

A dificuldade em se estabelecer a pena de morte de forma que não cause prejuízos psicossociais nas comunidades entorno do executado é algo latente. O simples fato de saber que alguém vai ser executado no seu bairro faz com que isso cause uma comoção, que é maximizada quando o assunto da execução é amplamente divulgado e debatido pela imprensa local, afinal não se consegue manter alguém preso anos e anos sabendo que vai morrer sem que isso cause uma comoção social exacerbada, muito menos se consegue evitar que a família do sentenciado à morte acabe por pagar pelo crime que ele cometeu, sendo torturada a cada dia que passa sabendo que seu filho, neto, pai ou irmão irá morrer na forma e local estabelecido por lei. Dessa maneira, nem mesmo é preciso adentrar-se na legislação e em todos os princípios do direito penal e processo penal para sabermos que isso é ética e legalmente inaceitável. Mittermaier termina parte de seu livro dizendo que: indiferentemente da forma ou local como a pena é executada, continua sendo a mesma pena que precisa ser abolida²⁹, já que encontra inúmeros problemas inconciliáveis – em situações de paz – com um Estado que respeite a dignidade da pessoa humana.

3 DA (IN)EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE PARA CRIMES COMUNS

3.1 Quanto ao Poder Intimidatório da Pena de Morte

Uma das principais razões para a extensão da aplicação da pena de morte para crimes comuns é a alegação do poder intimidatório – função preventiva da pena³⁰ – que causaria aos criminosos, imagina-se assim que ninguém em sã consciência iria cometer um crime, se com isso colocasse em risco sua própria vida. No entanto, as inúmeras pesquisas realizadas nos países que aplicaram ou aplicam a pena de morte vão de encontro a essa ideia, pois demonstram

²⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Vida e morte no direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 15.

²⁹ MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 171.

³⁰ CARNELLUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009. p. 103.

que o número de crimes não diminuiu, pelo contrário, muitas vezes aumentou³¹ após a sua instituição. Beccaria, explica que o espetáculo que se dá em torno da execução de um condenado, ainda que cause horror, é momentâneo, e isso é um freio muito menor do que o contínuo exemplo de alguém que foi privado de sua liberdade por ter cometido um crime, diz ainda que quando alguém é privado da liberdade e repara a sociedade com trabalhos penosos, faz com que essa ideia, de ser reduzido a um “burro de carga”, como refere o autor, assombre mais terrivelmente a mente dos criminosos do que o próprio medo da morte³², demonstrando, dessa maneira, que não é a morte de um celerado que vai frear os crimes, mas sim o exemplo de uma punição séria e duradoura combinada com a certeza dessa punição.

Não obstante, o professor da universidade de Heidelberg, Karl Josef Anton Mittermaier, considerou a pena de morte como incentivo à violência ao invés de freia-la. Foucault, em *Vigiar e Punir*, declara que a execução do condenado, que deveria servir para dar um fim ao crime perfectibilizando a justiça final, ao contrário, acaba por fazer com que o crime se perpetue, pois iguala-se a ele, quando não o ultrapassa em selvageria, o que deveria afastar, acostuma, tranquiliza e torna aqueles atos aceitáveis.³³ Silvio Dobrowolski completa dizendo que o Colóquio Internacional de Coimbra, ocorrido em 1967, sugere que a pena de morte seja abolida em todo o mundo, uma vez que sua função intimidatória não foi comprovada, sendo possível sua substituição por pena de natureza diferente e inadmissível sua permanência no mundo contemporâneo.³⁴

Ademais, é consenso geral que a pena de morte seja aplicada somente aos grandes crimes, os mais atroz, aqueles que causam horror a toda a população, porém, se assim for, mais uma vez não se mostra eficaz a pena de morte, já que, segundo Mittermaier, nesses casos – tendo sido estudadas as razões que levaram esse tipo de delinquente a cometer seus crimes – verificou-se que a pena, independentemente de qual fosse, não acarretaria nenhuma intimidação ao delinquente, já que estão movidos por amor, ódio, ciúme, um ressentimento que aos poucos vai se exaltando, até chegar aos limites máximos da violência. A esse respeito, o autor cita o

³¹ MITTERMAIER. **A pena de morte**. op. cit.

³² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016. p. 32.

³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 12.

³⁴ DOBROWOLSKI, Silvio. Pena de morte: considerações acerca de propostas pela reintrodução no País. *Revista Forense*, v. 289, p. 100, 1985 apud PEIXOTO, Antonio Carlos Pinheiro. **Pena de morte: um erro a ser evitado**. Porto Alegre: Tchê!, 1995. p. 21.

exemplo de um parente que assassina o outro.³⁵ Diante disso, o Estado, por intermédio do direito penal é incapaz de evitar a ocorrência do crime.

Outra importante situação que acaba por desmoralizar a intimidação que se quer com a instituição da pena de morte é a atração que o momento da execução causa na população. Nos países onde ainda se aplicam a pena de morte, e até mesmo nos países que não possuem a pena capital em seu ordenamento, é notório o interesse em saber como ela acontece, quais os últimos passos do condenado, o que comeu antes de morrer, quais suas últimas palavras, por exemplo, o que, sem dúvida, é aproveitado pela mídia que torna um ato solene e seriíssimo em um verdadeiro *Reality Show* da pena de morte. Para exemplificar, na República Popular da China existe – inclusive com *recorde* de audiência – um programa chamado Entrevistas Antes da Execução³⁶, em que a equipe de reportagem faz uma pesquisa entre os casos judiciais de pena de morte, vai ao encontro dos condenados para ouvir o que eles têm a dizer antes da sua execução. O programa aproveita-se da fragilidade e pavor que estão sofrendo aqueles infelizes condenados, abusando de cenas em que estão chorando e pedindo clemência, justamente para aumentar sua audiência, o que torna o ato demasiadamente perverso.

Quanto ao efeito desmoralizador que a mídia causa nas execuções, explica Amadeu Weinmann: “Assim, aquilo que deveria ser chocante e traumático, acaba por ter um efeito desmoralizador já que não gera o medo ao ato ilícito, mas sim um sucesso”.³⁷ Enrique Gimbernat Ordeig afirma que a enorme atenção que os executados despertam no mundo inteiro, em momentos antes da execução, acabam por extinguir os efeitos dissuasórios esperados da pena, e ainda mais, criam em pessoas exaltadas – que têm a necessidade de ser reconhecidas de alguma forma – a ideia de que praticando os mesmos atos conseguiriam o protagonismo que foi assegurado aqueles condenados à morte³⁸, de forma a ser reconhecidos (ainda que pelo cometimento de um crime), pelo mundo inteiro ao menos uma vez. Ordeig explica que a pena de morte, por toda sua dimensão psicológica, transforma-se não em um meio de evitar novos crimes, mas sim acaba incitando-os diante dos sentimentos inconscientes de culpa oriundos da etapa edipiana³⁹, que criam no ser humano a necessidade – como forma de remissão – de ser punido, ainda mais se essa punição for tão intensa como a pena de morte, fazendo com que os

³⁵ MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 193.

³⁶ JONES, James. Programa de TV que entrevista condenados antes de execução faz sucesso na China. **BBC News Magazine**, 13 mar. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/03/120312_death_row_interveiws_mv.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2016.

³⁷ WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Pena de morte e os sistemas de penas no Brasil**. Porto Alegre: Pradense, 2012. p. 93.

³⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Vida e morte no direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 12.

³⁹ Essa relação foi estudada pelos psicanalistas Alexandre, Satub e Reik citados na obra de Ordeig. *Ibid.*, p. 12.

crimes sejam apenas um pretexto para receber a punição. O autor alude: “Em situações como essas, por conseguinte, a sensação de culpabilidade não é a consequência, mas, ao contrário, a causa do cometimento do delito”⁴⁰, ou seja, o criminoso só comete o crime porque quer a pena, não pensa na pena como um obstáculo ao cometimento de um crime, mas sim como um incentivo a desafiá-la.

Giza-se o fato que tal situação é agravada quando até o momento de sua execução o condenado continua a afirmar veementemente que não cometeu o crime pelo qual está sendo executado, e se está prestes a realizar um “homicídio oficial”, nas palavras do autor, simplesmente pela ideia de querer fazer justiça consertando o mal com mal.⁴¹

3.2 Do Argumento da Justiça Retributiva

Primeiramente, cumpre esclarecer o que significa a ideia de justiça. Para os pitagóricos (século IV, a.C), a justiça é simbolizada com o número quadrado, em que o igual estava unido ao igual, sendo justiça uma exigência de igualdade na distribuição de direitos e deveres⁴², no entanto, isso nos leva à seguinte questão: O que se entende por igualdade? Segundo Aristóteles, a igualdade deve ser compreendida de forma relativa, não pura e simplesmente tratar todos da mesma forma sem considerar suas particularidades. Para aplicar a igualdade deve haver um requisito que identifique o que é considerado igual, ou seja, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Nesse aspecto, Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, relaciona o iníquo (desigual) com o injusto e o justo com o igual, dentro da perspectiva da relatividade da igualdade, desse modo refere:

Outrossim, a igualdade envolve no mínimo dois termos. É forçoso, em conformidade com isso, não só (1) que o justo seja uma mediania e igual {e relativo a algo e justo para determinados indivíduo}, como também (2) que, na qualidade de uma mediania, implique certos extremos entre os quais ele se coloca, a saber, o mais e o menos, (3) que, na qualidade de igual, implique duas porções que são iguais e (4) que, na qualidade de justo, ele envolva determinados indivíduos para os quais é justo. É, portanto, necessário se inferir que a justiça envolve, ao menos, quatro termos, ou seja especificamente: dois indivíduos para os quais há justiça e duas porções que são justas.⁴³

⁴⁰ ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Vida e morte no direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 13.

⁴¹ MITTERMAIER. **A pena de morte**. op. cit., p. 119-126.

⁴² ROSS, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000, p. 313 apud PISKE, Orina. A noção de justiça e a concepção normativa legal do direito. **TJDT**, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/a-nocao-de-justica-e-a-concepcao-nomativista-legal-do-direito-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁴³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução dos estudos bibliográficos e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. livro 5. p. 141.

Já Kant define a igualdade da pena como a retribuição pelo crime cometido, na forma como o criminoso sente-a diante do crime. Hegel entende igualdade como a simples equivalência da pena com o crime cometido, isto é, pura aplicação da Lei de Talião.⁴⁴

Carlo Velho Masi identifica que a relação entre crime e pena consiste na legitimidade do direito de punir, impondo os seguintes questionamentos para que se possa responder à questão central do porquê punir: “Para retribuir? Para prevenir? Para ressocializar? Ou para punir por punir, numa torpe avalanche complexa e trasbordante de angustia e dor que estiola almas e deflagra o medo comum?”⁴⁵. Mais uma vez o filósofo Aristóteles explica que não há justiça com a simples reciprocidade como queriam os pitagóricos e afirma que a regra de Radamanto, em que a simples circunstância de ter sofrido o homem que cometeu o ato de ofensa ter-se-ia cumprido a reta da justiça, não implica em justiça distributiva nem mesmo justiça corretiva.⁴⁶ O filósofo indica que o injusto é tanto quem viola a lei quanto quem dentro da lei toma mais do que lhe é devido, o que ele vem a chamar de indivíduo não equitativo, e claramente alude:

Consequentemente, fica claro que o homem que obedece a lei e o homem equitativo serão ambos justos. O ‘justo’, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou equitativo e o ‘injusto’ significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não equitativo.⁴⁷

Não obstante, consuma-se que para que se encontre na pena de morte justa retribuição ao assassino pelo crime cometido, ter-se-ia que supor que o condenado manteve em cárcere privado sua vítima por anos, advertindo-a dia após dia que estava a decidir quanto à sua execução, obrigando-a a passar por julgamentos longos e constrangedores para no fim, após longos anos de tortura psicológica, seja executada com a frieza de um ato qualquer, sendo tal monstruosidade não comum nem mesmo entre os criminosos, mas é a rotina dos condenados à morte nas prisões do mundo.⁴⁸ A impossibilidade de encontrar na pena de morte igualdade na aplicação da justiça – pressuposto aristotélico para a justiça – é muito questionado por Mittermaier em seu estudo relativo à pena de morte na Europa:

Como pretender que a pena de morte, segundo a teoria de talião, seja para o assassino uma pena igual ao crime? Existe uma diferença considerável entre o

⁴⁴ MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 146.

⁴⁵ MAIS, Carlo Velho Masi, prefácio de WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Pena de morte e os sistemas de penas no Brasil**. Porto Alegre: Pradense, 2012. p. 12.

⁴⁶ ARISTÓTELES, op. cit., p. 145.

⁴⁷ Ibid., p. 136.

⁴⁸ Em junho de 2015 um homem de 67 anos foi executado no Texas após passar 32 anos na prisão esperando sua morte. LORENA, Sofia. Texas executa homem de 67 anos, 32 passados no corredor da morte. **Público**, 04 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/mundo/noticia/texas-executa-homem-de-67-anos-32-passados-no-corredor-da-morte-1697865>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

homicídio cometido com premeditação e o assassinato cometido sem premeditação, o homicídio provocado com violências premeditadas e o homicídio cometido por ruindade ou cólera, e procura-se quais são os casos onde a teoria da igualdade vê na pena de morte uma necessidade de justiça absoluta. Tudo é puramente arbitrário.⁴⁹

Condenar uma pessoa à pena de morte com a única justificativa de retribuir o mal que o criminoso causou à vítima do crime, *punitur quia peccatum est*⁵⁰, faz com que o direito penal repouse, inevitavelmente, sobre arbitrariedades, pois a ideia da retribuição da pena tão veementemente defendida por Kant nega toda e qualquer função preventiva e menos ainda reeducativa, afinal pune-se pela simples razão de ter delinquido, pela simples vontade de ver vingado o crime já consumado e impossível de se ver restaurado, sem que haja o mínimo de questionamentos quanto à utilidade para a sociedade e para o delinquente de uma pena tão severa quanto a pena de morte.⁵¹ Além do que, existe uma diferença considerável entre o homicídio cometido pelo criminoso, na maioria das vezes sem premeditação, e o homicídio que o Estado, com premeditação, impõe ao condenado.

Amadeu de Almeida Weinmann qualifica como ato de extrema desumanidade um homem (o juiz) que está unguido com o papel de buscar a verdade dos fatos a ele narrados, dizer que um outro homem (o acusado) nada significa, nada representa e pode ser simplesmente descartado do mundo, como um objeto qualquer: “Que sobre ele a espada do estado pode tomar-lhe a própria vida”⁵² e que após esse “descarte” haveria paz e sossego na terra. O autor continua dizendo que qualquer forma de homicídio é execrável e que não se dá validade à pena justificando uma morte com outra, já que ninguém tem o direito de dizer quem pode ou não existir no mundo. Se fica esclarecido que não há como conciliar a ideia de justiça com a pena de morte do pior dos assassinos, menos ainda conciliá-la diante do risco de se executar à morte um inocente por falha nas investigações ou no julgamento que levou à sentença capital, tornando um único erro, diante da natureza irreparável da pena, a pior das injustiças que um Estado pode cometer contra os seus nacionais.

3.3 Das Consequências do Erro Judicial

Os processos judiciais criminais são sempre conduzidos com muita cautela em qualquer país Democrático de Direito que respeite a pessoa humana, buscando-se o exaurimento de provas para que possa haver a menor condenação penal, mesmo assim a possibilidade de erro judicial é sempre latente diante da falibilidade humana, situação que torna inconciliável a

⁴⁹ MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004. p. 146.

⁵⁰ Tradução Livre: Punir porque pecou.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵² WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Pena de morte e os sistemas de penas no Brasil**. Porto Alegre: Pradense, 2012. p. 92.

aplicação da pena de morte, em situações de normais, diante de seu caráter imutável. Os erros judiciais são muito divulgados pela imprensa e acabam sendo de conhecimento de boa parte da população, principalmente quando causam danos graves ao injustiçado, o que implica em indenizações altíssimas para tentar reparar o dano provocado por erro do Estado, quando possível. Um dos casos mais famosos de erro judicial, tornando-se inclusive paradigma para a época, e sendo considerado o maior erro judicial brasileiro, foi a decisão judicial que condenou à morte o fazendeiro Motta Coqueiro em 1855.⁵³

O único crime que o fazendeiro Motta Coqueiro cometeu foi roubar a mulher de um primo influente e contrariar alguns interesses políticos. Tendo recebido notícias da comprovação de inocência do fazendeiro executado, o Imperador Pedro II – que anteriormente havia negado o seu pedido de graça –, a partir de então resolve que as sentenças de morte seriam sistematicamente comutadas em galés perpétuas.⁵⁴

Quando se está diante de uma sentença penal condenatória, qualquer que seja a pena cominada, é exigível uma certeza quase incontestável dos fatos que levaram àquela decisão, uma vez que deve vigorar no ordenamento jurídico de qualquer nação democrática, que respeite os direitos humanos, como dito anteriormente, e o princípio do *in dubio pro reo*.⁵⁵ No entanto, se essa sentença penal servir para condenar uma pessoa à morte, a certeza deve ser, no mínimo, incontestável, absoluta, irrefutável, pois define eternamente aquela culpabilidade, corroborando nesse sentido Amadeu Weinmann:

[...] ao se eliminar friamente um homem, através de uma sanção que não admite a revisão, a sociedade declara que o considera absolutamente culpável pelo seu passado, pelo seu presente, e absolutamente incorrigível pelo seu futuro.⁵⁶

Levando-se em conta a falibilidade humana e que a decisão quanto à execução da pena de morte é feita, por óbvio, por humanos, o erro nas decisões torna-se potencialmente alto, uma vez que não se pode esperar que os jurados sejam infalíveis em suas decisões, colocando a vida humana, o bem mais precioso, em constante risco de arbitrariedades.⁵⁷

Não diferente, as pesquisas realizadas em torno das execuções mostraram que há um número considerável de erros judiciais nas condenações, em especial, à morte. Em um estudo publicado pela revista científica *Proceedings of the National Academy of Sciences*, estima-se

⁵³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Pena capital e o direito à vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 56.

⁵⁴ MACAÉ. Prefeitura municipal. **A história de Motta Coqueiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.macaerj.gov.br/conteudo/leitura/titulo/a-historia-de-motta-coqueiro>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

⁵⁵ Tradução Livre: Em dúvida a favor do réu.

⁵⁶ WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Pena de morte e os sistemas de penas no Brasil**. Porto Alegre: Pradense, 2012. p. 91.

⁵⁷ Ibid., p. 92.

que 1 em cada 25 pessoas condenadas à morte nos EUA são inocentes⁵⁸. A revista *Exame* publicou em 19 de abril de 2015, em seu site na internet, reportagem em que o FBI e o Departamento de Justiça Americano haviam admitido publicamente que uma unidade legista teria influenciado erroneamente 257 casos, incluindo 32 que acabaram com a condenação à morte, tendo resultado na execução de 14 pessoas entre 1970 e 2000.⁵⁹ Por essas razões, foi criado o *Innocence Project*⁶⁰, projeto internacional que arrecada doações, principalmente via internet, para fazer uma revisão minuciosa dos casos dos condenados à morte. O projeto tem logrado êxito em reverter sentenças e tirar condenados já sem esperança do corredor da morte. Entre as circunstâncias, segundo a organização, que levaram aos erros judiciais, estão: uma defesa precária, falsos testemunhos, perícias mal realizadas e fraude processual.

Assim, Antonio Carlos Pinheiro Peixoto explica que uma vez não podendo evitar os equívocos nos julgamentos humanos, podem ser evitadas suas consequências, extinguindo penas irreparáveis como a pena capital.⁶¹ Ademais, Paulo Daher corrobora afirmando que:

[..] a irrevogabilidade da pena de morte transforma o erro humano em erro desumano. Uma punição irreversível, mesmo que pudesse ser lógica e justificada moralmente, pressupõe um tribunal infalível e uma lei consciente punição irreversível, exige um Tribunal infalível, o que não é tangível.⁶²

Além disso, Wladimir Flávio Luiz Braga afirma que não é plausível entender que o erro humano inevitável estaria dentro da margem de risco da execução à pena de morte, ainda que exista uma única condenação injusta para um milhão de condenações justas, a vida inocente suprimida por erro do Estado não pode ser reparada. Nas palavras do autor: “Esta vida inocente é única, sagrada e justifica qualquer esforço em sua defesa”.⁶³ Não obstante o Estado ficará em dívida eterna com a família do executado, e que para tentar reparar o dano terão que ser desembolsados valores altíssimos em indenizações.

3.4 Da Questão Econômica

Outra importante justificativa para apoiar a pena de morte é a suposta economia que a execução do condenado traria aos cofres públicos, pois acredita-se que, uma vez executando o

⁵⁸ O estudo levou em consideração dados dos réus condenados à morte entre 1973 e 2004. CORRÊA, Alessandra. Mais de 4% dos condenados à morte nos EUA são inocentes. **BBC Brasil**, 28 abr. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140428_estudo_condenados_morte_pai_ac>. Acesso em: 23 mar. 2016.

⁵⁹ FBI admite erros em testemunhos de casos envolvendo a pena de morte. **Exame.com**, 19 abr. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/fbi-admite-erros-em-testemunhos-de-casos-envolvendo-pena-de-morte>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁶⁰ INNOCENCE Project. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁶¹ PEIXOTO, Antonio Carlos Pinheiro. **Pena de morte**: um erro a ser evitado. Porto Alegre: Tchê!, 1995. p. 34.

⁶² RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996. p. 109.

⁶³ BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **A pena de morte**. 2016. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CArtigos%5C14%5CAPenaDeMorte.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

criminoso, o Estado estaria isento de dispor de recursos financeiros – que poderiam ser usados em outras áreas –, para mantê-lo na prisão. A não ser que se esteja defendendo, com a pena capital, a abolição de todos os direitos e garantias fundamentais já conquistadas, tal premissa mostra-se falsa diante das pesquisas realizadas em diversos países, que demonstraram que – diferente do consenso geral – a pena de morte acaba sendo bem mais cara que a prisão comum. Segundo o Diretor do *Death Penalty Information Center* (Centro de Informações Sobre a Pena de Morte), com sede em Washington, Richard Dieter, a pena de morte chega a custar 25 milhões de dólares por execução⁶⁴, justificando que esse valor se dá, pois, cada processo que pode levar à execução exige uma atenção e cuidados muito maiores que os comuns, causando assim, segundo Richard, 1 milhão de dólares a mais nos processos penais que podem acabar com uma condenação capital, porém, por fim, nem todos são, de fato, condenados à morte. Ele destaca ainda que de cada 10 sentenças com a punição pela pena de morte, apenas uma é executada.

Aliás, ainda que a pena de morte pudesse custar menos do que custa nos Estados Unidos da América, seriam poucos os condenados sujeitos à morte, ou seja, só os que cometessem os crimes mais graves seriam executados, e dentro do sistema prisional como um todo, deixar de manter em uma prisão comum esses executados, tornar-se-ia irrelevante em termos financeiros⁶⁵. Não obstante, a Anistia Internacional considera motivo fútil valer-se da pena de morte para diminuir a população carcerária, defendendo a invalidade de qualquer justificativa econômica para implantação da pena capital, uma vez que a decisão sobre a vida das pessoas não pode ser fundamentada em razões meramente econômicas.

4 DA EXCEÇÃO QUE TORNA VÁLIDA A PENA DE MORTE

4.1 Da (I)Moralidade do Ato de Condenar à Morte

Constituindo-se em Estado Democrático de Direito, o Brasil defende as garantias fundamentais como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, contido no art. 1º, inciso III, da CF), é signatário, também, da Declaração Universal de Direitos Humanos, participa de vários acordos de paz, não prevê a aplicação da pena de morte para crimes comuns e (pelo menos na legislação) respeita todos os direitos dos presos e acusados, todavia prevê a possibilidade de aplicação da pena de morte em tempo de

⁶⁴ CUSTO da pena de morte nos EUA: um absurdo em plena crise. **Veja**, 20 out. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/agencias/afp/veja-afp/detail/2009-10-20-570837.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁶⁵ MITOS e fatos da pena de morte. **Amnistia Internacional**, 2016. Disponível em: <http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=77:mitos-e-factos-sobre-a-pena-de-morte-&catid=18:mitos-e-factos&Itemid=76>. Acesso em: 21 abr. 2016.

guerra⁶⁶. O que poderia parecer um paradoxo, não o é diante da necessidade da manutenção do Estado que se sobrepõe à vida individual do condenado.⁶⁷

O ato de condenar uma pessoa à morte pode parecer, à primeira vista, cruel, desumano e imoral, ainda que para o pior criminoso, ou se analisado por outro ângulo, correto, justo e moral. Paulo Ricardo explica que a verdadeira análise quanto à moralidade do ato deve ser feita considerando-se, indispensavelmente, três aspectos: o ato em si, sua intenção e suas circunstâncias. Nesse sentido, esse autor refere:

Para que um ato possa ser moral ou imoral não basta que ele seja avaliado em si mesmo, é preciso levar em conta três fatores: o ato em si mesmo, a intenção e as circunstâncias. O ato em si mesmo pode ser bom. Ex. o rezar. Contudo, se for feito com a **intenção** errada – por vaidade, por exemplo – pode ser inadequado. Apesar de ser bom, o ato de comer, por exemplo, se for praticado em uma **circunstância** errada pode ser também inadequado. Ex. comer dentro da Igreja. Assim, para que a moralidade de um ato seja realmente boa, é preciso avaliar também a intenção e a circunstância.⁶⁸

Consequentemente, o ato da pena de morte vai ser moral ou imoral dependendo da sua intenção e circunstâncias em que é praticado. Paulo Ricardo alude que quando existe um indivíduo contra o estabelecimento da paz, ou seja, contra a sociedade, ele está lesando o todo⁶⁹ e deve ser retirado daquele meio social, uma vez que a sociedade não pode ficar inerte diante da ameaça, o que vem a ser chamado de legítima e proporcionada defesa, que é um direito e dever do Estado. Na Carta Enciclica *Evangelium Vitae* de João Paulo II sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana, comentando a seguinte passagem bíblica: “Ao homem, pedirei contas da vida do homem”⁷⁰, assim alude João Paulo II:

56. Nesta linha, coloca-se o problema da pena de morte, à volta do qual se registra, tanto na Igreja como na sociedade, a tendência crescente para pedir uma aplicação muito limitada, ou melhor, a total abolição da mesma. O problema há-de ser enquadrado na perspectiva de uma justiça penal, que seja cada vez mais conforme com a dignidade do homem [...] Na verdade, a pena, que a sociedade inflige, tem « como primeiro efeito o de compensar a desordem introduzida pela falta ». [...] Deste modo, a autoridade há-de procurar alcançar o objetivo de defender a ordem pública e a segurança das pessoas, não deixando, contudo, de oferecer estímulo e ajuda ao próprio réu para se corrigir e redimir.

Claro está que, para bem conseguir todos estes fins, a medida e a qualidade da pena não-de ser atentamente ponderadas e decididas, não se devendo chegar à

⁶⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Princípios do direito da guerra. UNESP, Marília, v. 34, n. 1, p. 149-172, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v34n1/a09v34n1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016. p. 155-160).

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁸ RICARDO, Paulo. **A Igreja mudou seu ensinamento com relação à pena de morte?**. 2016. Disponível em: <<https://padrepauloricardo.org/episodios/a-igreja-mudou-o-seu-ensinamento-com-relacao-a-pena-de-morte>>. Acesso em: 14 maio 2016.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Gn 9:5, Bíblia Sagrada.

medida extrema da execução do réu senão em casos de absoluta necessidade, ou seja, quando a defesa da sociedade não fosse possível de outro modo. [...]⁷¹

Nesse particular, a intenção do ato: preservar a manutenção do Estado e os direitos e garantias adquiridos; e as circunstâncias do ato: situação de guerra justa, fazem com que o ato de condenar uma pessoa à pena de morte possa ser moral e bom, e não uma simples retribuição do mal com o mal, diferentemente da punição por crimes comuns, que se traveste, nos dias hodiernos, de pura vingança Estatal, uma vez que existem outros meios mais eficazes para se afastar o agressor da sociedade – em situações normais – sem que isso implique na medida extrema de retirar a vida de um ser humano, pois quando se executa alguém sem a necessidade absoluta, o poder público excede-se em sua função de defender a ordem pública e a vida dos seus cidadãos, é o que ficou asseverado na Encíclica.⁷²

Em situações de guerra declarada, vale lembrar, as circunstâncias são totalmente diferentes das expostas no Capítulo 3. A calamidade pública instaurada coloca em iminente risco de destruição a forma de governo estabelecida, e com ele os direitos e garantias fundamentais conquistadas até então, autorizam a instituição da pena de morte como única alternativa de manter a liberdade e soberania do povo. Corroborando, Beccaria cita as únicas duas situações que considera legítima a pena capital:

A morte de um cidadão só pode ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de confusão em que uma nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade, nas épocas de confusão, em que as leis são substituídas pela desordem, e quando um cidadão embora privado de sua liberdade, pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido.⁷³

Rousseau refere que a pena de morte deve ser vista da seguinte forma: “É para não ser vítima de um assassino que alguém consente em morrer caso se torne um”⁷⁴, ou seja, pode-se entender que para sair de um estado de guerra constante onde qualquer pessoa pode ser morta por outra, e vive em intensa insegurança, que cada cidadão visando a manutenção não só do todo, mas de sua própria existência, cede os seus direitos ao Estado, colocando todo o seu poder sobre a direção da vontade geral, nas próprias palavras do autor: “Neste tratado longe de dispor da própria vida, só se pensa em garanti-la, e não é de presumir-se que, por isso, qualquer

⁷¹ LIBRERIA EDITRICE VATICANA. Carta Encíclica *Evangelium Vitae* do Sumo Pontífice João Paulo II, aos bispos, aos presbíteros e diáconos, aos religiosos e religiosas, aos fiéis, leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 14 maio 2016.

⁷² Ibid.

⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016. p. 32.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jan-Jaques. **Contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos: livro 2, cap. 4). p. 44.

dos contratantes premedite-se fazer-se enforcar”.⁷⁵ Não se trata só de autorizar que se execute, nessas circunstâncias, quem atente contra a manutenção do Estado Democrático de Direito, mas exigir que a força estatal constituída defenda e imponha as penas necessárias para manter a ordem e a soberania da nação.

O Estado que está sendo invadido por forças inimigas – nas pessoas de seus governantes – deve fazer de tudo para que haja o menor mal possível ao seu povo, e isso implica repelir com firmeza quem o ameaça de destruição, pois a paz da sua nação depende de uma resposta rápida e coerente com a situação posta. As declarações universais de direitos humanos se não protegem a nação ameaçada não podem impedir que apliquem a pena de morte aos seus inimigos. Afinal, não há razão para reconhecerem os conflitos de guerra e as mortes que ali inevitavelmente acontecem e não permitirem que se aplique a pena capital. Não obstante, o reconhecimento do direito à vida pelo Estado e preservação deste durante os tempos de paz não incide em irremediável incoerência com a aplicação da pena de morte em tempos de guerra, já que a sobrevivência da nação é um valor muito mais importante do que a vida individual do traidor da pátria, conforme explica José Afonso da Silva:

Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte, é da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5o, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento crucial.⁷⁶

Não se pretende com a execução intimidar o desertor ou traidor da pátria, por exemplo,⁷⁷ pretende-se, sim, a eliminação pura e simples do cidadão que está a colocar em guerra a nação e em risco a liberdade do todo. São Tomás de Aquino, quanto à eliminação do indivíduo para a manutenção do bem comum, assim refere: “Portanto, é louvável e salutar, para a conservação do bem comum, pôr a morte aquele que se torna perigoso para a comunidade e causa de perdição para ele; pois como diz o apóstolo um pouco de fermento corrompe toda a massa.”⁷⁸ É importante entender que a pena capital, nesses casos, se traveste não da função de vingança – função retributiva da pena, retribuir o mal com o mal⁷⁹ – mas de uma espécie de legítima defesa do Estado para com o criminoso.

⁷⁵ ROUSSEAU, Jan-Jaques. **Contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos: livro 2, cap. 4). p. 44.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 200-201.

⁷⁷ Uma vez que o poder intimidatório da pena de morte é comprovadamente ineficaz.

⁷⁸ AQUINO, Santo Tomás. **Summa theleológica**: 2ª parte: da justiça: questão LXIV, Artigo II. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Instituto Sedes Sapientiae, 1956. p. 442.

⁷⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25.

Nessas circunstâncias, o Estado se vê ameaçado e tem que reagir, da forma mais rápida possível, fazendo com que, apesar dos riscos, a instituição da pena de morte torne-se uma alternativa válida. A necessidade dá o direito de executar a pena de morte ao soldado ou cidadão que, mesmo que não em atividade propriamente de guerra, trai sua pátria, cria motins, desafia as organizações militares criando uma espécie de revolta contra o governo instaurado e apoio ao governo conflitante, de quem se vende ao inimigo, que se opõe com armas nas mãos ao restabelecimento da paz⁸⁰, ultrapassando assim os limites viáveis da preservação da vida daquele cidadão, o que obriga a Constituição a defender a nação antes daquela vida individual.

4.2 DA APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE EM CASO DE GUERRA

Vencida a questão quanto à moralidade do ato, deve-se partir para a análise formal da pena de morte em caso de guerra declarada (situação extrema), como prevê a Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “a”). No cenário internacional, as declarações universais de direitos humanos, em sua maioria, visam a abolição total e irrestrita da pena de morte, no entanto, algumas ainda preveem sua aplicação excepcional, o que tende ao longo do tempo a se extinguir diante do real intuito abolicionista que as declarações passaram a ter após a Segunda Guerra Mundial.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992⁸¹, em seu art. 4º, do Direito à Vida, assim resolveu: “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”⁸² Anos mais tarde, durante a XX Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos, em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990, foi realizado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte, que apesar de constar em seu preâmbulo a declaração de que a abolição da pena de morte contribui para assegurar proteção mais efetiva do direito à vida e que é tendência dos Estados americanos a sua abolição, a Convenção continua possibilitando a sua aplicação, ainda que somente para delitos praticados em tempo de guerra, como prevê o art. 2º, item 1 do Protocolo:

⁸⁰ SILVA, Victor Melo Fabrício da. A aplicabilidade da pena capital no direito penal militar frente ao direito à vida do apenado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12651>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁸¹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁸² CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Convenção%20Americana%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

1. Não será admitida reserva alguma a este Protocolo. Entretanto, no momento de ratificação ou adesão, os Estados-Partes neste instrumento poderão declarar que se reservam o direito de aplicar a pena de morte em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar.⁸³

O Brasil depositou instrumento de ratificação do referido protocolo adicional em 13 de agosto de 1996, que passou a vigorar pelo Decreto nº 2.754 de 27 de agosto de 1998, com a ressalva do artigo 2º para aplicar a pena de morte em tempo de guerra.⁸⁴ Como se vê, a Convenção Americana não aboliu totalmente a pena de morte como fez a convenção Europeia, apenas tentou restringir ao máximo a sua aplicação.

Quanto à legislação brasileira, o Livro II do Código Penal Militar – CPM⁸⁵, que define os crimes militares em tempo de guerra, segundo Marcelo Vituzzo, instituiu a pena de morte para casos em que não é viável a pena de aprisionamento, diante da excepcionalidade da situação de guerra. O CPM comina penas maiores aos mesmos crimes cometidos em tempo de guerra se comparado com as condutas cometidas em tempo de paz, deixando claro que valorase a soberania acima de todos os outros bens tutelados.⁸⁶ Conforme Perciani, vale ressaltar que diante das condições materiais em que o país fica submetido durante uma guerra não é possível a criação e manutenção de presídios, assim a preocupação de manter os direitos de um preso (muitas vezes do seu maior conspirador) preservando sua vida, poderia custar um país inteiro. A ameaça constante da hierarquia militar por parte de quem a desafia, torna impraticável a manutenção dessas pessoas dentro de uma prisão, tornando a pena de morte a única alternativa viável.⁸⁷

Não se trata de condenar à morte o opositor do governo, uma democracia jamais admitiria isso, trata-se aqui de um estado de guerra, em que a justificativa de impossibilidade da aplicação da pena de morte, levando-se em conta a possível perseguição que poderia ocorrer aos não aliados do governo, não merece prosperar, pois não se trata de uma questão de governo, mas sim de Estado, onde todas as garantias fundamentais estão postas em iminente perigo. No mais, Rousseau afirma que é legítima a eliminação do indivíduo que se torna prejudicial à

⁸³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte**. Assunção: CIDH, 8 jun. 1990. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/g.Pena_de_Morte.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

⁸⁴ BRASIL. **Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De11001.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

⁸⁶ PERCIANI, Marcelo Vituzzo. A pena de morte em tempo de guerra. **Jus Militar**, set. 2010. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/penamorte.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁸⁷ Ibid.

manutenção do Estado⁸⁸; afinal não é exigível que o Estado mantenha preso – com gastos exorbitantes com segurança, por exemplo – o líder do grupo ou país inimigo, só porque foi preso e não morto em batalha, até porque na prisão suas ideias permanecem, e a imagem do líder opositor continuará viva e poderá inclusive gerar tentativas de resgate por partes dos seus aliados.

Evidentemente que a situação excepcional – estado de guerra – não justifica a aplicação indiscriminada da pena de morte. Existem civis e militares enfermos que são protegidos pelas convenções humanitárias e não estão sujeitos à pena de morte ou qualquer tratamento degradante, até mesmo porque, como ensina Rousseau, a guerra não é uma relação de homem contra homem, não é um conflito da pessoa A contra a pessoa B, mas de um Estado contra o outro, ou de um grupo paraestatal contra o Estado constituído, onde os particulares só são inimigos, acidentalmente, como peças do jogo, e estando essas peças fora da jogada não há razão para castigá-las pelo jogo.⁸⁹ A pena de morte à qual se possibilita a aplicação se refere aos inimigos declarados contra o Estado, pessoas que subvertem o restabelecimento da ordem pública e atuam na manutenção do caos, o que torna assim inviável a exigência para que o Estado agredido os mantenha vivos e seguros em uma prisão.⁹⁰

Não obstante, ressalta-se que esse direito não permanece após a instituição da paz, já que não tem a função de vingança, e sim legítima defesa, a qual deve ser atual e iminente na proporção⁹¹ de eliminar a ameaça, ou seja, as circunstâncias que moralizam o ato de condenar a morte, após a guerra desaparecem, já que há outros meios de se afastar o agressor sem que isso implique em sua execução.⁹²

4.3 Dos Extraditados Condenados à Morte

A Constituição Federal – CF, em cláusula que não admite exceção, proíbe a extradição de brasileiros natos pelo critério do *jus soli* ou *jus sanguinis*⁹³, privilégio que não alcança os brasileiros naturalizados⁹⁴, que houverem cometido crimes comuns antes da naturalização ou que estejam comprovadamente envolvidos no tráfico de drogas, é o que entabula o art. 5º, inciso LI, da CF: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime

⁸⁸ ROUSSEAU, Jan-Jaques. **Contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos: livro 2, cap. 4). p. 43-44.

⁸⁹ Ibid., p. 16.

⁹⁰ Ibid., p. 43-44.

⁹¹ Art. 25. BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

⁹² RICARDO, Paulo. **A Igreja mudou seu ensinamento com relação à pena de morte?**. 2016. Disponível em: <<https://padrepauloricardo.org/episodios/a-igreja-mudou-o-seu-ensinamento-com-relacao-a-pena-de-morte>>. Acesso em: 14 maio 2016.

⁹³ Tradução livre: Direito de solo ou direito de sangue.

⁹⁴ HC nº 83.113-QO. Relator: Min. Ayres Brito. Julgado em: 26 jun. 2003. Plenário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010. p. 195.

comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;⁹⁵

Nota-se, contudo, que o brasileiro naturalizado ostentará maior proteção constitucional em relação aos estrangeiros em geral, já que a Constituição restringiu sua extradição apenas às hipóteses constitucionais. O privilégio de inextraditabilidade concedido ao brasileiro nato permanece, ainda que por lei estrangeira seja reconhecida a nacionalidade originária do brasileiro naquele país ou, mesmo, quando ocorra a sua naturalização diante da existência de imposição – no país estrangeiro – para sua permanência em seu território ou gozo de direitos civis, é o que dispõe o art. 12, §4º, da Constituição Federal.⁹⁶

O Decreto Lei nº 394 de 28 de abril de 1938, que regula o pedido de extradição, reafirma a disposição constitucional de negar em qualquer situação a extradição de brasileiros requisitada por Estado estrangeiro⁹⁷, e mais, determina que o Brasil requererá aos Estados estrangeiros a extradição de brasileiros que estejam cumprindo pena fora do país, demonstrando a total intenção de ver seus nacionais sendo julgados e cumprindo pena no Brasil, de forma a garantir todos os seus direitos e sua dignidade, além do que, está entre as obrigações do país na defesa dos seus cidadãos.⁹⁸ Neste particular, os pedidos de extradição de brasileiros nem sempre são concedidos, como o caso do brasileiro Marco Archer, em que não foi possível evitar sua condenação à morte e consequente execução por haver cometido o crime de tráfico de drogas na Indonésia, apesar dos esforços feitos pela Presidente Dilma e do Itamaraty, na tentativa de vê-lo extraditado ao Brasil.⁹⁹

Em contrapartida, diante do dever constitucional de primar pela dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento da República Federativa do Brasil, contido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal¹⁰⁰, e tendo em vista as possíveis violações aos direitos humanos ou perseguições políticas que podem sofrer os extraditados em seus países de origem, visando dar efetividade ao texto constitucional, a Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, garante, que somente será efetivada a extradição quando o Estado requerente se comprometa em comutar a

⁹⁵ Art. 5º. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. op. cit.

⁹⁶ Art. 12, § 4º. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. op. cit.

⁹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 394, de 28 de abril de 1938**. Regula a extradição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0394.htm>. Acesso em: 08 maio 2016.

⁹⁸ Não se considera aqui as questões relativas à entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional, já que segundo o art. 77 do Estatuto de Roma não prevê a aplicação da pena de morte. TRIBUNAL Penal Internacional. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁹⁹ BRASILEIRO condenado à morte é executado na indonésia. **Gazeta do Povo**, 17 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/brasileiro-condenado-a-morte-por-trafico-e-fuzilado-na-indonesia-eyto7255sb9r6rnq6lpr4evi>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁰⁰ Art. 1º. BRASIL. Constituição (1988), op. cit.

pena corporal ou de morte em privativa de liberdade, com execução dos casos que a lei brasileira prever a aplicação da pena de morte, qual seja, dos crimes militares praticados em estado de guerra declarada, é o que dispõe o art. 91 da referida lei¹⁰¹. Razão pela qual, por meio do STF, órgão responsável pela análise do pedido de extradição solicitado por Estado estrangeiro na forma do art. 102, inciso I, alínea “g”, da Constituição Federal¹⁰², o Brasil tem negado reiteradamente os pedidos de extradição em que se culmine a pena de morte – *supplicium extremum* – ao extraditando, quando não há a formalização de compromisso para a comutação da pena de morte em privativa de liberdade, observando o período máximo de 30 anos de reclusão.¹⁰³ Em acórdão paradigma, o Ministro Celso de Mello, analisando pedido de extradição requerido pela República Popular da China, assim dispôs:

EXTRADIÇÃO, PENA DE MORTE E COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO.
– O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses em que se delineia a possibilidade de imposição do *supplicium extremum*, impede a entrega do extraditando ao Estado requerente, a menos que este, previamente, assumo o compromisso formal de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permitir a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação.¹⁰⁴

O Supremo entende que a cooperação internacional na repressão dos delitos e auxílio judiciário como previsto no Estatuto de Roma, art. 86, promulgado pelo Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002¹⁰⁵, não exonera o país de zelar pela observância do respeito aos direitos humanos de qualquer pessoa, independentemente do crime que tenha cometido ou do país de sua origem, pois o Brasil assumiu o compromisso constitucional de sempre conferir prevalência aos direitos humanos e não pode, simplesmente por oportunidade ou conveniência política/econômica, ser cúmplice na violação desse direito que é inerente a toda pessoa humana independentemente de sua origem.

A condição de extraditando – estrangeiro fugitivo –, não basta para que este seja reduzido ao estado incompatível com sua dignidade de pessoa humana entabulada na

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁰² Art. 102. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 1373**: Governo da África do Sul. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 12 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 633**: República Popular da China. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 28 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁰⁵ Art. 86. BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

Constituição Federal¹⁰⁶ e na Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁰⁷. Aliás, ainda que seja negado o pedido de extradição pelo STF, por qualquer um dos motivos expostos, isso não implica em deixar com que as práticas delituosas fiquem impunes, já que nesses casos é dever do Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial brasileira, instaurar a *persecutio criminis* contra o delincente, de modo a não estimular, de forma alguma, a prática criminosa em qualquer lugar do mundo, evitando assim por razões de caráter ético-jurídico que os delitos fiquem impunes.¹⁰⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acadêmico de um tema tão polêmico quanto a pena de morte, fez com que eu pudesse compreender de forma mais clara e precisa a questão quanto aos limites do direito de matar por parte do Estado, e assim posicionar-me sem preconceitos ou senso comum irresponsável, que hordiernamente requer a pena de morte a qualquer crime, principalmente aos de sangue, como tentativa de solucionar os problemas de segurança pública no país.

Ainda, a pesquisa me fez perceber que apesar da pena de morte sempre ter estado presente na história da humanidade e ter sido um dos principais castigos impostos aos criminosos, também serviu/serve como meio de repressão e eliminação de opositores do governo estabelecido, razão pela qual deve ser tratada sempre com muito cuidado. Razão pela qual, entende-se que os condenados merecem toda a proteção dos órgãos internacionais de direitos humanos de modo a tentar evitar injustiças e preservar a vida humana. No entanto, verificou-se que, apesar da grande busca pelas instituições internacionais (ONU, Anistia Internacional, União Europeia, Comissão Interamericana de Direitos Humanos e outros) na proteção dos condenados, ocorreram muitas execuções impostas a pessoas inocentes, o que abala por completo a legitimidade do sistema judiciário que incorre em erro.

Pôde-se concluir, também, que a pena de morte, muito estudada e debatida por pessoas de notório conhecimento na área, não possui o efeito dissuasório esperado, e, pelo contrário, acaba por instigar o crime, colocando o Estado nas mesmas condições do criminoso. Percebeu-se, que a defesa da pena de morte por questões econômicas além de desumana é falaciosa, pois seu custo econômico tem se mostrado mais elevado do que condenar à prisão perpétua. Isso foi o que demonstraram as pesquisas realizadas nos EUA, onde o valor para uma execução chega à casa dos milhões de dólares, e, ainda assim, cometem-se erros. Constatou-se que não há razão,

¹⁰⁶ Art. 1º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

¹⁰⁷ DIREITOS HUMANOS NET (DHNET). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 916**: Governo da República da Argentina. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 19 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ética ou filosófica, para a retribuição do mal – o crime – com o mal – a pena de morte imposta –, simplesmente como forma de vingança por parte de um Estado Democrático de Direito ao delinquente, já que isso em nada soluciona o problema da segurança pública; pelo contrário: viola os princípios basilares da dignidade da pessoa humana.

Ao estudar a questão da possibilidade da concessão da Graça ao condenado, concluiu-se que, diante da dificuldade que o responsável terá ao examiná-la e sua subjetividade quanto à decisão, não pode ser considerada legítima sua negação.

Não obstante, percebeu-se que apesar dos problemas oriundos da instituição da pena de morte para crimes comuns, em estado de paz, isso não se sobrepõe à necessidade da pena capital em estado de guerra declarada, tornando-se, excepcionalmente nesses casos, uma forma viável para estancar a destruição causada por uma guerra e conservar o poder estabelecido, juntamente com as garantias conquistadas pela nação, razão pela qual, sabiamente, foi prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ademais, verificou-se que o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal – STF, tem desempenhado exemplar papel na proteção dos direitos humanos internacionalmente estabelecidos, quando da questão dos estrangeiros refugiados no país condenados à morte por crimes cometidos em outros países. O STF tem analisado com cautela as condições que o extraditando terá no cumprimento da sua pena fora do Brasil, não admitindo a imposição do *supplicium extremum*, com a exceção dos casos previstos na Constituição Federal, ao extraditando, uma vez que o Brasil deve zelar pela observância dos direitos humanos de qualquer pessoa, nacional ou estrangeiro, ainda que isso implique em abalar as relações internacionais entre os países.

REFERÊNCIAS

13 dados revelam o panorama da pena de morte no mundo. **BBC Brasil**, 16 jan. 2015.
Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150116_penademorte_ss>.
Acesso em: 26 mar. 2016.

AQUINO, Santo Tomás. **Summa theleológica**: 2ª parte: da justiça: questão LXIV, Artigo II. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Instituto Sedes Sapientiae, 1956.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução dos estudos bibliográficos e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002. livro 5.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. [S.l.]: Ridendo Castigat Mores, 2002.
Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução dos textos originais, com notas, dirigida pelo Pontifício Instituto Bíblico de Roma. São Paulo: Paulinas, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Wladimir Flávio Luiz. **A pena de morte**. 2016. Disponível em: <<http://fdc.br/Artigos/..%5CArquivos%5CARTigos%5C14%5CAPenaDeMorte.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 24 abr. 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 394, de 28 de abril de 1938**. Regula a extradição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0394.htm>. Acesso em: 08 maio 2016.

_____. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 1373**: Governo da África do Sul. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 12 maio 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 633**: República Popular da China. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 28 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext. 916**: Governo da República da Argentina. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em: 19 maio 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASILEIRO condenado à morte é executado na indonésia. **Gazeta do Povo**, 17 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/brasileiro-condenado-a-morte-por-trafico-e-fuzilado-na-indonesia-eiyto7255sb9r6rnq6lpr4evi>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

CARNELLUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: CIDH, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. **Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte**. Assunção: CIDH, 8 jun. 1990. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/g.Pena_de_Morte.htm>. Acesso em: 23 mar. 2016.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Convenção%20Americana%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

CORRÊA, Alessandra. Mais de 4% dos condenados à morte nos EUA são inocentes. **BBC Brasil**, 28 abr. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/04/140428_estudo_condenados_morte_pai_ac>. Acesso em: 23 mar. 2016.

CUSTO da pena de morte nos EUA: um absurdo em plena crise. **Veja**, 20 out. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/agencias/afp/veja-afp/detail/2009-10-20-570837.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

DIREITOS HUMANOS NET (DHNET). **Código de Hamurabi**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

FBI admite erros em testemunhos de casos envolvendo a pena de morte. **Exame.com**, 19 abr. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/fbi-admite-erros-em-testemunhos-de-casos-envolvendo-pena-de-morte>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

INNOCENCE Project. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

JONES, James. Programa de TV que entrevista condenados antes de execução faz sucesso na China. **BBC News Magazine**, 13 mar. 2012. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/03/120312_death_row_interveiws_mv.shtml>. Acesso em: 15 mar. 2016.

LIBRERIA EDITRICE VATICANA. Carta Encíclica *Evangelium Vitae* do Sumo Pontífice João Paulo II, aos bispos, aos presbíteros e diáconos, aos religiosos e religiosas, aos fiéis, leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 14 maio 2016.

LORENA, Sofia. Texas executa homem de 67 anos, 32 passados no corredor da morte. **Público**, 04 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/mundo/noticia/texas-executa-homem-de-67-anos-32-passados-no-corredor-da-morte-1697865>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

MACAÉ. Prefeitura municipal. **A história de Motta Coqueiro**. 2016. Disponível em: <<http://www.macaerj.gov.br/conteudo/leitura/titulo/a-historia-de-motta-coqueiro>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Pena capital e o direito à vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MITOS e fatos da pena de morte. **Amnistia Internacional**, 2016. Disponível em: <http://www.amnistiainternacional.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=77:mitos-e-factos-sobre-a-pena-de-morte-&catid=18:mitos-e-factos&Itemid=76>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**: os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Tradução de Amilcar Carletti. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Vida e morte no direito penal**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

PEIXOTO, Antonio Carlos Pinheiro. **Pena de morte**: um erro a ser evitado. Porto Alegre: Tchê!, 1995.

PERCIANI, Marcelo Vituzzo. A pena de morte em tempo de guerra. **Jus Militaris**, set. 2010. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/penamorte.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

PISKE, Orina. A noção de justiça e a concepção normativa legal do direito. **TJDT**, 22 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/a-nocao-de-justica-e-a-concepcao-nomativista-legal-do-direito-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

RICARDO, Paulo. **A Igreja mudou seu ensinamento com relação à pena de morte?**. 2016. Disponível em: <<https://padrepauloricardo.org/episodios/a-igreja-mudou-o-seu-ensinamento-com-relacao-a-pena-de-morte>>. Acesso em: 14 maio 2016.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de morte**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

ROUSSEAU, Jan-Jaques. **Contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Clássicos).

_____. Princípios do direito da guerra. **UNESP**, Marília, v. 34, n. 1, p. 149-172, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v34n1/a09v34n1.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Victor Melo Fabrício da. A aplicabilidade da pena capital no direito penal militar frente ao direito à vida do apenado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12651>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SOCIAL PROGRESS CAPACITY INDEX. **Segundo a Organização Social Progress Imperative, o Brasil ocupa a 122º em índice de segurança pessoal**. 2016. Disponível em: <http://www.socialprogressimperative.org/pt/data/spci/countries/BRA#data_table/components/BRA/>. Acesso em: 22 abr. 2016.

TRIBUNAL Penal Internacional. **Estatuto de Roma**. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE79CDC7CF02886/283783/Compendium3rd01SPA.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Pena de morte e os sistemas de penas no Brasil**. Porto Alegre: Pradense, 2012.