

A pena de morte no mundo contemporâneo: uma reflexão do direito à vida na cultura dos povos e nos principais sistemas jurídicos

RIBEIRO, Daniela Menengoti *

MARÇAL, Julia Dambrós**

O direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim.

(Carlos Ayres Britto)

Resumo: A pena de morte é a forma de punição que atualmente tem gerado inúmeras controvérsias em discussões que atingem tanto o meio acadêmico quanto a sociedade em geral. Pergunta-se: é justo privar um criminoso da vida? Os favoráveis alegam que a punição é eficaz por desempenhar uma função pedagógica e uma reprimenda a fim de prevenir a conduta culposa. Os opositores afirmam que é uma violação dos direitos humanos, além de argumentarem que a pena é aplicada de forma ineficaz e que, como consequência, são anualmente executados vários inocentes, além de a prisão perpétua ter suficiente poder de coerção da criminalidade, oferecendo, além disto, a vantagem da plena recuperação do criminoso. Nesse sentido, o trabalho busca resgatar, mediante um panorama histórico, a adoção da pena de morte no mundo, analisando, ademais, as abordagens feitas pelos marcos filosóficos em seus tempos. Destacar-se-á, ainda, o contexto jurídico contemporâneo dos grandes sistemas de direito que impõem aos indivíduos condenados pelo Estado a pena capital. Sem pretensão de esgotar este vasto e complexo tema, o trabalho objetiva contribuir para a conscientização e reflexão do cenário atual sobre a violação do maior bem jurídico tutelado: a vida humana.

Palavras-chave: Pena de morte. Direito à vida. Sistemas jurídicos.

* Professora de Direito Internacional na Universidade do Oeste de Santa Catarina; doutoranda em Direito-Relações Econômicas Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direito-Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Bolsista CNPq; Membro do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos da Universidade do Oeste de Santa Catarina; daniela.menengoti@gmail.com

** Graduada em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista de iniciação científica da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

1 Evolução histórica da pena de morte

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

Para o estudo do fenômeno punitivo, dentro de uma visão diacrônica, torna-se imprescindível examinar primeiramente suas origens, para que se possa perceber como o sentimento de punição ou castigo se expressa nos primeiros grupos de indivíduos.

Com o aparecimento das religiões, as regras de Direito Penal que foram surgindo através dos anos possuíam ligação direta com a "divindade", posto que a punição era aplicada em nome desta. O entendimento que se tinha nos tempos remotos era o de que quanto maior e mais cruel fosse a pena, melhor e mais eficiente ela seria.¹

O chamado "estado teológico" regia as antigas civilizações e, via de regra, as penas tinham sua justificativa nos fundamentos religiosos, que possuíam como fim satisfazer a divindade ofendida pelo crime. A vingança que outrora privada transformou-se gradativamente em divina.² Tamanha era a crença nas divindades entre os antigos, que a autoridade simbolizava a vontade dos deuses, dos quais emanava o direito de punir.³

Um bom exemplo da adoção do talião é encontrado na Bíblia, em Gênesis, IX, 6: "Aquele que derramar o sangue de alguém, será punido com a efusão do próprio sangue." Em Deuteronômio, XIX, 21: "Retribuireis a vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé."⁴

O talião que atualmente nos povos civilizados é símbolo de ferocidade bárbara; foi na humanidade primitiva um grande progresso moral e jurídico, justamente porque impôs um limite, uma medida à reação pela vindicta defensiva.⁵

O Código de Hamurabi, atinente ao Reinado da Babilônia, no séc. XXIII a.C, é a lei penal mais antiga que se tem conhecimento e foi encontrado por uma expedição francesa em 1901, na região da antiga Mesopotâmia, correspondente a cidade de Susa, atual Irã.

A composição era admitida somente nos pequenos delitos patrimoniais, prevalecendo o princípio do talião nas disposições penais ("olho por olho, dente por dente").⁶ Trata-se da primeira legislação que separou a Religião do Direito, porquanto nele a sanção se apresenta como vingança pública e a punição excluía o criminoso da proteção do Direito, o que era equivalente quase à pena de morte, no entanto, a regra que prevaleceu durante muitos séculos era a da pena capital.⁷

Precipualemente a pena neste momento da história tinha como fim o corpo do condenado, por meio de mutilações chegando até o indivíduo perder a vida. Por conseguinte, o condenado deveria ser mantido encarcerado até o momento da execução, aguardando a morte e o suplício que o acompanhava.⁸

¹ Falconi (2002, p. 35).

² Marques (2000, p. 11).

³ Marques (2000, p. 11).

⁴ Tasse (2004, p. 27).

⁵ Ferri (1998, p. 34).

⁶ Corrêa e Shecairea (2002, p. 27).

⁷ Zanon (2000, p. 146).

⁸ Corrêa e Shecairea (2002, p. 33).

A *lex talionis*, ou seja, a pena de morte era amplamente aplicada, seja na fogueira, na forca, seja por afogamento ou empalação. A mutilação era infligida de acordo com a natureza da ofensa.⁹

O Egito antigo conheceu várias formas de pena, entretanto, destacou-se a pena de morte para aqueles que cometiam delitos religiosos ou que atingissem o Faraó, a qual era aplicada de diversos modos, como: o uso de crocodilos, estrangulamento, decapitação, fogueira, embalsamento em vida, empalação, entre outras.¹⁰

Em face do seu caráter religioso, a justiça era administrada pelos sacerdotes escolhidos pelas principais cidades das três regiões em que se dividia. Caso a decisão no âmbito penal fosse condenatória, os culpados eram mantidos na prisão até o momento em que o Faraó decidisse qual punição seria imposta.¹¹

Outro direito fundado no princípio do talião fora o direito penal hebreu (1.300 a.C), também chamado de mosaico em razão da influência dos dez mandamentos de Moisés. O principal tipo de pena era a de morte, contudo, havia variações quanto às formas de execução, quais sejam: forca, cruz, serra, fogo, apedrejamento, espada, afogamento, roda, esquartejamento, animais ferozes, flecha, martírio, espinhos, queda em precipício, entre outras.¹² Destaca-se que os hebreus também acreditavam em um direito religioso, no qual a justiça é dada ao povo por Deus.

A lei das 12 tábuas fora produzida por órgãos legislativos em 500 a.C.; trata-se de uma fonte potente de estudo do direito romano antigo, pois retrata o meio social e suas formas definem um período da vida romana. A lei das 12 tábuas proibiu as penas capitais sem aprovação prévia dos comícios centuriados, retirando dos magistrados o poder de dispor da vida de seus semelhantes.

Nesta época as condenações à morte eram rápidas e fáceis. Entre as penas capitais, destaca-se a tábua IV, que trata do pátrio poder, a qual determina: "I - Que seja morta, segundo a Lei das XII Tábuas, a criança monstruosa." e na Tábua VIII, que trata dos delitos, determina que: "II - Contra aquele que destruiu o membro de outrem e não transigiu com o mutilado, seja aplicada a pena de talião."¹³

Do início do século VII, o Alcorão, ou simplesmente Corão, é o livro religioso e jurídico dos muçulmanos. Fundamentalmente religioso, apresenta descrições sobre o inferno e o paraíso e adota como lema o dito: "Alá é o único Deus e Maomé o seu Profeta." O seu conteúdo normativo revelou-se insuficiente na prática, o que gerou a necessidade de sua complementação mediante certos recursos lógicos e sociológicos. Ainda em vigor em alguns Estados, como Arábia Saudita e Irã, o Alcorão estabelece severas penalidades, entre elas encontram-se as penas de morte, penas de Talião, legitimação para o assassinato de infiéis, penas de chibatadas, entre outras.

No início da Idade Média, com a queda do Império Romano (em 476), o Ocidente sofreu no campo do Direito Penal as influências das "ordálias"¹⁴ ou "juízos de Deus" trazidos pelos povos Germanos. Tais práticas eram marcadas pelas superstições e pela crueldade, sem chances de defesa para os acusados, que deveriam caminhar sobre o fogo ou mergulhar em água fervente para provarem sua inocência. Por isso, raramente escapavam das punições.¹⁵

⁹ DHNET (2011).

¹⁰ Corrêa e Shecairea (2002, p. 27).

¹¹ Marques (2000, p. 13).

¹² Corrêa e Shecairea (2002, p. 27-28).

¹³ A lei das 12 tábuas. *Recanto das Letras*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2649327>>. Acesso em: 11 jul 2011.

¹⁴ "As "ordálias" consistiam uma forma cruel de tortura. Usava-se, por exemplo, "caldeirão de azeite", onde se colocavam os pés ou as mãos do investigado, com o inconveniente do fogo que o aquecia lentamente. Quanto mais resistisse o infeliz, mais provada estaria sua inocência [...] Também usavam a "coroa", aro que colocavam ao redor da cabeça da pessoa e gradativamente atarraxavam. Se não houvesse a "confissão", supunha-se "inocente" o investigado. Muitos morriam ou ficavam mutilados, simplesmente por não terem o que confessar." (FALCONI, 2002, p. 41).

¹⁵ Marques (2000, p. 27).

Este período do direito penal do terror foi marcado por grande influência da Igreja Católica que, em matéria penal, tinha atuação intensa nos julgamentos do Tribunal do Santo Ofício.¹⁶

Já o século XVIII, conhecido como Século das Luzes, foi marcado pelos ideais filosóficos que pregavam o domínio da razão, com demasiadas críticas à intolerância religiosa e ao ataque violento à injustiça.¹⁷ O desenvolvimento das ideias iluministas, sob a ótica penal, culminou com o período conhecido como humanista.¹⁸

No período humanitário não mais se admitiam os castigos corporais e suplícios degradantes, inclusive a pena de morte, porquanto o indivíduo não tinha a mínima oportunidade de se defender, tampouco de ser ouvido.¹⁹ A pena perdia igualmente seu caráter religioso, posto que houve o predomínio da razão sobre as questões espirituais por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas.²⁰

A ilustração desse século influenciou diretamente a Revolução Francesa e a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.²¹

2 A visão da pena de morte pelos marcos filosóficos

É cediço que por um longo período da história da humanidade, inclusive nos dias atuais, a pena de morte foi e é considerada legítima desde as origens das civilizações, e somente a partir de determinado período tal tema passou a ser amplamente discutido e repudiado por alguns autores.

Segundo Willian Couto Gonçalves, os filósofos da antiga filosofia grega prestaram sua contribuição, sobretudo para os povos que seguiram a cultura jurídica grego-romana.

Para se chegar a esse estágio secularizado dos Direitos Humanos, deu-se uma partida que no tempo se finca, germinativa, rudimentarmente e em um primeiro momento, sem desprezar as culturas precedentes à helênica, na epopeia com a *thémis*, para robustecer-se nos escritos hesiódicos, a partir das *dike*, *dikaïosyne* e *nomói*. Em um segundo momento, nas leis dos primeiros legisladores helênicos; em um terceiro momento, nos filósofos naturalistas; em um quarto momento, na sofística; vindo de se consumir nos limites temporais que agasalham o período clássico da filosofia grega, com Sócrates, Platão e Aristóteles.²²

O direito natural, hoje associado ao reconhecimento dos direitos humanos, já pode ser notado na ilustre versão clássica do mito sobre a Antígona, do dramaturgo grego Sófocles (496-405 a.C.), quando a personagem realiza todos os rituais fúnebres devidos em favor do irmão morto, como protesto ao descumprimento às ordens do governante, e em respeito a uma lei que se perde na origem dos tempos.

A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.²³

¹⁶ Tasse (2004, p. 28).

¹⁷ Tasse (2004, p. 31).

¹⁸ Tasse (2004, p. 33).

¹⁹ Zanon (2000, p. 146).

²⁰ Marques (2000, p. 52).

²¹ Marques (2000, p. 50).

²² Gonçalves (2007, p. 1-2).

²³ Sófocles (2003, p. 25).

Para iniciar a análise deste tema de grande discussão na esfera internacional ao longo dos séculos, destaca-se, primeiramente, o pensamento de Platão, que no Livro IX, da obra *As leis*, dedica algumas páginas ao problema das normas penais. O autor reconhece que “[...] a pena deve ter a finalidade de tornar melhor”; mas aduz que, “se se demonstrar que o delinquente é incurável, a morte será para ele o menor dos males.”²⁴

Cita também, casos em que a pena de morte deve ser aplicada, como: se um escravo, tomado pela cólera, matar o seu próprio senhor, os parentes do morto tratarão o assassino como o desejarem e se um escravo matar uma pessoa livre (que não seja seu senhor), movido pela cólera, seus senhores deverão entregar o escravo aos parentes do morto, e estes serão obrigados [pela lei] a dar cabo do culpado, fazendo-o do modo que preferirem.²⁵

Santo Tomás, por sua vez, propunha uma justiça penal retributiva e comutativa, conceito bem difundido na Idade Média. Dentro desse princípio, deveria haver uma proporção entre a falta e a pena imposta.²⁶ Na *Suma Teológica* chega a defender a pena de morte para aquele que se tornasse perigoso para a comunidade, assinalando ser “louvável e salutar, para a conservação do bem comum, pôr à morte aquele que se tornar perigoso para a comunidade e causa a perdição para ela.”²⁷

É com base nesta evolução de pensamento que a Declaração de Direito de 1689 (*Bill of Rights of 1689*), instrumento instituído pelo Parlamento inglês, determinou, entre outras questões, a liberdade, a vida e a propriedade privada, assegurando a separação dos poderes e a limitação do poder absoluto do rei, por intermédio da monarquia constitucional.

O contratualista Jean Jacques Rousseau, em sua obra *Do contrato social*, (1762) aduz que o tratado social tem por finalidade conservar os contratantes e, quem deseja conservar sua vida à custa dos outros, deve oferecê-la também pelos outros quando for necessário.

O autor destaca que quando o Príncipe lhe diz: “É útil ao Estado que morras”, o sujeito deve morrer, pois foi sob esta condição que viveu até agora em segurança, e que sua vida não é apenas uma dádiva da natureza, mas um dom condicional do Estado. Ademais, todo malfeitor ataca o direito social e torna-se por seus crimes, traidor da pátria; por conseguinte, deixa de ser seu membro em razão de ter violado suas leis. Destaca, ainda, que os processos e o julgamento são as provas de que o indivíduo rompeu o tratado social, e, conseqüentemente, não é mais membro do Estado.²⁸

Outros autores, como Kant e Hegel defendem uma rigorosa teoria retributiva da pena, os quais chegam à conclusão de que a pena de morte é um dever. Kant entende que a função da pena não é prevenir delitos, e sim, simplesmente uma maneira de se fazer justiça, ou seja, fazer com que haja uma perfeita correspondência entre o crime e o castigo. O dever da pena de morte é privativa do Estado e trata-se de um imperativo categórico e não de um imperativo hipotético.

Em sua obra, o filósofo cita: “se ele matou, *deve morrer*”, não há outra compensação entre o delito e a punição, há apenas a morte juridicamente infligida ao criminoso.²⁹

É necessário chegar ao século XVIII no período Iluminista para haver pela primeira vez um vasto debate no que atine à pena capital. O autor consagrado deste período fora Cesare Beccaria,³⁰

²⁴ Platão. *As leis*, 854 (apud BOBBIO, 1992, p. 161).

²⁵ Platão (2011, p. 359).

²⁶ Marques (2000, p. 33).

²⁷ Aquino (1980, p. 2540 apud MARQUES, 2000, p. 34).

²⁸ Rousseau ([19--]), p. 45-46).

²⁹ Kant (1992, p. 161).

³⁰ O tratado de Beccaria é a primeira declaração sucinta e sistemática dos princípios que regem a punição criminal. Embora muitas das ideias expressas foram familiares, no entanto, representa um grande avanço no pensamento criminológico. O argumento do livro é fundado no princípio utilitarista de que a política governamental deve procurar o bem maior para o maior número [...] Beccaria foi o primeiro escritor moderno a defender a abolição total da pena capital e, portanto, pode ser considerado como um dos fundadores dos movimentos abolicionistas que persistiram na maioria das nações civilizadas desde a

primeiro abolicionista da pena de morte, em razão de considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral; o autor insurgiu-se de forma abrangente contra as injustiças do absolutismo do século XVIII.³¹

Quando pronunciou a primeira clamorosa condenação da pena de morte, um dos argumentos apresentados foi que a prisão perpétua tinha uma intimidação maior do que a morte, por conseguinte, esta não era “nem útil nem necessária.”³² Isso porque, pode-se dizer que a escravidão perpétua pode ser encarada do mesmo modo uma pena rigorosa e tão cruel quanto à morte. Para o autor, a pena de escravidão possui uma vantagem, “[...] quanto ao que se refere à sociedade, é que atemoriza mais aquele que a testemunha do que aquele que a sofre, pois o primeiro leva em consideração a soma dos instantes infelizes, enquanto que o segundo se abstrai de suas penas futuras pelo sentimento da infelicidade atual.”³³

Para Beccaria, a pena de morte, pois, não se apoia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse indivíduo.³⁴ Aduz, ainda, que “[...] para a maioria dos que assistem à execução de um criminoso, o suplício torna-se apenas um espetáculo; alguns poucos consideram-no objeto digno de piedade misturado à indignação.”³⁵

A partir da obra *Dos delitos e das penas*, a qual se tornou objeto de ampla discussão, não foi somente com o escopo de saber se a pena capital é eticamente lícita, e sim, se também é realmente a maior das penas.³⁶ Norberto Bobbio afirma que os argumentos de Beccaria são utilitaristas, no sentido de que contestam a utilidade da pena de morte.³⁷

Hegel vai além, porquanto afirma que o delinquente não somente deve ser punido com uma pena correspondente ao crime cometido, mas tem o direito de ser punido com a morte, haja vista que somente a punição o resgata e é apenas por meio dela que ele é reconhecido como ser racional. Em um adendo, contudo, o autor reconhece que a obra de Beccaria teve, pelo menos, o efeito de reduzir o número de condenações à morte.³⁸

Por fim, duas são as concepções tradicionais: a *retributiva*, que abarca a teoria de Kant; Hegel que se funda na regra da justiça como igualdade, segundo a máxima de que é justo que quem realizou uma má-ação seja punido pelo mesmo mal que causou a outrem, conforme a lei de talião “olho por olho”, e de que é justo que quem mata, também seja morto, pois quem não respeita à vida, perde tal direito quem o tirou de outro; em contrapartida, há também a teoria *preventiva*, a qual é fundada no sentido de que o objetivo da pena é desencorajar o indivíduo, ameaçando-o com um mal. Nesta concepção, a pena de morte somente é justificada caso se possa demonstrar que a sua força de intimidação é grande o bastante e ainda superior à de qualquer outra pena.³⁹ Os defensores da pena de morte seguem uma concepção ética da justiça, enquanto os abolicionistas são seguidores de uma concepção utilitarista.⁴⁰

sua época. Disponível em: <<http://www.biography.com/articles/Cesare-Beccaria-39630>>. Acesso em: 15 maio 2011.

³¹ Marques (2000, p. 52).

³² Bobbio (1990, p. 190).

³³ Beccaria (2000, p. 55).

³⁴ Beccaria (2000, p. 51).

³⁵ Beccaria (2000, p. 53).

³⁶ Bobbio (1992, p. 183).

³⁷ Bobbio (1992, p. 163).

³⁸ Hegel (1992, p. 166).

³⁹ Hegel (1992, p. 170).

⁴⁰ Hegel (1992, p. 172).

3 Contexto jurídico da adoção da pena de morte no mundo contemporâneo

Após o período de estagnação do século XVIII, porém ainda sob os escombros da recém-terminada Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos direitos humanos adotada pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1948, reacendeu na cena internacional a promoção dos direitos individuais, buscando livrar a humanidade contra experiências similares à do nazifascismo.

Influenciada pelo constitucionalismo ocidental do Estado Liberal de Direito, a Declaração não somente impôs ao Estado a obrigação de respeitar os direitos do homem e do cidadão, como também, determinou ou dever de garanti-los.

O documento universal de garantia dos direitos humanos sintetiza, em seu preâmbulo,

[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...] o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...] que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão [...] promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações.⁴¹

A consolidação mundial da proteção aos direitos humanos dos últimos séculos teve como marco teórico a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e inaugurou no âmbito internacional, instrumentos jurídicos e órgãos judiciais autônomos de proteção à vida, à liberdade e à dignidade do ser humano, a exemplo da Corte Europeia dos Direitos Humanos instituída pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1953, e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, inaugurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao tratar dos direitos à incolumidade pessoal, prevê proteção à integridade moral do condenado na aplicação e na execução da pena (art. 5º, n. 1), respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (art. 5º, n. 2) e à sua honra (art. 11, n. 2).

Ao longo dos anos, vários órgãos da ONU discutiram e aprovaram medidas de apoio à chamada para a abolição universal da pena de morte, a exemplo das Resoluções 62/149 e 63/168 aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2007 e 2008, respectivamente, e que se solicitava moratória para o uso da pena de morte.

A Resolução de 2007, apresentada pela Itália e apoiada por 87 nações, foi aprovada por 99 votos a favor e 52 contra, com 33 abstenções, e ambos os instrumentos convocaram os Estados-membros da ONU para a caminhada rumo à abolição, restringindo o número de delitos para os quais é utilizada, além de alertar os que aboliram a não a reintroduzirem.

Apesar das Resoluções da Assembleia Geral não possuírem efeito vinculativo para os Estados-membros da ONU, verificou-se, desde então, que organizações regionais e Organizações não governamentais (ONGs) adotaram os documentos como um passo para se banir a pena de morte nos sistemas jurídicos do mundo.

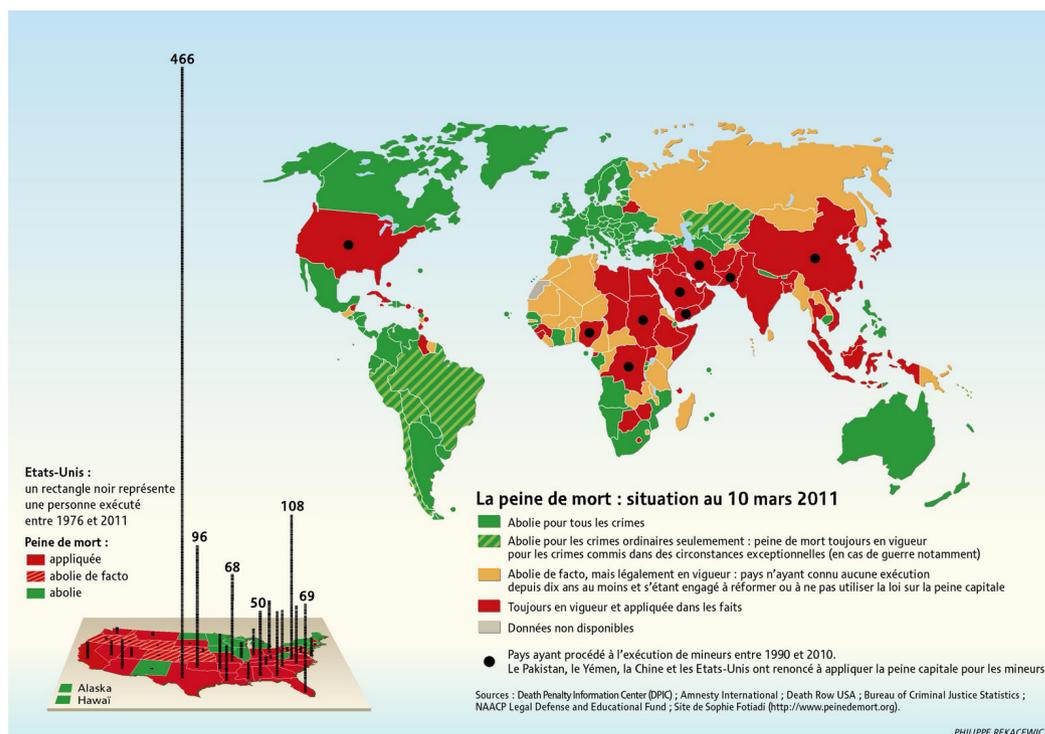
Segundo a Anistia Internacional, ONG internacional em defesa da abolição, a pena de morte viola os direitos garantidos pela Declaração que reconhece em seu artigo III que "toda pessoa tem direito à

⁴¹ Brasil (2011).

vida, à liberdade e à segurança pessoal” e em seu artigo V que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”⁴²

A pena de morte é a negação mais extrema dos direitos humanos: consiste no assassinato premeditado e a sangue frio pelas mãos do Estado. Este castigo cruel, desumano e degradante, que se impõe em nome da justiça, viola o direito à vida, consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁴³

Conforme pode ser constatado pela cartografia⁴⁴ a seguir, a pena de morte encontra-se abolida em quase todos os países da Europa e da Oceania. Na América do Norte foi abolida no Canadá, no México e em algumas partes dos Estados Unidos. Na América do Sul, países, como o Brasil e a Argentina ainda mantêm a pena capital para crimes militares cometidos em tempos de guerra.



Mapa 1: Situação de morte nos países.

Fonte: Le Monde Diplomatique (2011).

No Brasil, o texto constitucional de 1937 que instituía o regime ditatorial do Estado Novo, estabeleceu também a pena de morte. Em 1946, o governo de Eurico Gaspar Dutra restabeleceu os direitos individuais e extinguiu a pena capital.

No período da colonização, os capitães das 15 capitanias originárias, “[...] decidiam sem apelação todas as causas civis e podiam condenar à morte escravos, trabalhadores braçais e indígenas livres.”⁴⁵ Em 1832, aprovou um código de processo penal no qual abolia a pena de morte para crimes políticos.

⁴² Brasil (2011, tradução nossa).

⁴³ “La pena de muerte es la negación más extrema de los derechos humanos: consiste en el homicidio premeditado y a sangre fría a manos del Estado. Este castigo cruel, inhumano y degradante, que se impone en nombre de la justicia, viola el derecho a la vida, proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.” (AMNESTY INTERNATIONAL, 2011).

⁴⁴ Le Monde Diplomatique (2011).

⁴⁵ Losana (2007, p. 264).

Atualmente, a Constituição do Brasil de 1988 é a única de língua portuguesa que prevê a pena de morte ainda que para casos excepcionais, conforme determina o art. 5º, inciso XLVII: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada.”

Nestes termos, a pena de morte aplicada a militares em tempo de guerra é regulamentada pelo Código Militar Penal Brasileiro, com previsão de executada por fuzilamento, possível, entre outros casos no de traição à pátria, favor ao inimigo e fuga ou deserção em presença de inimigo.

Apesar de o Brasil reconhecer a pena de morte em casos excepcionais, a Constituição Federal de 1988, seguindo as diretrizes do pensamento universal, assegura pela letra da lei aos presos, o respeito à integridade moral (art. 5º, XLIX), conforme a regra de que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III).

Na Europa, as opiniões contra as penas não letais somente tiveram o efeito de reduzir o número de condenações a partir da segunda metade do século XIX, quando começou a ser, vagarosamente, abolida.

Nos Estados Unidos, 36 dos 50 estados, bem como o governo federal americano, ainda admitem a pena de morte como forma de punição para os crimes comuns. O mesmo ocorre na Guatemala e na maior parte do Caribe, da Ásia e da África.

Mario Losano lembra que,

[...] na origem do direito consuetudinário africano (e, ainda hoje, nas tribos mais primitivas, a visão animista do mundo leva a conceber os objetos pessoais como prolongamento da personalidade individual, de forma que o furto se configura como atentado à integridade da vítima, sendo assim punido com penas severíssimas (mutilação ou morte).⁴⁶

Entre os países com sistemas políticos democráticos, os Estados Unidos da América e o Japão são os únicos que efetivamente aplicam a pena. Também é possível verificar a adoção da pena de morte na China socialista, no Irã de sistema de governo teocrático e em grande parte do Oriente Médio.

Apesar de se reconhecer que os ordenamentos jurídicos de Estados de maioria islâmica receberam, a partir do início do século XX, forte influência de normas jurídicas de matriz romano-germânica e anglo-saxônica, o movimento pelo revigoramento do islamismo reivindicou a reintrodução do Shari'a no ordenamento jurídico estatal, o que se evidenciou bem-sucedida na República Islâmica do Irã.

A partir dos anos 1960, com o processo de ocidentalização tecnológica, foi possível verificar uma reavaliação da religião do Islã, e, por consequência, do direito.

Ao invés de eliminar o direito islâmico adotando os códigos e a legislação parlamentar de tipo ocidental, numerosos Estados muçulmanos passaram a reintroduzir as normas islâmicas naqueles códigos e leis. A lapidação ou a amputação da mão do ladrão, tradicionalmente aplicadas na conservadora Arábia Saudita, voltaram a ser usadas na Líbia, nos Emirados Árabes Unidos e no Paquistão. No Egito, em 1977, foram apresentadas quatro propostas legislativas para introduzir penas severas contra a usura, a lapidação contra os adultérios, o corte da mão do ladrão, o corte da perna para o ladrão reincidente e, enfim, a pena de morte para o apóstata.⁴⁷

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de origem ocidental, tem sua legitimidade questionada no mundo muçulmano, nomeadamente a partir da Revolução Islâmica do Irã, em 1979,

⁴⁶ Losano (2007, p. 359).

⁴⁷ Losano (2007, p. 445).

que derrubou a monarquia pró-Occidente, do Xá Reza Pahlevi, e instaurou República islâmica com contornos de teocracia de orientação xiita.

A Lei Penal chinesa que entrou em vigor em 1979 prevê a punição de morte para crimes econômicos, fraude e tráfico ilegal de produtos e animais. Em janeiro de 2011, o órgão legislativo chinês excluiu da lista, entre outros delitos, a fraude em faturas de documentos financeiros, cartões de crédito e do pagamento do imposto do valor agregado, porém ainda permanecem na lista 55 tipos penais passíveis da aplicação da pena de morte no país.

Segundo a Fundação Dui Hua, ONG dedicada a frear a pena de morte na China e nos Estados Unidos, a China é o país que mais execuções aplica ao ano, com 5 mil, o que representa mais de 70% das praticadas no mundo todo.⁴⁸ Os Estados Unidos são o segundo país onde mais pessoas são executadas anualmente.

Para René David, após a morte de Mao Tse-Tung, em 1976, os novos dirigentes, humilhados durante a revolução cultural, sentiram a necessidade de tranquilizar os chineses impondo obstáculos às injustiças e mostrando-se mais legalistas, garantindo aos estrangeiros a segurança de investir na China. Assim, "ao adotar um código penal, os dirigentes quiseram também combater a crescente criminalidade, esperando que o conjunto de regras tivesse um efeito dissuasivo."⁴⁹

Segundo Losano, ao se fazer o balanço da Revolução Francesa aos nossos dias, pode-se dizer que as funções da pena são reduzidas a três:

[...] proteger a sociedade de quem se demonstrou seu inimigo; intimidar quem seria tentado a imitá-lo; reabilitar o criminoso. Este último elemento distingue as sociedades modernas das tradicionais e explica a rejeição da pena de morte, que aumenta a defesa social e a intimidação, mas elimina toda possibilidade de recuperação social do desviante. Não por acaso se assiste a um retorno na direção da pena de morte por parte de certos grupos de pressão quando os conflitos sociais parecem ter chegado a tal deterioração, a ponto de eliminar toda possibilidade de diálogo entre pertencentes a classes antagônicas.⁵⁰

Em dezembro de 2010, e pela terceira vez, a Assembleia Geral da ONU aprovou uma nova moratória universal da pena de morte. Nesta oportunidade, 190 países votaram a favor e 41 contra, 35 se abstiveram e sete estavam ausentes. Três dos países que anteriormente haviam votado contra a moratória – Kiribati, Maldivas e Mongólia – e outros três que se abstiveram – Butão, Guatemala e Togo – votaram a favor.

Destaca-se ainda como importante evento em 2010, que aboliu a pena de morte para todos os crimes pelo Gabão, e a moratória às execuções concedidas pelo atual Presidente da Mongólia.

Por outro lado, o movimento da Anistia Internacional aponta que, em 2010, 23 países realizaram execuções e 67 sentenças de morte foram impostas; os métodos de execução utilizados foram: decapitação, eletrocussão, enforcamento, injeção letal e tiro.⁵¹

4 O direito à vida como direito humano fundamental

A doutrina vem adotando amplamente a assertiva de que há certa heterogeneidade no que atine à ausência de um consenso doutrinário na esfera tanto conceitual quanto terminológica para a expressão

⁴⁸ Revista Época (2011).

⁴⁹ David (2002, p. 601).

⁵⁰ Losano (2007, p. 118).

⁵¹ Amnesty International (2011).

direitos fundamentais, posto que, não raras vezes, outras expressões, como “direitos humanos”, “direitos do homem” e “direitos subjetivos” são utilizadas equivocadamente como sinônimos. Nesta senda, mister fazer uma distinção entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.⁵²

Não há dúvidas de que os *direitos fundamentais* também são *direitos humanos*; seu titular sempre será o ser humano, contudo, aqueles são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que os *direitos humanos* estão intimamente ligados aos documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com a Constituição, razão pela qual possuem validade universal para todos os povos e tempos, possuindo, assim, seu caráter supranacional.⁵³ Assim, ao analisar a diferenciação dos direitos humanos e fundamentais, tem-se que os termos são reciprocamente complementares.⁵⁴ As gerações de direitos humanos correspondem às dimensões dos direitos fundamentais.⁵⁵

A concepção de direitos fundamentais é ampla devido à proteção interna que cada país estabelece em seu ordenamento jurídico; normalmente eles se encontram especificados na Constituição, a qual também prevê um tratamento especial para estes direitos. Assim, pois, a determinação dos direitos fundamentais no seio de um ordenamento jurídico não é uma tarefa que tem de deixar à livre especulação, porquanto direitos fundamentais vêm determinados positivamente.⁵⁶

Alexandre de Moraes⁵⁷ conceitua o direito à vida como o mais fundamental de todos os direitos, visto que se constitui em pré-requisito para a existência e exercício de todos os demais. Trata-se de um direito subjetivo de defesa, haja vista ser indiscutível a prerrogativa de o indivíduo afirmar o direito de viver.

O ser humano tem o direito perante o Estado de não ser morto por este, e o Estado, por sua vez, tem a obrigação de abster-se de atentar contra a vida do ser humano; logo, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de outrem.⁵⁸

Portanto, a negativa a um ser humano do gozo do direito à vida significa a sua redução a um mero objeto, e, por consequência, restará destituído de dignidade. Este é o motivo pelo qual se entende como expressão máxima da dignidade humana a preservação da vida.⁵⁹

Nesta senda, cumpre salientar a dificuldade encontrada na doutrina quanto à conceituação da expressão *dignidade da pessoa humana*, e, ainda, qual o seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental. Destaca-se que esta dificuldade decorre dos contornos vagos e imprecisos caracterizados por sua “ambiguidade e porosidade”.⁶⁰

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade deve ser entendida como uma qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo caracterizada pela irrenunciabilidade e inalienabilidade, pois constitui elemento que qualifica o ser humano como tal, devendo ser protegida, respeitada e promovida, não podendo ser criada, concedida ou retirada. A dignidade é algo real vivenciado por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que ela é agredida.⁶¹

Por se tratar de uma qualidade intrínseca – como dito alhures, deve ser reconhecida em cada ser humano por parte do Estado e da comunidade em geral, neste ponto, implica um complexo de direitos

⁵² Sarlet (2007, p. 33).

⁵³ Sarlet (2007, p. 35-36).

⁵⁴ Hesse (2009, p. 36).

⁵⁵ Guerra Filho (2007, p. 43).

⁵⁶ Robles (1992, p. 20).

⁵⁷ Moraes (2000, p. 61 apud ROBERTO, 2011, p. 6).

⁵⁸ Canotilho (2000, p. 526, 533, 539 apud ROBERTO, 2011, p. 4).

⁵⁹ Baez (2010, p. 7129).

⁶⁰ Rocha (2009, p. 20).

⁶¹ Sarlet (2009, p. 17-18, 20).

e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo ato de cunho degradante e desumano, garantindo ao indivíduo condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁶²

Ademais, não se deverá olvidar que a dignidade, de acordo com a opinião majoritária, independe de circunstâncias concretas, já que é inerente a toda e qualquer pessoa humana, até mesmo ao maior dos criminosos, pois são iguais em dignidade no sentido de serem reconhecidos como pessoas, malgrado não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.⁶³

Há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana, porquanto a dignidade também deve ser vista sob o ponto de vista cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente.⁶⁴

Nesse contexto, as teorias de Kant, Benedetto Croce e Pérez-Luño demonstram que a dignidade humana é mais bem compreendida quando separada em dois níveis, quais sejam: 1) a dimensão básica, onde se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais à existência humana, impedindo a sua coisificação, a qual abarca as ponderações de Kant; 2) a dimensão cultural, na qual se encontram as teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño onde estão inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, os quais buscam atender às demandas em cada sociedade em diferentes lapsos temporais.⁶⁵

Tendo em mira que o direito à vida é reconhecido como direito humano universal, o qual deve ser respeitado e preservado por todos,⁶⁶ pode-se afirmar que tal direito é encontrado na dimensão básica da dignidade humana por ser universal, logo, deve ser observado em qualquer tipo de cultura.

A violação da dignidade em sua dimensão básica é facilmente constatada, visto que estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer redução de seu *status* de sujeito de direitos, para o de mero instrumento ou coisa.⁶⁷

Salienta-se que o grande legado do pensamento kantiano é que o ser humano deve ser considerado como fim em si mesmo, jamais como instrumento de submissão a outrem, sob pena de seus princípios não servirem de parâmetro de leis morais universais.

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*.⁶⁸

O próprio Dworkin ao tratar do conteúdo da dignidade da pessoa humana, acaba reportando-se à doutrina de Kant, ao lembrar que o ser humano jamais poderá ser tratado como objeto, haja vista o fato de que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.⁶⁹

Por sua vez, a dimensão cultural abre espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, pois representa as formas e condições às quais a dignidade humana, em sua dimensão básica, é implementada pelos diversos grupos sociais ao longo da história, a fim de se construir significados

⁶² Sarlet (2009, p. 37).

⁶³ Sarlet (2009, p. 21).

⁶⁴ Häberle (1987, p. 86 apud SARLET, 2009, p. 28).

⁶⁵ Baez (2010, p. 7125).

⁶⁶ Baez (2007, p. 78).

⁶⁷ Baez (2010, p. 7126).

⁶⁸ Kant (2009, p. 72).

⁶⁹ Dworkin (2009, p. 36).

passíveis de serem entendidos interculturalmente. Por conseguinte, não é uniforme, tampouco pode abarcar uma padronização moral, haja vista sua caracterização de variação no tempo e no espaço de acordo com as peculiaridades de cada grupo social.⁷⁰

Feitas essas considerações, o direito à vida é inserido na dimensão básica defendida por Kant, por constituir um direito humano fundamental que impede a coisificação do indivíduo; e inobstante as questões culturais (segundo nível de proteção dos direitos humanos) sejam garantidoras dos direitos humanos, o direito à vida deve ser sempre o bem maior tutelado.

Isso porque, onde não houver respeito pela vida ou ainda pela integridade física e moral do ser humano e não haver limitação do poder do Estado, bem como se os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá o espaço necessário para a dignidade da pessoa humana. E o indivíduo, por seu turno, poderá não passar de um mero objeto de arbítrio e injustiças.⁷¹

Contudo, ressalta-se que para evitar que males decorrentes da prepotência cultural afetem a dignidade dos indivíduos, é necessário que haja um conjunto de valores universais capazes de se envolver com as mais diferentes culturas existentes no mundo atual, para que, assim, seja garantida a preservação da vida humana,⁷² e em que pese haja grande heterogeneidade em razão das diferentes culturas existentes, a partir do momento em que determinadas práticas venham de encontro aos ditames preconizados pela dimensão básica, tais atos não podem ser relevados por violarem direitos inerentes a cada indivíduo.

Conclusão

Têm-se que os direitos humanos não são estáticos, acompanhando o processo histórico, que conhece avanços e retrocessos, e são radicados em uma série de direitos naturais do homem, reconhecidos pela sua própria condição humana e não necessariamente por concessões da sociedade política.

A evolução dos direitos humanos e o protesto do direito à vida encontram respostas na afirmação do “homem” nas instituições sociais modernas. E, nessa perspectiva, a pena de morte proclamada por tiranos, monarcas e legisladores que desconheciam a natureza humana, passam a ser reconhecidas não somente uma negação do direito à vida, mas também uma ofensa à dignidade humana.

A experiência convence que a pena capital raras vezes é repressiva ante o homem determinado a cometer qualquer delito, e os Estados, não sem oferecer ao réu estímulo e ajuda para corrigir seus erros, contam com meios para preservar a ordem pública e a segurança das pessoas.

Ademais, decisões de penas de morte incorrem em numerosos erros, como o de castigar pessoas inocentes, de estimular formas de vingança, de ofensa à inviolabilidade da vida humana, e, acima de tudo, de obstar o exercício do humanismo.

Métodos não letais de prevenção e de castigo correspondem melhor às condições concretas do bem comum e atendem em melhor extensão a dignidade da pessoa humana, garantida e reconhecida em instrumentos jurídicos internacionais.

Esse humanismo jurídico, caracterizado pela defesa do ser humano por meio do direito, deve ser legitimado pela atuação da justiça criminal, por meio da reeducação, da recuperação e

⁷⁰ Höffe (2005, p. 77-78 apud BAEZ, 2010, p. 9-10,12).

⁷¹ Sarlet (2009, p. 35).

⁷² Baez (2007, p. 77-78).

da ressocialização do criminoso. É a vida do criminoso em todos os seus aspectos (morais, sociais, biológicos, etc.) o objeto dessa justiça.

É necessário, assim, despertar a sociedade internacional para o exercício da humanização da vida, a fim de quebrar os ciclos culturais que impedem a afirmação da dignidade dos indivíduos e a garantia da preservação da vida humana.

Repensar políticas públicas que tornem possível a convivência e deliberação coletivas por meio da validação de valores universalmente aceitos é um dever e um desafio dos Estados e da sociedade contemporânea.

Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. *A problemática dos direitos humanos no mundo globalizado*. Rio de Janeiro, 2007.

_____. Dimensões de aplicação e efetividade dos direitos humanos. CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis: *Anais...* Fundação Boiteux, 2010.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

_____. *Biografia*. Disponível em: <<http://www.biography.com/articles/Cesare-Beccaria-39630>>. Acesso em: 15 maio 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIREA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DHNET. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 13 maio 2011.

FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ícone, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS, 2007.

GONÇALVES, William Couto. *Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. *Significado dos direitos fundamentais*. Temas fundamentais do Direito Constitucional. Tradução Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

LE MONDE DIPLOMATIQUE. Disponível em: <<http://www.monde-diplomatique.fr/cartes/peinedemort>>. Acesso em: 17 jul. 2011.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PLATÃO. *As leis*. Disponível em: <<http://search.4shared.com/q/30/plat%C3%A3o>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

RECANTO DAS LETRAS. *A lei das doze tábuas*. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2649327>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

REVISTA ÉPOCA. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI214200-15227,00.html>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *O direito à vida*. Disponível em: <http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf>. Acesso em: 28 maio 2011.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid, 1992.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: discurso sobre a economia política*. 7. ed. Curitiba: Hemus Editora, s/d.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

_____. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução Millôr Fernandes. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

TASSE, Adel El. *Teoria da pena: pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2004.

ZANON, Artemio. *Introdução à ciência do direito penal*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.