

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE

CURSO DE DIREITO

RAQUEL CITTADIN

**A MORTE COMO PENA E OS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO
DOS ARGUMENTOS ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DA PENA
DE MORTE**

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

RAQUEL CITTADIN

**A MORTE COMO PENA E OS DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO
DOS ARGUMENTOS ACERCA DA (IN) APLICABILIDADE DA PENA
DE MORTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina –
UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Paulo Henrique Burg Conti

CRICIÚMA, JUNHO DE 2011

RAQUEL CITTADIN

A MORTE COMO PENA E OS DIREITOS HUMANOS

Trabalho de conclusão de curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Fundamental, Direito Penal e Pena de Morte.

Criciúma, 22 de junho de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Paulo Henrique Burg Conti – UNESC - Orientador

Prof. Esp. Alfredo Engelmann Filho – UNESC

Prof. Msc. Mônica Ovinski de Camargo Cortina – UNESC

Toda minha dedicação e zelo, desempenhados na realização deste trabalho, o qual representa o fim da minha trajetória acadêmica, destino à pessoa que por força maior não poderá estar ao meu lado comemorando a conclusão dessa etapa tão esperada pela mesma, mas que com toda certeza está orgulhosa por mim. É ao homem da minha vida, meu amor eterno, meu orgulho, ao meu PAI que dedico todo o meu trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente me mostro grata à todos os professores com que tive o prazer de compartilhar cinco anos de batalha, angústia, medo, tristeza, êxtase, alegria, realização, aprendizagem, novas experiências, bem como crescimento pessoal e profissional. A vocês, professores que marcaram esta importante etapa da minha vida, registro minha plena gratidão.

Ao professor Paulo Henrique Burg Conti, anoto um agradecimento especial, por ter me acompanhado e auxiliando durante um ano, na construção do presente trabalho, me acalmando nas horas de desespero, dando força e incentivo. Ao meu Orientador, muito obrigada por tudo!

Não poderia deixar de agradecer todos os meus familiares, amigos e colegas de trabalho, pessoas estas que, significativamente, contribuíram para a minha chegada até aqui, na finalização de mais um estágio da minha vivência.

Dentre todos os meus amigos que mais estimo, exaro minha gratidão em nome da pessoa que viveu juntamente com a minha pessoa todos os passos do banco acadêmico, esta que pude compartilhar todas as dificuldades, trapalhadas, desabafo, choro, conhecimento, momentos de risos intensos. Agradeço o teu companheirismo, compreensão, a tua amizade Ediane.

Agradeço também o meu namorado, por ter aturando, muito mau humor e estress, embora, sinceramente, eu não tenha sido uma das melhores pessoas nestes últimos tempos. Obrigada Igor pela sua compreensão.

Com apreço, agradeço à Renata Cittadin, pessoa de notável importância, minha irmã, amiga, companheira e cúmplice. Obrigada pelos momentos de alegria, tristeza, brigas e calmarias, estes que juntamente com os grandiosos ensinamentos de nossos pais, que a transformou na pessoa maravilhosa que és.

Em destaque, registro minha célebre gratidão aos meus pais, Celso Cittadin e Rejane Cambuzzi Cittadin. Pessoas de maior importância pra mim, estas, que me criticam quando necessário for, me apóiam, me incentivam em todos os momentos, acreditando no meu sucesso. À eles devo, minha sabedoria, meus valores, parte de minha personalidade, em fim minha existência. À vocês, meu pai e minha mãe, a minha eterna gratidão por tudo que vocês me possibilitaram viver e principalmente pelo amor que vocês me doaram e me ensinaram a doar.

“[...] A tua morte é minha vida! Eis, em síntese, a exclamação do egoísmo humano! Eis o princípio da luta para a sobrevivência! Matar para sobreviver. [...]”

Karl Josef Anton Mittermaier

RESUMO

O presente trabalho possui o intento de pesquisar os posicionamentos divergentes que há a respeito da utilização da pena de morte, uma vez que se verifica a existência de uma notável proteção dos direitos humanos, a qual se materializa através das normas, princípios constitucionais e tratados internacionais. Todavia, ainda há a discussão sobre a utilidade da pena de morte, encontrando-se posicionamentos e justificativas favoráveis à aplicação de citada pena. As discussões encontradas entre Carta Magna, tratados internacionais e doutrina, versam sobre a questão de que a aplicação da pena de morte fere gravemente o direito à dignidade da pessoa humana e, principalmente, o direito à vida, ambos considerados direitos fundamentais. Diante das afirmações contraditórias, verifica-se a importância do presente estudo, o qual possui o objetivo de esclarecer os pontos favoráveis e contrários à utilização da morte como uma forma de punir, demonstrando com a explanação dos direitos humanos, o impacto que a pena de morte causaria na sociedade, analisando se a aplicação de mencionada pena obedeceria a finalidade de inibir a prática de crimes ou causaria uma revolta, devido o tratamento desigual, desumano, bem como o incentivo à prática do homicídio, com a instituição do mesmo, de forma lícita, praticado pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos Fundamentais. Pena de Morte.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

UNESC – Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITOS HUMANOS.....	12
1.1 Origem e Desenvolvimento Histórico	12
1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos.....	19
1.3 A Dignidade da Pessoa Humana	24
2. A PENA DE MORTE NO BRASIL.....	30
2.1 Período Colonial	30
2.2 Os Códigos Criminais.....	35
2.3 As Constituições Federais	39
3. DEBATE A RESPEITO DA (IN) APLICABILIDADE DA PENA DE MORTE	46
3.1 Argumentos Favoráveis a Aplicação da Pena de Morte	46
3.2 Argumentos desfavoráveis a Aplicação da Pena de Morte.....	53
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Na construção do presente trabalho será empregado o método dedutivo, o qual tem como objeto a utilização da pesquisa teórica para ao fim levantar os argumentos prós e contra a imposição da pena de morte no Brasil.

Assim, analisar-se-á todo o contexto histórico dos Direitos Humanos, desde o reconhecimento da pessoa como ser humano até consideração de que toda pessoa é única, dotada de qualidades especiais, como a capacidade de amar, descobrir, transformar, criar, sendo então verificada a necessidade de proteção do ser humano, admitindo que este devesse possuir direitos aparadores da condição humana.

Da mesma forma, abordará um breve histórico do direito penal no Brasil, no que se refere a aplicação da pena de morte, considerando que o período de modificações das leis penais se estende desde o Brasil Colônia, com as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas; passando pelos Códigos criminais até o Código Penal de 1940; bem como as Constituições Federais de 1824 até a de 1988. Nestes momentos consegue-se visualizar, também, a evolução das condições humanas da pessoa do criminoso.

Após análise da conquista dos direitos humanos e do período em que vigorava no país a pena de morte e a forma como referida pena era aplicada, passa-se ao estudo dos pontos controvertidos, no que se refere a utilização ou não da pena objeto do presente trabalho, sendo que existe um grande debate com justificativas favoráveis e contra a utilização da morte como forma de punir.

Destarte, de modo a se buscar para uma análise mais científica, se mostra necessário o estudo histórico dos direitos humanos no Brasil, juntamente com os tratados internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização dos Estados Americanos (OEA) que versam sobre direitos humanos e abolição da pena de morte, juntamente com os aspectos históricos da pena de morte no Brasil, desde o período em que o Brasil era Colônia de Portugal até a Constituição de 1988, na tentativa de verificar a condições penais, sociais e humanas, da época para assim relacionar com a atualidade do ser humano.

Neste sentido o trabalho busca examinar, também, as leis penais de cada época, dentro do contexto histórico do país, sendo que em cada período havia uma espécie de sanção, que vai desde a punição violenta do corpo físico até a atualidade, onde se busca a preservação

do ser humano através dos princípios humanitários, os quais estimulam a recuperação e reintegração dos criminosos na sociedade.

Assim, a presente monografia será dividida em três capítulos, contendo no primeiro a exposição do histórico dos direitos humanos com a demonstração de sua origem, internacionalização dos mencionados direitos e ainda, uma explanação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em sequência o segundo capítulo abordará o histórico da pena de morte no Brasil, no qual conterà a sua evolução desde o período Colonial até a Constituição vigente. E finalizando a análise do trabalho, o terceiro e último capítulo demonstrará os argumentos favoráveis e contrários a instituição da pena de morte, fazendo-se ainda uma breve conclusão.

Neste contexto, tem-se o objetivo de pesquisar a aplicação da morte como pena e os Direitos Humanos, analisando o desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos e da Pena de Morte no Brasil e ao final examinar os argumentos favoráveis e os desfavoráveis à instituição da mencionada pena, justificando-se pela existência de divergências de normas, princípios constitucionais, tratados internacionais que proíbem a aplicabilidade da pena de morte entre outros entendimentos favoráveis a instituição da citada pena, sendo que as discussões encontradas entre Carta Magna, tratados internacionais e doutrina versam sobre a condenação à pena de morte ferir gravemente o direito à dignidade da pessoa humana e principalmente o direito à vida. Todavia, existem posicionamentos que defendem a aplicação da pena de morte, de forma a inibir à prática delituosa, podendo surtir efeitos até mesmo aos crimes que esta não abranger.

Diante das discussões encontradas, verifica-se a importância do presente estudo para esclarecimento dos pontos favoráveis e contrários a aplicação da morte como uma forma de punir, demonstrando com a explanação os direitos humanos e a função social da pena, o impacto que a pena de morte causaria na sociedade, se como forma e inibir a prática de crimes ou como forma de revolta, tratamento desigual, desumano e incentivo; com a prática do homicídio lícito praticado pelo judiciário.

1. DIREITOS HUMANOS

O presente capítulo trás uma análise do contexto histórico do desenvolvimento da conquista dos Direitos Humanos, demonstrando a origem e internacionalização destes mencionados direitos, abrangendo ainda uma explanação da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional considerado fundamento do Estado Democrático de Direito.

1.1 Origem e Desenvolvimento Histórico

André de Carvalho Ramos (2002, p. 11), entende direitos humanos, como “um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade.”

Já Emerson Penha Malheiro (2008, p. 139), aduz que a proteção dos direitos humanos não busca socorrer somente os interesses físicos, mas sim “todos aqueles que afetam a existência do ser humano.”

Neste contexto, a história de reconhecimento desses direitos, considerados direitos humanos, inicia com a valorização do homem em si. O conceito de pessoa, dignidade da pessoa humana e a importância de reconhecer as diferenças para a garantia da igualdade, foram pontos cruciais para o reconhecimento dos direitos humanos.

Verificou-se que independente de o ser humano apresentar variadas diferenças, tanto biológicas como culturais, as quais os distinguem entre si, estes merecem respeito igualitário, pois são os únicos seres no mundo capazes, de amar, descobrir e criar. Em razão dessa igualdade, conhecida universalmente, é defeso existir qualquer superioridade de uma pessoa com relação à outra, em razão de classe social, gênero, etnia, grupo religioso, nacionalidade. (COMPARATO, 1999).

Ressalta-se que apesar das idéias de liberdade, dignidade e igualdade dos seres humanos existirem desde a antiguidade, bem como na era medieval, estas só foram reconhecidas como direitos após a era moderna. (STEINER, 2000). Com o reconhecimento dos direitos supramencionados, o indivíduo foi ganhando maior destaque na sociedade e conseqüente valorização, o que motivou a necessidade de protegê-los.

Com o reconhecimento de alguns direitos humanos, a evolução do homem e da sociedade, passou-se a refletir o ser humano. A primeira reflexão do homem voltada para si se deu em dado momento histórico e em várias civilizações de forma simultânea. O importante momento histórico, no qual se conheceu os princípios e foram estabelecidas diretrizes fundamentais de vida, foi o chamado período Axial que ocorreu entre 600 e 480 A.C. Foi durante esse período “que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na história, como ser dotado de liberdade e razão”, independente das diferenças de sexo, raça, religião ou costumes. “Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a elas inerentes.” No entanto foram necessários vinte e cinco séculos para que se criasse a Declaração Universal de Direitos Humanos, na qual consta que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. (COMPARATO, 1999, p. 7-12).

Dando continuidade ao processo evolutivo dos direitos humanos, ocorreu o início da positivação das leis. A lei positivada garante aos seres humanos que a simples humanidade dá-lhes o direito de serem igualmente respeitados, conforme afirma Fabio Konder Comparato:

[...] Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direitos de serem igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. [...]. (COMPARATO, 1999, p. 12).

André de Carvalho Ramos (2002), afirma que a expansão dos direitos humanos, expõe a sua não-tipicidade, sendo que o direito fundamental é protegido pelo conteúdo que apresenta.

A lei escrita era uma forma de organizar a sociedade, pois era aplicável a todos os indivíduos que nela viviam. Entre os judeus era considerada uma posição sagrada e em Atenas tornou-se o fundamento da sociedade política, sendo implantada a “soberania de um indivíduo ou de um grupo ou classe social”, pois quando as leis eram escritas, não se obedecia ao critério de se tratar e forma desigual os desiguais, para assim garantir a igualdade. Por este fato, a lei escrita passou a ser uma afronta a liberdade do cidadão. (COMPARATO, 1999, p. 12-13).

Além das leis escritas, havia também as leis que não eram escritas, estas não tinham um significado único. Ora podiam representar um costume, ora leis universais; eram basicamente de origem religiosa, possuindo assim um caráter muito geral e por consequência não eram promulgadas em território de uma única nação. (COMPARATO, 1999).

Após a criação de algumas leis, como se pôde verificar, gerou uma discussão quanto ao desrespeito dos direitos humanos já garantidos, como foi o caso do direito à igualdade.

Os gregos consideravam que a igualdade essencial do homem se verificava com a individualidade de cada um, nas funções e atividades que desempenhavam dentro da sociedade, surgindo deste fato a personalidade, a qual individualizaria cada pessoa. (COMPARATO, 1999).

Levando em consideração a individualização de cada ser humano, iniciou o processo de conceituação de quem seria considerado pessoa.

Houve três fases de definição de quem seria considerado pessoa. A primeira concepção foi a religiosa, esta, apesar de alegar que não havia mais distinção entre homens e mulheres, não havia mais escravos, tal afirmação só valia “no plano sobrenatural”, pois o que ocorria na realidade era sim a distinção entre homens e mulheres, escravidão e inferioridade dos indígenas americanos. (COMPARATO, 1999, p. 17).

Na concepção medieval, considerada a segunda fase, teve início a elaboração do princípio da igualdade de todo ser humano levando em consideração as desigualdades, individuais e coletivas de ordem biológica ou cultural.

[...] é essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas. [...]. (COMPARATO, 1999, p. 19).

Na terceira fase o conceito de pessoa surgiu com a filosofia kantiana, nesta fase a pessoa era vista como sujeito de direitos universais, os quais antecederam e sucederam toda ordenação estatal. Igualmente, a dignidade da pessoa não se sustenta somente por ser ela diferente das coisas, mas também pelo fato de que devido sua vontade racional, somente a pessoa consegue viver com autonomia e se guiar com leis editadas por ela mesma. (COMPARATO, 1999).

Quanto a racionalidade e a superioridade do ser humano com relação as demais espécies, Eduardo Ramalho Rabenhorst (2001), aduz que a superioridade com que o homem é visto, não vem somente da quantidade de coisas que esse ser é capaz de realizar, mas também e principalmente da qualidade de suas habilidades, posto que, ele sabe ensinar a si próprio, cultivar a terra, domesticar animais, dentre outras atividades que é capaz de desempenhar.

Dada as expressivas qualidades únicas do ser humano, bem como a importância que representa para a sociedade, se verificou a necessidade de reconhecer direitos que visassem a proteção dos seres humanos. Desta forma, “os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam percebendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.” (COMPARATO, 1999, p. 25).

Com o final do processo evolutivo, do conhecimento de todos os seres humanos como pessoa, igualdade entre todos, levando em consideração os desiguais e principalmente o reconhecimento da importância da dignidade da pessoa humana, inicia-se a segunda fase da história dos direitos humanos que é a de reconhecimento de direitos comuns a todos os indivíduos, independente da classe social que ocupe.

No final da idade média, final do século XII e início do século XIII, começa o movimento para instituir limites ao poder do governo que na época era o Império Romano do Ocidente que monopolizava o poder econômico e político através do feudalismo, não tendo o povo condições dignas, pois elas eram privativas do clero e nobreza. Com a queda do Império em 453, essa distinção cai por terra e inicia-se o movimento de reconhecer direitos comuns entre todo o indivíduo independente do estado social em que se encontrem, seja ele clero, nobreza ou povo. (COMPARATO, 1999).

O pólo inicial de conquista efetiva dos direitos humanos foi a liberdade. *A priori*, conquistada pelo clero, nobreza e algumas exceções do povo, mas no final do século XVIII foi declarada a liberdade sem distinção de classe social. (COMPARATO, 1999).

A partir das alterações na situação econômica e social das sociedades, o surgimento da burguesia como classe independente em pleno desenvolvimento e a diminuição da autoridade da Igreja, os direitos fundamentais são colocados como limite ao poder do Estado, para condicionar a garantia da autonomia e liberdade dos indivíduos. (STEINER, 2000).

No início do capitalismo, foram nas cidades comerciais da baixa Idade Média que começaram a surgir as sociedades de classes formadas pela distinção patrimonial das famílias e não mais instituída pelo direito. (COMPARATO, 1999).

“[...]. A instituição-chave para a limitação do poder monárquico e a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. A partir o *Bill of Rights* britânico, a idéia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como uma garantia institucional indispensável das liberdades civis. [...]” (COMPARATO, 1999, p. 37).

Da mesma forma, tomando-se por base a evidência do sistema capitalista, as empresas foram, oportunamente, se instituindo, e em razão deste fato pode se verificar a alta do comércio e conseqüentemente começa um novo movimento, que neste momento servirá para o reconhecimento de direitos civis, políticos, estes que se darão, principalmente, por meio das revoluções.

“Com as revoluções liberais”, o ser humano passa a ser a principal preocupação da organização social, sendo o alvo dessas revoluções a autonomia privada, firmando o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Contudo, apesar de não existir ainda o acesso à saúde, habitação, propriedade e outros dados sociais, nesse momento a autonomia individual se transforma “em exercício de retórica, o que fez nascer a teoria social dos direitos humanos, agregando-se novos direitos aos tradicionais direitos civis e políticos. (RAMOS, 2002, p. 12).

Após, com a Independência Americana é declarada a independência, a igualdade e a liberdade de todo ser humano, por sua natureza, e reconhecida a existência de direitos inatos, como gozar a vida e a liberdade podendo adquirir bens e propriedade a fim de conquistar a felicidade e segurança. Estes direitos “ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade”. (COMPARATO, 1999, p. 38).

“[...]. O artigo I da Declaração que ‘o bom povo da Virgínia’ tornou pública, em 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. [...]”. A busca da felicidade é umas das razões para o conhecimento dos referidos direitos, “uma razão universal, como a própria pessoa humana. (COMPARATO, 1999, p. 38).

Passados treze anos, inicia-se a Revolução Francesa com o lema liberdade, igualdade e fraternidade, e assim fortalece a igualdade de direitos entre os homens. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 expressava que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Já o reconhecimento da fraternidade que prezava pela solidariedade no convívio social comum, se deu anos mais tarde com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, esta proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. (COMPARATO, 1999, p. 38).

Sendo os homens considerados iguais em dignidade e direitos, inicia-se a mudança política, na qual a Declaração de Direitos de Virgínia expressou em seu artigo 2º: “Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva. Os magistrados (isto é, os governantes) são seus fiduciários e servidores, responsáveis a todo tempo perante ele.” (COMPARATO, 1999, p. 39).

Desde a antiguidade se discute a existência de direitos dos seres humanos que seriam considerados fundamentais e antes mesmo de positivá-los, os filósofos gregos já pensavam nesse problema em uma visão do direito Natural. “Na idade Moderna, o homem adquire, através da razão Iluminista, uma série de direitos fundamentais, que seriam inerentes a sua a sua própria natureza racional.” (RAMOS, 2002, p. 12).

Mas não foi a democracia grega, na qual o povo de baixa renda exercia diretamente o poder sem passá-lo para representante, que prevaleceu. O que na realidade ocorreu foi a limitação do poder do Estado e o domínio da classe alta sobre a classe inferior. (COMPARATO, 1999).

Por mais que o ser humano tivesse conquistado a liberdade, com o passar do tempo verificou-se que ela, na prática, não era significativa, pois os trabalhadores não tinham como escolher serviço e eram obrigados a trabalharem nas empresas capitalistas. “Patrões e operários eram considerados pela majestade da lei como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho.” A partir de então começou o movimento para a conquista de direitos econômicos e sociais, estes que foram “o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX.” (COMPARATO, 1999, p. 41-42).

Com a criação do Estado pregado de idéias Iluministas, os direitos humanos passaram a integrar as Constituições, se inserindo nestas como prerrogativas individuais, além de outros princípios, como o da humanidade. (LUISI, 2003).

A Constituição francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1792 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. (COMPARATO, 1999, p. 41).

O foco visado pelos direitos de ordem econômica e social é a classe oprimida, “conjunto de grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização; e não “o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente bem”. (COMPARATO, 1999, p. 42).

Após o reconhecimento dos direitos humanos, começou a fase de internacionalização desses direitos, pois dada sua importância, verificou-se que tais direitos teriam que ter proteção internacional.

Danielle Annoni (2003), afirma que os direitos humanos começaram a ter proteção mundial a partir da Segunda Guerra Mundial. Contudo anteriormente a este episódio,

existiu o Pacto da Liga das Nações, a Declaração Inglesa de 1689, a Declaração Norte-Americana de Independência de 1778, entre outros. Ocorre que esses documentos só tinham validade dentro de cada Estado e após a Segunda Guerra Mundial passou a ter validade para proteger os direitos humanos em âmbito Estado-Nação.

A fase de internacionalização teve início na segunda metade do século XIX e fim com a Segunda Guerra Mundial e, tomou por base o setor humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. Com a segunda Guerra Mundial e os massacres que ocorreram durante a mesma “a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Internacional sobre a prevenção e Punição do Crime de Genocídio”, esta aprovada pela ONU, dias anteriores a aprovação da DUDH, “constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento.” Passado meio século do término da Segunda Guerra Mundial, mais de cento e vinte convenções internacionais foram assinadas no âmbito dos direitos do trabalho, civil, político, social, bem como se afirmou novos direitos como o dos povos e o da humanidade. (COMPARATO, 1999, p. 44).

Desta forma, a Declaração Universal de Direitos Humanos deixou expresso em seu texto, a garantia de todo ser humano ao gozo do direito a vida, sendo que ninguém, nem mesmo os Estados, podem interpretar qualquer disposição expressa na declaração com fins de destruir qualquer direito ou liberdade por ela garantido¹. Igualmente, em seu artigo 5º, a mesma afirma que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante. (LUISI, 2003).

Reconhecido os direitos humanos, surge a indagação de como eles seriam inseridos no ordenamento jurídico e como se daria caráter obrigatório aos mesmos. Neste momento aparece a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, diferença esta elaborada pela doutrina jurídica germânica, a qual dispõe que os direitos fundamentais são os instituídos por um determinado estado, os quais se encontram positivados em sua Constituição. Já os direitos humanos são direitos de ordem internacional, se estendendo a toda

¹ Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo II - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [...]. Artigo XXX - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. (ONU, 2010).

humanidade, na forma de declarações, tratados, convenções internacionais. (COMPARATO, 1999). Após, verificada a importância dos direitos humanos, estes foram ganhando força internacional por intermédio dos tratados, os quais abordam os referidos direitos de forma mais específica.

1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos

Devido à importância que os direitos humanos se mostraram ter, progressivamente, foram ganhando força de cunho internacional, a qual se representou através dos tratados. Assim, cada tratado aborda os referidos direitos de forma mais específica. Desta forma, podem-se observar alguns tratados, convenções, declarações que se destacam no que se refere aos direitos humanos.

A Carta das Nações Unidas criou a ONU e deliberou que este órgão internacional teria como principal função agir no interesse de promover e estimular o respeito e proteção dos Direitos Humanos. Desta forma, atendendo seu objetivo, o Conselho Econômico e Social da ONU criou a Comissão de Direitos Humanos que então, em seu primeiro trabalho, discutiu e votou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que posteriormente foi submetida à Assembléia Geral da ONU, a qual, em 10 de dezembro de 1948, aprovou e proclamou solenemente a Declaração. Neste momento, 56 Estados integravam a ONU, e somente 48 (quarenta e oito) aprovaram o texto e 08 (oito) não se manifestaram. Os países que não apresentaram manifestação em sentido favorável nem contrário a Declaração, foram: África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética. (HERKENHOFF, 1998).

A citada Declaração foi proclamada, levando em consideração, que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos são “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”; o desrespeito e desprezo pelos direitos da pessoa, os quais devem ser protegidos por lei; promover o desenvolvimento amigável entre as nações; os povos das nações Unidas decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; o comprometimento dos Estados-Membros juntamente com as Nações Unidas a promover “o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa e a observância desses direitos e liberdades; e principalmente o

entendimento de que uma interpretação comum desses direitos e liberdades é essencial para o efetivo cumprimento dos mesmos. (PIOVESAN, 2000, p. 359).

[...]. A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, [...], se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição. [...]. (PIOVESAN, 2000, p. 360).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos obedece ao mesmo nome nas variadas línguas e é estruturada com a abertura por um relato preliminar que contém “os considerandos e o longo parágrafo que expressa a proclamação solene dos Direitos Humanos, pela Assembléia Geral da ONU”, e posteriormente segue com os 30 (trinta) artigos que a compõe, estes escritos em algarismos romanos e seus parágrafos em algarismos arábicos. (HERKENHOFF, 1998, p. 34-35). Ainda, segundo Fábio Konder Comparato (1999, p. 209), “tecnicamente”, a mesma não possui força vinculante, pois se trata de recomendações que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros.

Citada Declaração, no que tange aos direitos humanos é considerada o documento jurídico mais conhecido, contudo não é o único documento existente. Há um grupo de documentos, considerados básicos, que tratam de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas e compõem a denominada Carta Internacional de Direitos Humanos. Os referidos documentos são os seguintes: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional de direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto Internacional de direitos Cíveis e Políticos e seu Protocolo Facultativo. (HERKENHOFF, 1998).

Quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, aos 16 dias do mês de dezembro do ano de 1966, a Assembléia Geral da ONU adotou dois pactos que especificariam o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Esses dois pactos adotados foram o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (COMPARATO, 1999).

Os Estados que fazem parte dos presentes pactos, levaram em consideração os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, bem como o ideal do ser humano livre com gozo das liberdades cíveis e políticas, sem miséria, sendo que para isso é necessária

condições que permitam cada indivíduo gozar de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (PIOVESAN, 2000).

Ainda levaram-se em consideração ao adotar os pactos supramencionados, os seguintes motivos expostos por Flávia Piovesan:

[...], Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana, Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente pacto, [...]. (2000, p. 364).

Com os Pactos Internacionais, se completava a segunda etapa de “institucionalização dos direitos do homem em âmbito universal” e assim se dava início a segunda etapa, a qual se referia a criação de mecanismos que proporcionassem sanções para as violações aos direitos humanos. (COMPARATO, 1999, p. 249).

No que se refere à Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estas foram aprovadas com intuito de reconhecer que os direitos da pessoa humana são inerentes a sua própria condição e por este fato, tais direitos tem a necessidade de serem protegidos internacionalmente. Ainda a convenção obedece a sua função de determinar a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados de defender os direitos econômicos, sociais e educacionais. (PIOVESAN, 2000).

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, foi adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas, na XL sessão realizada em Nova York aos 10 dias do mês de dezembro do ano de 1984. A mesma teve como fundamento o direito à liberdade, a justiça, a paz no mundo, reconhecendo serem esses direitos inerentes a família humana e que os mesmos emanam da dignidade humana, reconhecendo a obrigação do Estado em prover a proteção dos direitos humanos e liberdade fundamental e ainda ao se adotar citada Convenção foi levada em consideração à determinação expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de que ninguém será submetido à tortura ou a pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante; bem como o “desejo de tornar eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos cruéis no mundo.” (SABATOVSKI; FONTOURA, 2002, p. 191).

Quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, esta diferente da declaração e pactos já citados, foi aprovada pela Convenção de São José da Costa Rica, em 22 de novembro do ano de 1969. “A Convenção reproduz a maior parte das Declarações de Direitos constantes do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político.” Houve um protocolo adicional à convenção com objetivo de abolir a pena de morte, este obtido na Conferência Interamericana de Assunção em 08 de junho de 1990. (COMPARATO, 1999, p. 332-333).

A Convenção deixa expresso em seu texto e sobressalta o direito à vida proibindo a aplicação da pena de morte². Ainda, em seu artigo 5º, inciso II, ordena que ninguém seja submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, sendo que todas as pessoas privadas de sua liberdade devem ser tratadas com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (LUISI, 2003).

Contudo, a mesma Convenção Americana de Direitos Humanos³ faz uma ressalva para utilização da pena de morte, na qual considera que nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser utilizada desde que aplicada, somente, em casos que o crime praticado seja considerado grave.

É importante ressaltar o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos a pessoa humana, devendo ter vigência em variados sistemas normativos, tanto nacionais como internacionais. A aplicação do referido princípio é mais verificada no que se refere à utilização da pena de morte. (COMPARATO, 1999).

[...]. A norma constante no art. 4º representou efetivamente um avanço, em relação ao Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, pois a Convenção não só proíbe o restabelecimento da pena capital nos países que a tenham abolida, como ainda veda a sua aplicação em se tratando de crimes políticos ou comuns, a eles conexos (§§ 3º e 4º) [...]. (COMPARATO, 1999, p. 333).

² ARTIGO 4 - Direito à Vida - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...]. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolida. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente. (OEA, 2010).

³ ARTIGO 4 - Direito à Vida - [...]. 2. Nos países que não houverem abolida a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. [...]. (OEA, 2010).

Flávia Piovesan (2000) relata, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, que a finalidade do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é por em prática a responsabilidade internacional dos Estados, fazendo com que os mesmos garantam e respeitem o exercício dos direitos humanos.

Em menção ao Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Relativo à Abolição da Pena de Morte, este foi adotado em Assunção aos 08 dias do mês de junho do ano de 1990. Ao se adotar citado protocolo, se levou em consideração o reconhecimento do direito inalienável de respeito à vida restringindo assim a aplicação da pena de morte, não podendo o direito a vida ser suspenso por qualquer que seja o motivo, levando também, em consideração a tendência dos estados americanos serem favoráveis à abolição da pena de morte, sendo que a aplicação da referida pena produz conseqüências irreparáveis, as quais impedem sanar, caso ocorra, erro judicial e eliminam qualquer possibilidade de emenda e reabilitação do processado. Ainda, a abolição da pena de morte permite maior proteção do direito à vida e principalmente com o acordo internacional que tem como finalidade de firmar a prática da não aplicação da pena de morte em todo continente Americano. (SABATOVSKI; FONTOURA, 2002).

Após a internacionalização dos direitos humanos, se verifica como referidos tratados se fazem inserir no ordenamento jurídico brasileiro, quando adotado pelo mesmo. A respeito, Silvia Azevedo de Figueiredo Steiner, (2000) relata que a construção de sistemas jurídicos que apresentam validade supranacional representa uma possibilidade de disciplina uniforme de fatos, assuntos que contenham atributos de internacionalidade, sendo esta a essência do direito internacional público, os quais são construídos por tratados, um conjunto de regras podendo-se dizer de natureza eminentemente contratual, colocando-se como um dos grandes temas jurídicos contemporâneos a relação desse conjunto de regras do direito internacional público, no qual se situam as normas de direito internacional da pessoa humana, com pactos, declarações e acordos vinculados aos direitos humanos. Inserem-se, os tratados internacionais, no ordenamento jurídico de um Estado, quando este exercendo sua soberania, contrata as normas estabelecidas, se ploriferando, desta forma, as normas de direito internacional público para que gerem seus efeitos, sendo esta a lógica do sistema.

1.3 A Dignidade da Pessoa Humana

A priori, em razão de a dignidade da pessoa humana tratar de um princípio, cabe ressaltar que o princípio, em geral, é o fundamento o marco inicial de qualquer processo, o que dá o sentido de causa do movimento ou de fundamento da demonstração. O desenvolvimento de maior ênfase dos princípios se deu em Roma, nos períodos, republicano e imperial com a Lei das XII Tábuas e do Direito Consuetudinário, passando assim a serem escritos em uma espécie de coletânea de princípios (livros *regularum et definitionum*), tornando-se “elemento geral abstrato das diversas circunstâncias particulares, elevando-se a condição de norma independente”. (PEIXINHO, 2000, p. 101-102).

Posteriormente a positivação dos princípios gerais de direito, a qual foi considerada “uma válvula de segurança que garante o reinado absoluto da lei”, no pós-positivismo, época característica de grandes momentos constituintes, os princípios deixaram de ser limitados aos códigos e passaram a ter reconhecimento constitucional, em que “as novas constituições promulgadas acentuam a harmonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. (PEIXINHO, 2000, p. 102-103).

Os princípios consagrados pelas constituições foram o da liberdade, justiça, igualdade, dignidade da pessoa humana, estes historicamente considerados princípios gerais de direito. Citados princípios, a partir de então, passaram a ser considerados “idôneos para resolverem os conflitos, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais.” (PEIXINHO, 2000, p. 104).

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci dispõe o seguinte:

[...]. O ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantado por princípios, cuja meta é assegurar a carência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito. Dentre vários significados do termo *princípio*, não se pode deixar de considerá-lo a causa primária de algo ou o elemento predominante na composição de um corpo. Juridicamente, o princípio é, sem dúvida, uma norma, porém de conteúdo abrangente, servindo de instrumento para a integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo. [...]. (2010, p. 35).

Outrossim, em razão de os princípios supramencionados serem constitucionalizados, estes tem força de direito fundamental, uma vez que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições que os reconhecem e os

asseguram e, progridem de acordo com as “transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da transformação do Estado Liberal para o moderno Estado de Direito. (SARLET, 1998, p. 35-37).

O reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições se deu em três etapas. A primeira etapa consiste na pré-história, a qual foi até o século XVI; a segunda se verifica com a afirmação dos direitos naturais do homem e a terceira é onde os direitos fundamentais são incorporados as constituições, iniciando com “as declarações dos direitos dos novos Estados americanos”. (SARLET, 1998, p. 37).

Dentre todos os direitos fundamentais, verifica-se que os direitos sociais, em sua amplitude, surgiram com a função de equilibrar “situações de hipossuficiência numa sociedade de classes”. Assim, favorecia, principalmente, a população mais oprimida, oferecendo-a “meios materiais de existência em condições mínimas de dignidade”. (MARTINS NETO, 2003, p. 167).

Pelo fato de os direitos fundamentais estarem positivados na Lei Maior do Estado, os mesmos encontram-se no ápice da hierarquia normativa. Ainda, possuem plena proteção sendo que, “no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida de seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes a abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie”, em razão de serem instituídos como cláusula pétrea. (MARTINS NETO, 2003, p. 81-86).

[...] Num Estado Constitucional de Direitos, democraticamente legitimado, é samente a anexação de uma *cláusula pétrea* a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque é assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como o bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma. Por isso que, objetivamente, *fundamental* é, em última instância, *pétreo*. [...]. (MARTINS NETO, 2003, p. 88).

Destarte, sem os direitos fundamentais, o ser humano não suportaria a convivência e talvez até não sobrevivesse. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, expressa “os bens jurídicos sem os quais não se pode passar sob pena de comprometimento daquele valor supremo”, ou seja, citado princípio engloba os demais direitos humanos, sendo que, se não existisse os direitos fundamentais: liberdade, igualdade, vida, o princípio da dignidade da pessoa humana, por consequência não existiria. “Daí a razão de constituírem eles, os direitos verdadeiramente fundamentais, conteúdos materiais de normas

constitucionais imunes ao poder de emenda do constituinte derivado. (MARTINS NETO, 2003, p. 88)

No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi com o Cristianismo que surgiu a idéia de que o ser humano ocupa posição diferenciada, de forma isolada das demais criaturas. Isso porque havia a concepção de que “o homem foi feito à imagem e semelhança de deus, da igualdade universal dos filhos de deus e da inexistência de povo escolhido.” Entretanto, a formação do conceito de dignidade como qualidade do ser humano, começa somente no século XVIII, “quando predicados anteriormente associados à aristocracia e à ocupação de cargos públicos começam a sofrer um processo de generalização, pois, este vínculo entre a dignidade e acultura aristocrata advinha da “origem histórica da palavra dignidade, relacionada a cargos honoríficos, mérito e honra. No final deste século, a idéia de dignidade passa por um processo de generalização, no qual altera seu conteúdo, vinculando-se, nesse momento, a idéia de que a dignidade do homem sobrevém de sua condição de liberdade. (COSTA, 2008, p. 21-22).

Todavia, essa generalização com fundamento na liberdade humana restou incompleta, uma vez que “as declarações de direitos foram fruto de um movimento histórico empreendido pela classe burguesa que não expandiu”, tampouco pretendia. Assim a dignidade tomou amplitude, mas não atingiu todas as pessoas. Mas ao final da Segunda Guerra Mundial, “o conceito de dignidade humana ressurgiu com vigor e é utilizado para demonstrar absoluto repúdio aos horrores nela ocorridos, estruturando a retomada do direito natural.” Foi nesse momento, também, que a constitucionalização deste princípio ganhou impulso. (COSTA, 2008, p. 23 e 26).

[...] A lei Fundamental alemã de 1949, em seu art. 1º, afirma: ‘a dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger’. Indubitavelmente, a positivação constitucional da dignidade da pessoa humana pelo direito constitucional alemão foi uma das formas mais contundentes de reação às desumanas práticas do Terceiro Reich⁴, então recém-verificadas. Sob a influência do choque ante o resultado do nacional-socialismo e buscando estabelecer um regime jurídico que rechaçasse o anterior, procurou-se, primordialmente, afirmar o valor da pessoa humana. [...]. (COSTA, 2008, p. 27. Grifo meu).

Deste modo, se pode verificar que no período do pós-guerra, o conceito de dignidade da pessoa humana não se limitou mais a liberdade do homem, a qual “impõe limitações ao poder estatal em face do indivíduo”; mas sim se ampliou aos direitos sociais,

⁴ Alemanha Nazista. Época em que os alemães não tinham a garantia dos direitos básicos.

estes “que impõem ao Estado deveres de prestação ao indivíduo. Ainda, ressalta-se que nos anos 60 o entendimento doutrinário concebeu ao conceito da dignidade “a teoria funcional da personalidade”, a qual defende que a dignidade humana não é uma característica que emana da pessoa, mas sim é uma consequência da formação da identidade da personalidade do ser humanos dentro da sociedade. (COSTA, 2008, p. 30).

Para Eduardo Ramalho Rabenhorst (2001, p. 14-15), o conceito de dignidade da pessoa humana, se refere a tudo o que é merecedor de respeito, consideração, mérito, estima. Ainda:

[...] a dignidade é acima de tudo uma categoria moral que se relaciona com a própria representação que fazemos a condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres. [...]. (RABENHORST, 2001, p. 15).

Fábio Konder Comparato (1999) trata a dignidade da pessoa humana como fonte e medida de todos os valores, considerando que ela está sempre acima da lei, bem como de todo o direito positivo.

A dignidade da pessoa humana é “um princípio regente”, o qual possui a missão de preservar o ser humano, “conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”, desde o seu nascimento até a sua morte. Referido princípio reúne em si todos os direitos fundamentais, sejam eles de cunho individual ou econômico e social. “É um princípio de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional”. (NUCCI, 2010, p. 39-40).

Jussara Maria Moreno Jacintho (2008, p. 34) aduz que a dignidade da pessoa humana é um “valor a indicar o caminho a ser percorrido pela hermenêutica, é norma instituidora de direito material consubstanciado em norma-princípio ou norma-regra”.

Assim, deve-se considerar a dignidade “como produto cultural, fruto de construção humana ao longo da história, [...], consensualmente arquitetados como paradigmas não apenas da relação entre indivíduos, mas destes com o Estado.” (JACINTHO, 2008, p. 36).

Deste modo, dada a importância do homem, e a necessidade de sua proteção, foram surgindo em âmbito internacional “instituições jurídicas de defesa da dignidade humana contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.” (COMPARATO, 1999, p. 1).

Com a criação de algumas instituições de defesa do ser humano, foi levada em consideração, principalmente, a dignidade da pessoa humana, a qual apresentou vários

conceitos, os quais se desenvolveram com posicionamentos, estudos, que se sucedem no campo religioso, filosófico e científico.

A posição religiosa versa sobre a criação do mundo por um ser único, denominado Deus, que delegou poderes aos seus nomeados, e desta forma poderiam ter controle sobre os peixes, aves, animais domésticos, ferozes e todos os répteis rastejantes. Com a fé monoteísta, o homem passou a ocupar “uma posição eminente na orem da criação.” (COMPARATO, 1999, p. 2).

Os filósofos, posteriormente, justificam a posição do ser humano no mundo de forma diversa dos religiosos, sendo que a justificativa agora, para a dignidade humana, versa sobre a racionalidade do homem. (COMPARATO, 1999).

Contudo, a justificativa científica diverge das demais, pois conseguiu perceber o processo de evolução dos seres vivos.

[...] apesar da aceitação geral das explicações darwinianas, vai aos poucos abrindo caminho no mundo científico a convicção de que não é por acaso que o ser humano representa o ápice de toda a cadeia evolutiva das espécies vivas. A própria dinâmica da evolução vital se organiza em função do homem. [...] os dados científicos não permitem afirmar (nem negar, aliás) que o mundo e o homem existem e evoluem em razão da vontade de um sujeito transcendente, que tudo criou e tudo pode destruir. [...]. (COMPARATO, 1999, p. 4).

Pode-se observar que o processo evolutivo obedece a uma ordem com uma finalidade, as quais pertencem ao próprio processo, sendo que em caso diverso, não haveria como compreender tal evolução. (COMPARATO, 1999).

Neste contexto, a dignidade da pessoa humana, considerada um direito fundamental, foi, primeiramente, acolhida pela Constituição de 1949, da Alemanha. Posteriormente, no Brasil, em 1988, o citado princípio foi incorporado ao texto Constitucional Federal, passando a ser considerado como valor do Estado Democrático de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso no artigo 1º, inciso III da CRFB⁵. Apesar de não ter sido uma criação constitucional, referido princípio teve reconhecimento de “fundamento da República Federativa do Brasil”, bem como “valor supremo do Estado brasileiro”, em razão de “sua relevância e conteúdo filosófico”. (MARTINS, 2003, p. 15-16).

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2010).

A preocupação do Constituinte não se limitou somente à positivação da dignidade da pessoa humana, constituindo-a como princípio fundamental, mas sim visou estruturar este princípio de maneira que pudesse atribuir “plena normatividade, projetando-o por todo sistema jurídico e social instituído. Verifica-se, deste modo, que não foi pelo acaso que o Constituinte atribuiu ao princípio da dignidade da pessoa humana, “a função de base, alicerce, fundamento mesmo da República e do Estado Democrático de Direito”. (MARTINS, 2003 p. 51).

2. A PENA DE MORTE NO BRASIL

Neste segundo capítulo, será abordado o período em que a pena de morte foi instituída no Brasil, demonstrando-se a época em que o Brasil era Colônia de Portugal, onde vigorou as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas e posteriormente trará a exposição dos Códigos Criminais e Constituições Federais que vigoraram no país.

2.1 Período Colonial

Na existência de um caso concreto, no qual o fato praticado por uma pessoa encontra-se tipificado como conduta criminosa, poderá referida pessoa ser punida se após o devido processo, for condenada, por sentença transitada em julgado, à prática de um crime e por consequência terá que cumprir uma pena prevista no tipo penal e que será imposta na mesma sentença condenatória. As penas podem ser pecuniárias, privativas de liberdade, restritivas de direitos, corporais, restritivas de liberdade, servindo elas para “purificar”, evitar que se cometa novo fato típico, tanto por parte do agente punido, como por parte da sociedade que observa, para reprimir a prática. (SOUSA, 2010, p. 01)

Todavia, no período colonial, tanto o direito material penal como o processual, funcionava de forma extremamente distinta. O primeiro “conjunto normativo-penal” foi criado e formulado pelas Ordenações Afonsinas, os quais possuíam textos de direito romano, canônico e costumeiro. Referida Ordenação era composta de cinco livros, dentre eles, o V livro, regulava o direito penal material, bem como o processual. Nesse período as penas impostas não obedeciam a finalidade de prevenção e tampouco era observado a gravidade do delito para imposição da mesma, o que se observava era a classe social do criminoso, ou seja, se fosse da nobreza a pena era mais branda do que a pena dos plebeus. As penas eram aplicadas de forma severa e cruel com o objetivo de intimidar as pessoas pelo terror. Dentre as penas utilizadas pelas ordenações, havia a aplicação da pena de morte para determinados crimes, como por exemplo, nos crimes de feitiçaria, “furto do valor de um marco de prata”. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 142-143).

María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tella relatam algumas das formas como se executavam os criminosos com a pena de morte, conforme segue:

[...]. não era suficiente executar o culpado e colocar fim a sua vida, como se desprende claramente de uma breve enumeração dos diferentes procedimentos de pena capital, que supunham uma crueldade e um sofrimento adicionados. Por exemplo, verificada a execução pelo machado ou pela espada, costumava-se cravar a cabeça em uma vara ou um pilar. Conforme um uso muito antigo, fazia-se com que o réu permanecesse algum tempo pendurado na forca, quando sabemos que para que o morto descansasse em paz não bastava um enterro regular, que mantivesse reunidos o corpo e a alma, mas era necessário que seu corpo permanecesse intacto e sem mutilações. O castigo daqueles que morriam antes da execução, dos suicidas, afogados ou atingidos por um raio se enfraqueceu paulatinamente, reduzindo-se a uma inumação desonrada. [...]. (2008, p. 117).

Embora as Ordenações Afonsinas apresentassem variadas imperfeições, tiveram destacada importância para a história do direito português. Elas passaram a vigorar no ano de 1500, ano este do descobrimento do Brasil e perduraram por um período de aproximadamente 12 a 21 anos. Contudo, as Ordenações Afonsinas, praticamente não foram aplicadas no Brasil em razão de até o ano de 1521 nenhum “núcleo colonizador havia se instalado aqui”. Deu-se início na colonização do Brasil em 1532 quando Martins Afonso de Souza fundou a cidade de São Vicente e nesta ocasião as Ordenações Manuelinas já vigoravam no nosso país. As Ordenações Manuelinas substituíram as Afonsinas, mas aquelas obedeciam ao mesmo sistema desta, somente com algumas alterações. A segunda Ordenação entrou em vigor no dia 11 de março do ano de 1521 e ficou em vigor até o dia 11 de janeiro do ano de 1603. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 143-144).

Ainda que, estivessem em vigor as Ordenações Manuelinas, na prática não eram elas que constituíam a fonte do direito aplicável no Brasil, uma vez que estando em vigência no tempo das capitânicas hereditárias eram os donatários que fixavam as normas jurídicas, o qual escolhia um capitão e um ouvidor, estes que tinham a função e competência para absolver ou condenar um réu por algum crime cometido, podendo da mesma forma impor qualquer pena, inclusive a pena de morte. As penas, neste período, eram aplicadas de forma cruel e tinham o intuito de perseguir tanto os delinquentes comuns quanto os dissidentes políticos, utilizado-a como instrumento de terror. Conforme se verifica que “nas mais variadas formas de tormento físico e espiritual dos condenados se promoveu o itinerário das penas corporais, especialmente da pena de morte com os formidáveis rituais de expiação e castigo.” (DOTTI, 1998, p. 34).

Após, no ano de 1603, com a subida de D. Felipe II, da Espanha, ao trono português, este ordenou que as Ordenações Manuelinas fossem reformadas e a partir de então passou a vigorar em nosso país as Ordenações Filipinas, estas que perduraram até a vinda do

Código Criminal do Império, de 1830. A obra das Ordenações Filipinas foi concluída e sancionada em 1595, mas só vieram a ser promulgadas e entraram em vigor em 1603. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009).

O regime Filipino era considerado “fantástico e terrorista”, pois, dispunha sobre uma variedade de autores, infrações e tipos de punições que levavam em consideração a posição religiosa, a fidelidade, a opção sexual da pessoa. Os crimes que praticados contra a fé religiosa, contra a administração pública e contra o poder real eram punidos de forma severa, através da pena de morte. Assim verifica-se:

[...]: a morte cruel ou agravada era cominada para o crime de lesa majestade (*morra morte natural*, Tit. XII) ou para o delito de moeda falsa (*morra morte cruelmente*, Tit. VI, inc. 9) e para outras modalidades de ilícito como a sodomia e o incesto (*seja queimado e feito por fogo em pó*, Tit. XIII), o homicídio mediante paga (*ser-lhe-ão ambas as mãos decepadas e morra de morte natural*, Tit. XXXV, inc. 3). [...]. (DOTTI, 1998, 45-46).

Durante as Ordenações Filipinas, o crime “era confundido com o pecado e com a ofensa moral”, as penas eram aplicadas de forma desproporcional e cruel, como as penas corporais que poderiam ser de acoite, corte de membros. Estas tinham o objetivo de salvar os costumes sociais, políticos e religiosos, “ditados pelos detentores do poder”. Assim se entendia que os criminosos estariam cruelmente castigados e os demais indivíduos seriam atemorizados para não incorrer no mesmo crime. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 145).

Ainda, neste período, semelhante as Ordenações Afonsinas, havia muita desigualdade social, a qual era aprovada e consagrada pelo poder e desta forma, as penas eram aplicadas de acordo com a gravidade do caso e a qualidade social da pessoa, ou seja, existiam “categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidade ou especial tratamento punitivo, como os fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros. As Ordenações Filipinas foram ratificadas, no Brasil, por D. Pedro I, em 1823. Ainda:

[...]. Na maior parte do milênio passado (mais precisamente até o iluminismo – segunda metade do século XVIII), da aplicação do Direito penal encarregou-se a igreja (com todos os seus preconceitos sectarismos, revelados sobretudo durante o período da Inquisição), os Senhores feudais (prepotentes e arbitrários) e os Governos Absolutos ou Monárquicos (autoritários). O Direito penal da Inquisição e, por conseguinte, das Ordenações do Reino, foi exageradamente cruel, desumano e não garantista, apesar da *Grat Charter* de João Sem-Terra, de 15 de junho de 1215 (que somente valeu – quando valeu –, para os nobres; das suas garantias pouco ou muito pouco usufruíram os plebeus). [...]. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 145).

Na vigência das Ordenações Afonsinas, Manuelinas, Filipinas, posteriormente Código Filipino que duraram aproximadamente 300 anos, o povo viveu um período de condições desumanas, de crueldade, desigualdade, arbitrariedade e principalmente “a violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade.” (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 146).

Neste período, onde perduraram as Ordenações, a pena não obedecia somente a função de repressão. Michel Foucault (2002) trata que a pena não tem simplesmente o efeito de reprimir, mas também engloba a punição em uma visão sociológico-histórica, como um drama demonstrado através de um teatro com vários autores e papéis distintos, no qual a finalidade do espetáculo é educar o público. Igualmente:

[...]. As antigas práticas de concitar a atenção popular para o momento da execução pública chegaram a despertar os sentimentos mais contraditórios em termos de aprovação ou repúdio ao sacrifício. [...]. **O povo**, estimulado ou compelido a acompanhar o cortejo do condenado rumo ao local do sacrifício, **chegava a participar do espetáculo assumindo o papel de protagonista na encenação dos rituais e na representação do quadro em que a morte triunfa sobre a vida.** [...]. (DOTTI, 1998, p. 35. Grifo meu).

“Até então”, o direito penal dava valor somente para a “condição social do réu, dando lugar a indignantes desigualdades”, momento em que as penas eram aplicadas de forma muito cruel e nem sempre proporcional ao delito cometido. O objetivo do castigo era o impacto moral com a conseqüente intimidação da sociedade, abusando-se das penas corporais, mutilações, açoites, inclusive a pena de morte, acompanhada de dolorosos suplícios. Esta era considerada “a pena por excelência.” (FALCÓN Y TELLA; FALCÓN Y TELLA, 2008, p. 115).

Conforme dispõe René Ariel Dotti (1998, p. 46), se tentava dar fim a maioria dos crimes cometidos através da pena de morte, conhecida como pena capital. As execuções da sanção de pena de morte ocorriam de três formas: a primeira era a morte cruel, na qual o criminoso ia perdendo a vida lentamente “em meio aos suplícios”; a segunda maneira era a morte atroz, na qual “a eliminação era agravada com especiais circunstâncias, como a queima do cadáver, o esquartejamento etc.” e a terceira forma era a morte simples, na qual se retirava a vida do criminoso de variadas maneiras, como pelo enforcamento, degolação. Havia ainda a morte civil que ocorria quando o criminoso perdia os direitos de cidadania.

“Após a restauração da independência portuguesa frente à Espanha (1640), as Ordenações Filipinas foram confirmadas pela Lei datada de 29 de janeiro de 1643, do rei D. João IV.” Contudo, a rainha D. Maia I, através de uma comissão competente, tentou reformar a legislação vigente através de um decreto, pelo qual tentou criar os códigos de direito público e direito criminal. Referida tentativa da rainha restou infrutífera, pois, em 1789, os trabalhos foram apresentados, mas submetidos à revisão, exame e censura. Todavia, apesar de ainda em vigor as Ordenações Filipinas, em 22 de abril de 1821, D. Pedro I passou a governar o Brasil e através do decreto, em 23 de maio de 1821, proibiu a pena de prisão que dispunha de más condições aos presos, abolindo-se o uso de algemas, correntes, grilhões e “quaisquer outros instrumentos inventados para martirizar homens ainda não julgados”, bem como aboliu a tortura e outras penas cruéis e infames, determinando o uso do princípio da responsabilidade pessoal, o qual impossibilitaria que a pena do condenado passasse para seus sucessores. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 147).

Todavia:

[...]. As ordenações Filipinas – assim como as anteriores – desvendaram durante dois séculos a *face negra* do Direito Penal. Contra os hereges, apóstatas, feiticeiros, blasfemos, benzedores de cães e outros bichos sem autorização do rei, e muitos outros tipos pitorescos de autores, eram impostas as mais variadas formas de suplícios com a execução das penas de morte, de mutilação e perda da liberdade, além das medidas infamantes. [...]. (DOTTI, 1998, p. 47).

“O Brasil – Colônia sofreu, desde a sua descoberta até que se completasse o período da dominação portuguesa, as conseqüências graves de regimes fantásticos de terror punitivo.” Os acusados e condenados recebiam as “expressões” mais cruéis e violentas “dos homens e da ira dos deuses.” Contudo sob a influência da filosofia iluminista, ideais da Revolução francesa, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “já faziam sentir não apenas na Europa, como também na América, em razão da Independência dos estados Unidos”, a probabilidade de existir uma progressão “no campo das relações humana e sociais, tendo à frente as generosas *petitions of rights* e o humanismo refletido na obra de Beccaria”, o que possibilitaria uma mudança para a legislação portuguesa. (DOTTI, 1998, p. 46 e 49).

Deste modo, como já mencionado acima, no período em que o Brasil era colônia de Portugal, as pessoas que aqui habitavam tinham que se submeter ao regime das Ordenações Portuguesas, nas quais se encontrava previsto a aplicação da pena de morte, mas, posteriormente, com a proclamação da Independência, em 1822, a pena de morte passou a estar prevista no Código Penal do Império em 1830 e “com a proclamação da República, em

1889”, bem como “a promulgação do novo Código Penal, em 1890, a pena de morte foi abolida, só admitindo esta no caso da legislação militar em tempo de guerra.” (SOUSA, 2011, p. 04).

2.2 Os Códigos Criminais

A independência do Brasil foi conquistada em 07 de setembro de 1822 e as diversas mudanças ocorridas em razão de dado momento histórico também refletiram nas práticas do direito criminal. Contudo, as Ordenações Filipinas não foram revogadas de imediato, mas “já se manifestavam os ideais de uma reforma a se colocar em harmonia com a nova sociedade brasileira, que se desenvolvia sob o manto da liberdade nacional.” Em 25 de março de 1824 foi outorgada a primeira Constituição a qual, com fundamento na liberdade, na segurança individual e a na propriedade, garantiu aos cidadãos a inviolabilidade de seus direitos civis e políticos. Assim, verificou-se a necessidade de se criar um novo código criminal. (DOTTI, 1998, p. 50).

Posteriormente, com a Revolução que ocorre no Brasil em 1930, Getúlio Vargas assume o poder e em 1934 “é entregue a Nova Constituição, a qual proíbe a pena de morte, com exceção da legislação militar em caso de guerra com país estrangeiro. Após a intentona comunista de 1935, foram aprovadas três emendas constitucionais”, das quais a primeira delas igualou a comoção, grave, do grupo social, com finalidade revolucionária das instituições políticas e sociais, ao estado de guerra. “Assim, nesses casos, era possível a aplicação da pena de morte.” (SOUSA, 2011, p. 05).

Neste contexto, foi criado o primeiro Código Penal autônomo da América Latina, sendo ele o Código Criminal do império de 1830, o qual inspirado na constituição de 1824 “senão também na melhor doutrina e mais atualizada legislação compendiadas nos Códigos Criminais dos primeiros anos do século XIX como os da Áustria, França, Baviera, Nápoles, Parma, Espanha e Lisiana.” O mesmo teve incorporado em seu texto, os princípios da responsabilidade moral, do livre arbítrio e o da legalidade, sendo que só se considera crime se a conduta estiver revista em lei e para caracterizar o criminoso terá que ser provado o conhecimento do mal e a intenção de praticá-lo. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 149-150).

O Código criminal do império, diferente das Ordenações, classificou onze tipos de penas, sendo elas a pena de morte; galés; prisão com trabalho; prisão simples; banimento; degredo; desterro; multa; suspensão do emprego; perda do emprego e açoites. A principal característica do movimento de reforma foi justamente a diversidade de penas a serem aplicadas, a aplicação da pena de morte de forma reduzida e com a abolição da crueldade na sua execução. Ainda o mencionado código previu a suspensão das penas infames, com exceção da de açoite que era aplicada aos escravos. (DOTTI, 1998, p. 53).

A propósito:

[...], dentre as características do Código de 1830, a exclusão da pena de morte para os crimes políticos, que passou a ser empregada somente para os crimes comuns. [...]. O código de 1830, entretanto, também apresentava defeitos como a diferença de classes entre escravos e livre; a admissão de penas degradantes; não definira a culpa, aludindo apenas ao dolo; continha figuras que apenas ofendiam a religião etc. [...]. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 150).

Se não fosse a escravidão e aplicação da pena de açoite, poder-se-ia dizer, para a época, que foi adotado um regime punitivo liberal. A aplicação da pena de morte foi reduzida, sendo utilizada apenas para casos de homicídio, latrocínio e rebelião de escravos, as execuções eram realizadas de maneira que não causassem tanta exposição, sem o espetáculo da mutilação e da exposição do cadáver, com os julgamentos se efetivando por um conselho de jurados formado por doze cidadãos, sendo estes todos ‘eleitores,’ que na época eram os que dispunham poder econômico e de ‘reconhecido bom senso e probidade’. O Código Criminal do Império, após intenso debate político, utilizou a escravidão e a necessidade de produzir exemplos, como argumentos de manutenção da pena de morte. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 189).

O Código Criminal de 1830 manteve a pena de açoite para os escravos, mas dispôs sobre a imprescritibilidade das penas, sobre o perdão, o qual poderia ser concedido tanto pelo imperador quanto pelo ofendido. Mas a característica do citado código, no que se refere as penas, foi a diminuição da aplicação da pena de morte, a qual foi aceita após “acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos”, passando a ser aplicada somente nos crimes de insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio; a eliminação da crueldade ao executar o criminoso; a suspensão das penas infames, com exceção da pena de açoite, a qual era aplicada aos escravos como acima mencionado. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 151).

Em conformidade ao disposto por Luiz Luisi (2003, p. 189), ressalta-se que apesar de a pena de morte estar prevista no Código Criminal do Império de 1830, a sua revogação ocorreu de fato, a partir de 1851, quando foi, em cumprimento a sentença, executado o fazendeiro fluminense Motta Coqueiro,” o qual foi condenado à morte por um delito que negou sempre haver cometido e após seu enforcamento foi provada sua inocência. Assim passou o Imperador Dom Pedro II, a transferir as penas de morte para perpétuas.

Após o Código Criminal do Império de 1830, foi promulgado, em 1832, o Código de processo criminal, este formulado, também, com idéias liberais marcando a construção da Constituição de 1824. Ocorre que no novo Código de Processo Penal verificaram-se alguns retrocessos, pois, não havia imparcialidade no julgamento, tampouco se obedecia ao princípio da igualdade. Sobre o tema:

[...] não tardou, entretanto, o surgimento de uma reação antiliberal. O sentido liberal do Código foi neutralizado, em certa medida, por meio de leis processuais, como a de 10.06.1835. Essa lei, [...], estabeleceu que os escravos que houvessem praticados atentados contra a segurança ou a vida dos seus senhores ou pessoas da família destes, assim como dos feitores, seriam prontamente julgados pelo júri da comarca mais próxima e a sentença logo se executaria, mesmo que fosse de morte, não comportando o recurso de graça. Sendo o júri composto pelos senhores de escravos, era natural que os julgamentos não primassem pela isenção de ânimo. [...]. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 151-152).

Decorridos, aproximadamente, 67 anos da promulgação do Código criminal processual, ocorreu em 13 de maio do ano de 1888, através de Lei, a abolição da escravatura, a qual inovou o Código criminal processual, sendo que em virtude deste ato abolicionista e da fase de transição política, institucional do Brasil, “Joaquim Nabuco, o grande líder do abolicionismo, apresentou, em 04 de outubro de 1888, um projeto no parlamento imperial”, o qual autorizava e mandava o Ministro da Justiça editar e publicar um novo Código Criminal, “com as alterações trazidas pelas leis que o emendaram ou complementaram e a exclusão das disposições relativas à escravidão.” Neste contexto histórico:

[...]. Em 1889, João Vieira de Araújo (então deputado e professor da faculdade de direito de Recife) apresentou ao Ministro da Justiça um anteprojeto de uma edição especial do Código, que, na verdade, era apenas a consolidação das disposições vigentes, com as modificações operadas pelos novos fatores e pelas leis posteriores ao Código de 1830. Pelo Aviso de 28 de julho foi nomeada uma comissão pelo Ministro da Justiça para estudar o trabalho, [...], tendo como relator o conselheiro João Baptista Pereira (professor da faculdade de Ciências jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro), que opinou por uma reforma integral da legislação penal. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 152).

Assim, o Ministro dos Negócios da Justiça, incumbiu o Baptista Pereira de elaborar um projeto de reforma do código, sendo esta reforma criminal intensificada quando “o Governo Provisório, chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca, proclamou a República Federativa do Brasil”. Com o incentivo, Baptista Pereira “em pouco mais de três meses” apresentou o projeto à comissão nomeada pelo Ministro da Justiça, sendo o projeto convertido em lei, em 29 de setembro de 1890, contendo em seu texto a abolição da pena de morte. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 152).

Segundo René Ariel Dotti, o Código Penal de 1890, além do banimento, da interdição, da suspensão e perda do emprego público e a multa; previa, ainda, os seguintes tipos de pena:

[...] penas privativas de liberdade: a) *prisão cautelar*, aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida ‘em estabelecimento especial’ (art. 45). b) *reclusão*, executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (art. 47); c) *prisão com trabalho obrigatório*, cominada para os vadios e capoeiras a serem recolhidos às penitenciárias agrícolas para tal fim destinadas ou aos presídios militares (art. 48); d) *prisão domiciliar*, destinadas aos menores até a idade de 21 anos, para ser executada em estabelecimentos industriais especiais (art. 49). (1998, p. 55-56).

Com o passar dos anos, o Código Penal de 1890 estava repleto de alterações em seu texto através de inúmeras leis complementares, se transformando em “uma verdadeira colcha de retalhos”, em razão deste fato, houve uma motivação para a revogação do Código de 1890. A tentativa de criação do Novo Código Penal teve início em 1891, sendo apresentados à Câmara dos deputados alguns projetos para o novo Código Penal, mas nenhum obteve êxito em sua aprovação, correndo vários anos até que uma comissão presidida pelo Ministro Francisco Campos, reviu o anteprojeto de Alcântara Machado, concluiu-o e apresentou-o de forma definitiva ao governo em 04 de novembro de 1940, o qual através de Decreto, aos 07 dias do mês de dezembro do ano de 1940, sancionou o projeto como Código Penal. Código este limitava a pena privativa de liberdade para um valor máximo de 30 anos e não continha em seu texto a pena de morte nem prisão perpétua. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 156-164).

As sanções previstas no Código Penal de 1940 foram as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a pena de multa. Dentre as privativas de liberdade havia a pena de reclusão e a pena de detenção. Já as restritivas de direitos se dividiam em perda de função pública e interdição de direitos. (DOTTI, 1998, p. 68).

2.3 As Constituições Federais

“A concepção do fenômeno constitucional, sob a perspectiva institucional, parte da premissa que todo o Estado carece de uma constituição como enquadramento de sua existência, base e sinal de sua unidade, esteio de legitimidade e legalidade.” Assim entende-se que a norma constitucional detém a responsabilidade de organizar, estabelecendo formas e limites de atuação do poder público dentro da sociedade, observando os próprios padrões culturais. Neste contexto se verifica que:

[...] a Constituição é, essencialmente, uma forma de ser; (b) a Constituição é um reflexo das formas e estruturas sociais; (c) a constituição não se ampara em uma norma hipotética, pois a sociedade tem sua própria legalidade, que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever-ser; (d) a Concepção do fenômeno constitucional não tem como ponto central a validade, mas na eficácia da Constituição. [...]. (SANTOS, 2008, p. 27 e 31).

Deste modo pode-se dizer que Constituição “se refere ao modo e a forma do exercício do poder político em uma dada sociedade” (SANTOS, 2008, p. 32). Assim, como dispõe Jorge Miranda (2003, p. 11), que o “Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder”, o qual se refere a um conjunto de normas que inclui disposições e princípios, as quais possuem a função de estruturar o exercício político e jurídico do Estado, situando os grupos sociais “uns em face dos outros e frente ao Estado-poder”, definindo, ao mesmo tempo, “a titularidade do poder, os moldes de formação e manifestação a vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza.”

Quanto à origem das Constituições, elas podem ser promulgadas ou outorgadas. A promulgada é a constituição “criada e imposta por um órgão formado por representante dos diversos segmentos da sociedade, eleitos com o propósito de elaborar e instituir a norma fundamental.” Já as Constituições outorgadas, “são elaboradas e instituídas sem que haja participação da sociedade”, sendo impostas “pela manifestação da vontade dos detentores do poder político, como foi o caso da constituição de 1967, esta que foi imposta pela junta militar que governava o país na época. (SANTOS, 2008, p. 39).

O início do processo de formação do constitucionalismo brasileiro se deu “na primeira metade do século XIX, em um ambiente marcado pela forte influência das idéias

norteadoras das Revoluções, francesa e norte-americana, bem como teve influência “das lutas pela independência do domínio europeu que eclodiram por todo o Continente.” Esses ideais motivaram “o surgimento de um movimento de forte orientação liberal e profundamente influenciado pela necessidade de formação de uma identidade nacional.” (SANTOS, 2008, p. 97).

Deste modo, em 25 de março de 1824, o Brasil criou sua primeira Constituição Federal, a qual foi instituída de forma outorgada pelo Imperador D. Pedro I. A citada Constituição proclamou princípios que orientaram as novas leis penais e processuais penais deste país, todavia, os princípios penais não atingiram a intensidade imaginada pela sociedade. Assim dispunha alguns artigos da constituição:

[...], o art. 179 da Constituição de 1824 estabeleceu os princípios e as regras que reafirmavam a sua concepção liberal. O art. 179, § 18, com efeito, determinava que se organizasse o ‘quanto antes’ um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade. [...]. O mesmo dispositivo proclamou a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Além das garantias gerais no campo das liberdades públicas e dos direitos individuais, a Carta Política declarou, formalmente, a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis (§19) e que ‘as cadeias serão seguras, limas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes’ (§21). [...]. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 148).

Igualmente, Walter Gustavo da Silva Lemos (2011, p. 05-06), relata que “na Constituição Monárquica, de 1824, [...], ainda se permitiam penas de morte, banimento e penas de galés, mas já descrevia os princípios da legalidade e do devido processo legal.”

A Constituição de 1824, no que se refere ao direito penal, estabeleceu, ainda, alguns princípios como o da irretroatividade da lei penal; o da igualdade, este de extrema importância, pois, dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei; o da personalização da responsabilidade; o da utilidade pública da pena. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009). Ainda que tenha vigorado até a proclamação da República, a primeira Carta Magna brasileira não foi considerada o marco inicial da democracia, estabelecendo “um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo”, bem como quatro poderes, sendo eles, o poder legislativo, moderador, executivo e judiciário. (QUIRINO; MONTES, 1987, p. 44).

Posteriormente, com a proclamação da República, é promulgada no Brasil a Constituição de 1891, com identidade liberal e inspirada no modelo republicado dos Estados Unidos. Esta foi a primeira Constituição da República deste país, a qual foi julgada e aprovada por um “Congresso Constituinte”, este que após a aprovação da citada constituição

se converteria em poder legislativo, ou seja, Câmara dos Deputados e Senado Federal. Neste momento o Brasil passou a ter um governo provisório, sendo ele Deodoro da Fonseca. A constituição de 1891 deixou a impressão de ser mais favorável aos direitos do povo, como se pode verificar:

[...]. O Novo regime instalava-se, assim, em meio a **um clima que parecia promissor, marcado pela preocupação de corrigir os vícios da política do Império**, que praticamente excluía da participação e da representação política a maioria do povo do País, agora que, **com a abolição da escravidão e o reconhecimento de que essa massa enorme da população trabalhadora brasileira também fazia parte da Nação**, o novo governo parecia estar em condição de efetivamente dar expressão, através das novas instituições políticas a serem criadas, aos anseios do povo brasileiro em seu conjunto, e que a nova Constituição deveria espelhar. [...] (QUIRINO; MONTES, 1987, p. 48. Grifo nosso).

É importante destacar que dentre as modificações da Constituição de 1891, esta reconheceu “o direito de ampla defesa aos acusados, com todos os recursos e meios a ela essenciais e a abolição das penas de galés”, bem como extinguiu a pena de morte, exceto quando se tratar de “legislação militar em tempo de guerra”. (MELILLO FILHO, 2011, p. 05).

Da mesma forma, dispõe Walter Gustavo da Silva Lemos (2011, p. 06) ao afirmar que á a Constituição Republicana, de 1891, aboliu as penas acima mencionadas e não trouxe “outras inovações mais severas.”

A “Revolução de 1930” acaba com a primeira República e Getúlio Vargas assume o poder, se tornando a partir de então o governo provisório do país. E em 16 de julho de 1934 é promulgada a nova Constituição, a qual além de reconhecer diversos direitos sociais, traz uma atitude inovadora, sendo “a primeira em que se registra a presença feminina e a primeira e única em que aparece uma representação classista.” (QUIRINO; MONTES, 1987, p. 53).

Ainda, afirma Renato Melillo Filho:

[...]. O Brasil não ficou infenso a essas novas idéias. Na busca de novos caminhos, com a reconstitucionalização, **pela primeira vez cogitou-se de estabelecer uma ordem social mais justa, ou seja, a constituição passou a contemplar normas que regulam as relações de trabalho, as que dizem respeito à família, educação, saúde e proteção dos interesses nacionais.** [...] (2011, p. 06. Grifo nosso).

Ainda que a Constituição de 1934 tenha tido um curto prazo de vigência, esta foi considerada “revolucionária e, consagrando conquistas sociais irreversíveis, substituiu o

Estado liberal pelo social e preparou o terreno para o seu aperfeiçoamento.” (MELILLO FILHO, 2011, p. 07).

Ainda, a Constituição de 1934, dispôs sobre “as garantias do processo criminal”, reconhecendo o “instituto da fiança, do princípio da inocência, entre outros.” Contudo, a maior “inovação desta Carta Política”, foi estabelecer a “retroatividade *in mellius* e a vedação da retroatividade *in pejus*, iniciando-se o princípio que mais tarde seria conhecido como irretroatividade das leis penais.” (LEMOS, 2011, p. 06).

Conforme relata Renato Melillo Filho (2011, p. 07), “em novembro de 1937, o Presidente Getúlio Vargas, sentindo que o poder lhe fugia das mãos, resolveu interpretar o que chamou de ‘legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social’,” substituindo então a Constituição de 1934, fechando o Congresso Nacional e se por mais uma vez se fez ditador.

“Em 10 de novembro de 1937, [...], é instituído o Estado Novo e outorgada uma nova Constituição”, neste momento o parlamento é dissolvido e fechado o Congresso Nacional, sendo os Poderes, Legislativo e Executivo “concentrados nas mãos do presidente Getúlio Vargas.” Esta constituição no que tange ao direito penal dispôs que o governo estrangeiro não poderá extraditar nenhum brasileiro; que não haveria penas perpétuas; que as leis novas não retroagiriam aos fatos anteriores a ela; e no que tange a pena de morte, ordenou que “além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra”, a lei poderá, ainda, fixar pena de morte para os determinados crimes:

[...]: a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operação de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. [...]. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 159).

Bruna Maggi de Sousa (2011, p. 05) relata que a Constituição de 1937 detém um “caráter altamente autoritário” e marca o começo do período de ditadura do Estado Novo, sendo que restringe os Direitos Individuais e Sociais, bem como e prevê a utilização da pena de morte em seu art. 122, item 13, o qual “de forma bastante incoerente” está disposto “justamente na parte dos Direitos e Garantias Individuais”. Observa-se, também, que referida

Constituição se dirige somente à ditadura de “uma classe social”, demonstrando seu cunho “anticomunista.”

Conforme dispõe Luiz Luisi (2003, p. 49-50), a Constituição de 1937 não proibiu a pena de morte, mas deixou expresso em seu texto os casos em que era poderia ser aplicada, ou seja, nos casos de “guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária, ou subversiva nos termos que a lei determinar”. Ainda a Emenda Constitucional editada em 13 de outubro de 1978, limitou ainda mais a aplicação da pena de morte, estando ela, neste momento, podendo ser imposta somente em caso de guerra externa e em alguns tipos penais previstos na legislação militar.

A Constituição de 1937, “não declarou a garantia da personalidade da pena”, mas instituiu que os direitos e garantias nelas previstos estavam limitados aos bens públicos, às necessidades da defesa do bem estar, da paz, da ordem da coletividade e da segurança da Nação e do Estado. Criou, ainda, um Tribunal Especial com a função de julgar os crimes políticos e os crimes contra a economia popular. (BIANCHINI; GARCIA; GOMES, 2009, p. 159).

“Dois meses após a deposição de Vargas, é eleita uma Assembléia Nacional Constituinte que conclui seus trabalhos em 2 de setembro de 1946, promulgando a nova Constituição” a qual tinha como seu propósito:

[...]. Contra o intervencionismo estatal e autoritarismo do governo do Estado Novo, ela procuraria restituir a sociedade civil sua iniciativa, e aos cidadãos, alguns direitos essenciais, recuperando a inspiração liberal da primeira Constituição republicana. A Constituição de 1946 mantém, como forma de governo dos Estados Unidos do Brasil, a Federação e a Republica. [...]. (QUIRINO; MONTES, 1987, p. 60).

Por consequência, “a Constituição de 1946 foi elaborada sob o clima de grande euforia pela vitória sobre os regimes autoritários que haviam se instalado na Europa.” Ainda, observando como modelo a Constituição de 1934, “a nova Carta democrática fez algumas modificações nos capítulos relativos aos direitos e garantias individuais, à ordem econômica e social e à família, à educação e à cultura.” Ressalta-se que a citada Lei Maior de 1946 “usou a expressão ‘direito à vida’.” (MELILLO FILHO, 2011, p. 08).

Neste contexto histórico, ressalta-se que o período democrático iria durar de 1946 a 1964, quando através de um golpe militar o presidente João Goulart é deposto do cargo no momento em que tentava instituir novas reformas sociais as quais iriam danificar os interesses do capital internacional no Brasil. Em 1968, o processo político brasileiro fica ainda mais radical com o AI-5. Posteriormente são editados novos Atos Institucionais, “dentre os quais o

nº 14”, este que prevê o uso da pena de morte e assim altera a redação dada à Constituição. O Ato Institucional nº 14, fazia referência à guerra revolucionária, ou subversiva, e a guerra psicológica adversa que perturbavam o país, atingindo a Segurança Nacional. Pode-se perceber que no período Republicano, quando se fazia uso da pena de morte está tinha um “caráter eminentemente político”. Contudo:

[...]. As leis de Segurança Nacional de 1978 e de 1983 revogaram a pena de morte, substituindo-a por reclusão. No entanto a pena de morte está prevista em nosso código penal militar, no art.55 para aplicação somente em tempos de guerra, em alguns casos, como: traição, favorecimento do inimigo e tentativa contra a soberania do Brasil. [...]. (SOUSA, 2011, p. 05).

Após, 1964, a Constituição de 1946 ainda teve eficácia por um período de três anos, mas em 24 de janeiro de 1967 é promulgada e passa a vigorar a nova Constituição a qual previa a pena de morte para os crimes que iam contra a segurança da nação. (MELILLO FILHO, 2011). Frisa-se que referida constituição, foi instituída no período em que os militares se encontravam no poder. (QUIRINO, MONTES, 1987). Igualmente, Sergio Roberto Leal dos Santos (2008, p. 113) afirma que a Constituição em referência, foi extremamente influenciada pela Constituição ditatorial de 1937, e se focava sua preocupação com a “*garantia da segurança nacional.*”

Em fim, em 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual foi “formulada com o claro objetivo de dotar o país de um regime democrático, seu ato de nascimento respaldou-se na própria Carta Magna elaborada por um regime de exceção.” Esta Carta Política, no que se refere a pena de morte, esta foi abolida, exceto para os casos de guerra declarada. (SANTOS, 2008, p. 116).

Desta forma, especificamente, no que diz respeito à abolição da pena de morte no Brasil, nos cem anos de República dentre muitas Constituições, a primeira a abolir a pena capital, ressaltando os dispositivos legais, expressamente em seu texto foi a de 1934. Da mesma forma, a Constituição Federal vigente, “alinhou-se com a tendência majoritária das legislações contemporâneas no sentido de banir a pena em causa do elenco das sanções penais.” Em várias Constituições do pós-guerra a pena de morte é expressamente proibida, sendo em muitos países, abolida em legislação ordinária. A Constituição da Itália de 1947, Portugal de 1976, Espanha de 1978, a Alemanha por lei Federal em 1949, dentre outros, na Europa Ocidental a França foi o último país a abolir a aplicação da pena de morte em 1981 e nos países baixos, a referida pena foi banida desde 1886. (LUISI, 2003, p. 189-190).

Igualmente, Bruna Maggi de Sousa (2011) dispõe que a Constituição atualmente vigente no país também admite a aplicação da morte como pena, mas ressalta em seu artigo 5º, inciso XLVII, que será utilizada exclusivamente em casos especiais como de guerra declarada, nos termos do artigo. 84, inciso XIX da mesma Carta Magna. Ainda:

A Constituição Federal de 1988 não só proíbe que a lei infraconstitucional venha estabelecer pena de morte no seu art. 5º, inciso XLVII, como também proíbe que seja objeto de deliberação a proposta de emenda à constituição que vise estabelecer pena de morte. [...]. (SOUSA, 2011, p. 06).

Neste contexto, a CRFB de 1988, em cláusula pétrea garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à vida, proibindo a aplicação da pena de morte, salvo nos casos de guerra declarada⁶.

É expresso na Carta Magna, a proibição da aplicabilidade da morte como pena, sobrevivendo a garantia do direito à vida em seu artigo 5º caput e inciso XLVII, alínea a⁷.

E, quanto ao plebiscito da pena de morte, Carlos Ayres Brito apud Bruna Maggi de Sousa (2011, p. 06) relata que o mesmo é de cunho inconstitucional, uma vez através do plebiscito a população atua na sua função de legislador comum em substituição ao legislador ordinário, nada, além disso. Contudo este fato só pode ser realizado nos casos dispostos pela própria Constituição, se limitando, ainda, às matérias tratadas nos artigos 18, §§3º e 4º, “nas disposições permanentes e o n° 2 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.” Por consequência, não será através da consulta popular direta que se instituirá “uma medida que a Lei Maior excomunga, como a pena de morte.” Em vista disso, nem por meio de emenda constitucional poderá se instituir a pena de morte no Brasil, em razão do artigo 60, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ter transformado todos os direitos e garantias individuais em cláusulas pétreas da constituição, ou seja, direitos imutáveis.

⁶ TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; [...]. (BRASIL, 2011).

⁷ **DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS** - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XLVII - não haverá penas: **a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;** b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...]. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

3. DEBATE A RESPEITO DA (IN) APLICABILIDADE DA PENA DE MORTE

Finalizando o trabalho, o terceiro e último capítulo, terá em seu desenvolvimento uma sintética exposição da aplicação de sanção e sua finalidade, tendo como ponto principal a abordagem dos argumentos favoráveis e os desfavoráveis à instituição da pena de morte.

3.1 Argumentos Favoráveis a Aplicação da Pena de Morte

Com o desenvolvimento crescente da humanidade e a constituição de sociedades firmadas na formação do Estado, verificou-se a necessidade de estabelecer a ordem social através da criação de hábitos, atos e fatos que seriam considerados delitos, tendo também para estes a aplicação de sanção. Neste contexto, o delito é considerado uma “conduta não condizente com a moral e a legislação que rege uma sociedade, devendo, para tanto, cominar penas (sanções) que impeçam que qualquer pessoa da sociedade realizasse tais atos.” (LEMOS, 2011, p. 01).

Analisando brevemente o conceito de pena, verifica-se que o mesmo possui variações de acordo com a época, local ou circunstância. Deste modo, buscando-se saber o real sentido da pena, filósofos, juristas e sociólogos utilizam expressões caracterizando-a como ‘advertência, intimidação, prevenção, vingança, castigo, correção, etc.’ (BARRETO, 1998, p. 15).

A sanção, ou seja, o castigo dado à alguém que cometa algum ato contrário a Lei, é considerada imprescindível dentro de uma sociedade que tenha o intento de manter a sua ordem. Assim, pode se dizer que ao se aplicar uma pena, está sendo cumprida uma função social, de modo que visa a coatividade. (FALCÓN Y TELLA; FALCÓN Y TELLA, 2008). O entendimento doutrinário atual tem a idéia de recuperação do condenado/criminoso. (BARRETO, 1998).

No que se refere a finalidade da pena, Augusto Dutra Barreto (1998, p. 15-16) afirma que existem três correntes que a definem. A primeira é a corrente Absolutista, a qual dispõe que a pena é uma forma de compensar um fato injusto cometido retribuindo-o ao criminoso através de uma sanção/pena; a segunda, nominada de Teoria Relativa ou Utilitária, tem como seguidores, Beccaria, Benthan e Feuerbach, sendo que nesta corrente, a pena é

considerada um modo de prevenir o crime, tendo em conta que a “pena evita novas infrações”, uma vez que a pessoa que recebeu a sacção não reincidirá no crime e as demais que visualizaram a punição também não irão cometê-lo. Já a terceira corrente é a chamada dos Conciliadores, dos Ecléticos, esta reúne as idéias da primeira e segunda corrente acima mencionada e expressa que é necessário o uso da pena, pois, o delinqüente tem que ser punido porque cometeu um crime e para não cometer novamente.

A pena de morte é conceituada por Augusto Dutra Barreto (1998, p. 17) como sendo um “Remédio Social”. Afirma ainda, que para esse tipo de punição não há a possibilidade de considerar a finalidade de recuperação do indivíduo delinqüente, tampouco a retribuição, uma vez que se busca com a pena de morte a defesa do bem comum. Aduz também, que “não há razão para continuarmos usando a palavra pena quando não se quer punir.”

Quanto a instituição da morte como pena, pode-se afirmar que a maioria dos países adotam a pena de morte, mantendo-a em seus Códigos Penais, sendo que quando se trata de segurança da Nação verifica-se que a adoção da pena em questão é de cunho mundial, ou seja, o mundo inteiro à tem ou já a teve, instituída no ordenamento jurídico de cada país. A propósito verificam-se alguns países que adotam a pena de morte para crimes comuns:

[...]. **a) Vaticano:** incluiu a pena de morte em seu Código pela lei de 7 de junho de 1929.

b) Estados Unidos: 40 estados dessa nação fazem uso da pena capital, para os mais diversos crimes, tais como: estupro, roubo, seqüestro ou morte de crianças, homicídios qualificados etc. Na Geórgia, até o aborto é punido com a morte. [...].

d) Rússia: pune com a morte a fabricação e expedição de moeda falsa, o contrabando, os delitos contra-revolucionários (traição, invasão de território etc), e delitos contra a ordem administrativa, perigosos para o país (destruição de ferrovias, organização de bandos armados e participação nos mesmo para assaltos a estabelecimentos públicos ou privados etc.).

e) Polônia: além dos crimes de guerra, pune também com a morte a fabricação e expedição de moeda falsa.

f) Japão: o incendiário de edifícios, trens, bosques e minas e o autor de inundações recebem a pena extrema. Bem recentemente o Japão estabeleceu também a pena de morte ara traficantes de entorpecentes pela lei conhecida como ‘Samurai’.

g) Iugoslávia: neste desenvolvido país, 27 crimes são punidos com a pena de morte. dentre eles podemos citar o genocídio, o roubo, o homicídio qualificado, o saque contra militar e todos os crimes mais graves.

h) Finlândia: todos os crimes que tem alguma ligação a guerra são punidos com a pena de morte.

i) Israel: os autores de genocídio são punidos com a morte.

j) Afeganistão: o simples adultério é punido com a morte.

l) China: todos os crimes de grande reprovação são apenados com a morte.

m) Cingapura: a pena de morte é aplicada para traficantes de entorpecentes e usuários. [...]. (BARRETO, 1988, p. 19-21).

Outrossim, a pena de morte é um tema bastante controverso, entre os pesquisadores da área do direito, da psicologia, sociologia, criminologia, bem como, no discurso popular; sendo esta aplicada e admitida em alguns países, apesar de toda a luta internacional pelos direitos humanos. Roberto Ramalho, também, relata alguns países que utilizam a pena de morte como forma de punição, conforme se verifica:

[...] Aplicada em quase metade do mundo todo, inclusive em Países democráticos como os Estados Unidos da América (EUA), na totalidade de seus estados membros, cinquenta ao todo, no Japão, e em Países comunistas como a China e Cuba e fundamentalistas islâmicos como o Irã, e a maioria dos países do Médio Oriente pela prática de assassinatos, como seqüestro seguido de morte e latrocínio, por exemplo, a grande questão é saber se esse tipo de prática é viável no combate feroz a criminalidade. Atualmente só os Países europeus membros da Comunidade Européia são contra esse tipo de penalidade, seguindo a Convenção Européia dos Direitos Humanos que recomenda a sua proibição. [...]. (RAMALHO, 2009, p. 01).

Na França e na Inglaterra o povo insistentemente apresenta manifestações pressionando o governo para restabelecer o uso da pena de morte, tendo em vista que o número de criminalidade teve um considerável aumento, após a sua abolição. Assim verifica-se que a pena capital, objeto do presente estudo, favoravelmente, diminuiu o índice de criminalidade, tanto que há rumores de que a pena de morte voltará a ser instituída para vários crimes. (BARRETO, 1998).

Augusto Dutra Barreto (1998) defende que a pena de morte não deve ser aplicada como método de castigo, mas sim como um remédio social a ser imposto ao criminoso que seja irrecuperável, ou seja, após todas as tentativas infrutíferas de incluí-lo na sociedade com afeto, trabalho, estudo; ao criminoso que seja considerado perigoso; quando houver certeza da existência do fato, bem como da autoria e que o crime praticado tenha uma notável reprovação/comoção social. Igualmente, resguarda que a execução de citada pena não deve ser dolorosa, tampouco pública, humilhante ou vergonhosa, devendo-se também evitar o eventual sofrimento na demora. Neste Contexto:

[...] A justiça, auxiliada pela medicina, estará em condições de aplicar uma pena de morte bem aceita pelos cidadãos de bom senso e bem condizente com a época em que vivemos. Através de injeção, por exemplo, pode-se conseguir uma morte instantânea, indolor e sem publicidade [...]. (BARRETO, 1998, p. 38-39).

Neste contexto, é de extrema importância destacar uma entrevista feita no programa “AQUI, AGORA na TVS, no dia 02 de agosto de 1991, para restar demonstrada a existência de criminoso irrecuperável e desta forma possibilitar a visualização, através de um

caso concreto, que não há outra solução senão sua extinção da sociedade, pois a essência do Estado é buscar e primar pelo bem comum.

[...] entrevista exclusiva do repórter João Leite Neto, com Pedro Rodrigues Filho, um dos maiores matadores do mundo, condenado a 480 anos de prisão. Pedrinho cumpre pena do presídio de segurança máxima conhecido como “Piranhão”, em Taubaté, interior de São Paulo. P – O seu primeiro crime você cometeu com quantos anos, Pedrinho? R – É, 15 anos de idade. P – Quem que você matou? R – O prefeito de Minas Gerais. Santa Rita de Sapucaí. P – Santa Rita de Sapucaí. Daí em diante você não parou mais de matar? R – Não parei. P – Na ocasião, disseram que você apenas em questão de 10 ou 15 minutos matou 5 pessoas? R – Cinco. P – Onde foi isso? R – Numa penitenciária de Araraquara. P – Dentro da penitenciária? R – Dentro da penitenciária. P – Mas você ia entrando nas celas, matando os caras? R – Um por um. P – Com que? R – Faca, estilete de ferro. P – E deu tempo? Você queria matar quantos nesse dia? R – Nesse dia tava na lista... é 20 né. P – Dessas pessoas todas que você matou, 76 aproximadamente, você não se arrepende de nenhuma delas? R – De jeito maneira. Foi gente que não vale nada, ou não presta. P – Você está revoltado porque ao está podendo matar atualmente? R – É isso. Sinceramente é isso mesmo. P – E indo para outro presídio você continua? R – Continuo. Eu continuo, ou eles continuam em cima de mim, tá tudo certo. P – Você não tem medo de morrer? R – Não, pra mim é um favor que me faz. Mas não é de braços cruzados que eles vão me levar. [...]. **Esse monstro tem tatuada num dos braços a frase: MATO POR PRAZER.** Falando á revista *Istoé* o bandido declarou friamente que embora o autor da tatuagem fosse um ótimo sujeito, ele o matará para não ser denunciado. [...]. (NETTO, 1991, p. 117-119. Grifo nosso).

Destarte, o argumento dos desfavoráveis a pena de morte, os quais aduzem ser ela, executada de forma cruel, perdem a força, uma vez que o que se busca não é castigar o criminoso através da pena capital, instituindo-a e executando-a igualmente como era anteriormente utilizada no país, mas sim como meio de defesa da sociedade tendo somente o intento de torná-la vigente como já foi, mas não nas mesmas condições de execução. (BARRETO, 1998).

A respeito do tema indaga-se: O Estado bem como toda a sociedade considera ser a vida um bem divino/inviolável. No entanto, essa condição de sagrada, só se refere a vida humana e não aos seres vivos em geral. Mas onde está a distinção entre o ser humano e o ser vivo em geral? Por que a vida do ser humano deveria possuir um maior valor? Como se verifica a maior importância da vida de um ser humano à de um animal? A sociedade poderia considerar, de forma igualitária, tão cruel assassinar um humano quanto matar um porco ou até mesmo arrancar um repolho. (SINGER, 2002, p. 93-94).

Ainda, os que preservam a “santidade” da vida humana, também aprovam a possibilidade de retirar a vida de outrem, quando se referem a autodefesa. Neste sentido, atualmente, o senso comum manifesta a concordância em aplicar a pena de morte, quando se reportam da seguinte forma:

[...] **Hoje em dia, a maior parte da população concorda, pelo menos em teoria, que deixando de lado os casos especiais como autodefesa, a guerra, possivelmente também a pena de morte, e uma ou duas outras áreas nas quais se verificam dúvidas, é errado matar seres humanos**, independente de raça, religião, classe ou nacionalidade. [...]. (SINGER, 2002, p. 94-95. Grifo nosso).

Alguns dos argumentos dos que apresentam posicionamentos favoráveis a aplicação da pena de morte são no sentido de que, é a única que produziria efeitos intimidativos para diminuir o índice de criminalidade, sendo que nos países em que foi abolida ocorreu o aumento das ocorrências de crimes. Da mesma forma, é visto que a pena de morte é constituída como meio mais ágil e “eficaz para eliminar da convivência social os indivíduos anti-sociais.” (SOUSA, 2011, p. 06-07).

Ainda, outros argumentos propícios a aplicação da pena de morte, seguindo o raciocínio de que a mesma seria a forma mais eficiente para diminuir a criminalidade, pois, amedrontaria os criminosos evitando assim a reincidência, bem como a pratica de novos crimes.

O pronunciamento de Paula e Souza na Assembléia Legislativa é revelador:

Quem duvida que tendo o Brasil três milhões de gente livre, incluídos ambos os sexos e todas as idades, este número não chegue para arrostar dois milhões de escravos, todos ou quase todos capazes de pegarem em armas! Quem, senão o temor da morte, fará conter essa gente imoral nos seus limites? A experiência tem mostrado que toda vez que há execuções em qualquer lugar do Brasil, os assassinatos e outros crimes cessam, e que ao contrário, se se passam alguns anos sem execuções públicas, os malfeitores fazem desatinos e cometem todo o gênero de atrocidades. Daqui se vê que essa pena é efficacíssima⁴¹.

Além das rebeliões, havia a ameaça constante do crime de morte praticado pelo escravo contra seu senhor. E em relação a tal delito, a monarquia não poderia ser tolerante. Em 1829, Pedro I decretou que o homicídio do senhor por escravo era indigno da "imperial clemência": execuções imediatas.

Em 10 de junho de 1835, como subproduto das revoltas de Carrancas em Minas Gerais (1833) e dos Malês na Bahia (1835), foi editada uma lei que criou um estatuto jurídico criminal diverso para os escravos. Pena de morte para os que Matarem, por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem qualquer outra grave ofensa física a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou ascendentes que em sua companhia morarem, a administrador ou feitor e às suas mulheres.

Além disso, não seria necessária a unanimidade dos votos dos jurados e da decisão condenatória não caberia qualquer recurso. Com o tempo, voltaria a ser admitido o pedido de graça ao imperador – a única chance para o escravo condenado. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 189/190).

A aplicação da morte como forma de punição, se mostra útil e necessária, pois é considerada a que possui maior influencia intimidatória dentre as demais penas; proporciona uma notável “vantagem econômica”; contribui e facilita a ressocialização, uma vez que evitaria o contato de presos considerados recuperáveis com outros de características de alta

periculosidade; evita a justiça pelas próprias mãos, ajudando a defender os direitos humanos. Ainda é importante destacar que:

[...]. A pena de morte não deve ter caráter retributivo. A finalidade é o Bem Comum, não o castigo do delinqüente. [...]. Por não ser castigo, a pena de morte deve ser executada de modo que o paciente não sofra. Deve ser indolor, instantânea e sem qualquer ação vexatória. Ela não é vingança nem violência, mas um remédio social. [...]. Se a pena de morte não deve ter caráter de punição, os delinqüentes inimputáveis poderão se atingidos por ela. Dessa forma sérios problemas sociais serão resolvidos. [...]. Os próprios doutrinadores que combatem a pena de morte reconhecem-na como a única solução em casos de graves problemas sociais. [...]. A opinião pública é bem favorável à pena de morte. Se ela for restringida àqueles pressupostos que anteriormente apontamos, podemos afirmar que mais de 90% da população anseiam e reclamam por sua urgente legalização no Brasil. [...]. (BARRETO, 1998, p. 155-156).

Analisa-se, além disso, a legitimidade da pena de morte, sendo que poderá ser vista em duas perspectivas, nas quais uma é a sua utilidade e a outra a sua condição de justiça, em que, a justiça é posta como satisfação moral, a qual tenta se igualar a justiça divina, sendo que possui a intenção de sanar o dano que o crime causou à ordem deste mundo, devendo o legislador tomar a justiça divina como modelo. Já a teoria da utilidade da pena dispõe que a mesma é um meio de desaparecer com o crime, sendo este um “obstáculo para o direito”, devendo, ainda, ser um método de fazer com que os danos à lei e à moral, causados pelo crime, acabem. (MITTERMAIER, 2004, p. 76-77).

Neste sentido, para corresponder a concepção de justiça, no âmbito penal, é necessário que o objetivo da pena seja correspondente ao crime praticado, devendo assim, se aplicar ao pior crime uma pena mais severa. Deste modo, a pena de morte para o crime de homicídio é medida que se impõe. E é desta forma que “a pena de morte se faz legítima.” (MITTERMAIER, 2004, p. 77).

No que tange ao direito à vida ao se aplicar a pena de morte, Amaral Netto (1991, p. 11) questiona o seguinte:

[...]. Admiro a sensibilidade dos que se opõem a pena capital. Matar um dos nossos irmãos na humanidade, seja ele quem for, machuca o coração. Mas não devemos silenciar, às vezes, nossa sensibilidade para obedecer à razão? Como pregar o direito à inviolabilidade da vida à favor dos assassinos quando, numa pequena cidade como São Gonçalo, há oito assassinatos por dia e, no Grande Rio, mais de 24 assassinatos num fim de semana? [...].

Neste sentido, Amaral Netto (1991, p. 11-12), defende ainda que antes de se preocupar em proteger a vida dos criminosos, como acima mencionado, deve-se ter o cuidado de preservar primeiramente a vida das vítimas. Assim, questiona de que forma se levará o

criminoso a “respeitar esse direito senão pela severidade do castigo e o medo do castigo? Ao proteger a qualquer preço a vida dos criminosos, incentivamo-los a tirar a vida de muitos inocentes. E por que devemos preferir os criminosos aos inocentes? [...]”

Neste sentido verifica-se que:

[...]. A consciência pública clama pela pena de morte no interesse da justiça, cujo sentimento natural do homem será ferido, se a igualdade entre a pena e o crime não é mantida, e se cada homem não é tratado segundo suas obras. A graça dada aos grandes criminosos descontenta o povo. [...] A experiência mostra o povo irritado por um sentimento de justiça mal satisfeita, infligindo ele mesmo ao culpado uma expiação sangrenta concluindo a obra da justiça. [...] (MITTERMAIER, 2008, p. 141-142).

Considerando, também, que a abolição da pena de morte não é absoluta, mas sim relativa, qual seria o empecilho de incluir dentre as exceções o crime de homicídio, uma vez que não se verifica distinção moral entre “matar para defender-nos de um exército estrangeiro e matar para defender-nos desse exército de criminosos acamado em todas as esquinas”. (NETTO, 1991, p. 13).

Amaral Netto compara a necessidade de instituir a pena de morte ao criminoso considerado irrecuperável, com a implosão de prédios inabitáveis, conforme se verifica:

[...]. O perigo de uma construção que não mais oferece segurança aos que dela fazem usos é tão grande quanto a sobrevivência de um criminoso de alta periculosidade. E se é necessário, por medida de segurança, implodir um prédio que ameaça desabar, tão ou mais necessária é a aplicação da pena capital aos criminosos de sangue [...]. (NETTO, 1991, p. 75).

Santo Agostinho apud Amaral Netto (1991), afirma que a pena de morte não é ilícita, mas sim necessária para a manutenção da ordem social. Contudo, expõe que citada pena deverá ser aplicada somente, após as provas necessárias para se obter a plena convicção e tornar evidente a autoria do crime, para deste modo não condenar injustamente um inocente.

Afirma-se que a simples existência da pena de morte, no ordenamento jurídico, já surtirá efeito, inibindo a prática delituosa, face o seu efeito intimidatório. E embora, não seja aplicada aos crimes mais brandos, a pena de morte agiria de forma indireta no sentido de assustar estes criminosos. Assim:

[...]. Os que pretendem praticá-las saberão que os riscos que irão correr serão muito grandes no caso de uma fatalidade. Se um assaltante entrar numa residência ou numa casa comercial armado de um simples canivete, sabe que corre o risco de ferir mortalmente quem se atravessar no seu caminho. E o que poderia ser um simples

roubo pode se transformar em processo por morte. Da mesma forma, qualquer seqüestrador há de pesar duas vezes antes de agir. Um acidente durante um seqüestro que resulte na morte do atingido levará o autor a responder por crime passível de condenação à pena de capital. [...]. (NETTO, 1991, p. 97-98).

Neste contexto, se verifica que a pena de morte possui sim “efeito intimidatório e dissuasivo, funcionado sempre como um freio capaz de reduzir em muito o ímpeto dos que pretendem infringir a lei, sendo que a simples existência da pena dificultaria a ação” criminosa. Ainda, mesmo que não aceitos os argumentos postos, seria suficiente, considerar que com a pena de morte o mesmo bandido não mataria duas vezes, sendo que ao ser condenado pelo primeiro crime cometido, aqui cessaria sua carreira. (NETTO, 1991, p. 98-99).

Assim, a pena de morte se mostra necessária “para a defesa da sociedade contra certos criminosos danosos que não têm nenhum respeito da vida humana, ela garante o repouso público melhor que uma outra pena.” (MITTERMAIER, 2008, p. 142).

3.2 Argumentos desfavoráveis a Aplicação da Pena de Morte

Primeiramente, é importante esclarecer que a pena de morte não pode ser instituída no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a CRFB de 1988 aboliu-a, exceto nos casos de guerra declarada, estando tal disposição prevista juntamente no artigo que trata dos direitos e garantias fundamentais, os quais são protegidos por cláusula pétrea, ou seja, imutáveis. Deste modo, seria possível instituí-la no país somente através de uma nova Constituição, o que é praticamente impossível de ocorrer. (SOUZA; CATANA, 2011).

Igualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil proíbe expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLVII, a utilização da morte como espécie de pena, ressalvando na hipótese de guerra declarada. Embora já anteriormente instituída no país, atualmente a pena de morte não é considerada uma forma de punição, uma vez que a pena, no atual ordenamento jurídico penal, obedece a função de prevenção e a pena de morte “não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 784).

Ainda, quanto ao retro mencionado:

[...] O referido inciso é indicador do princípio de humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis estão proscritas do direito penal brasileiro. Em razão dos mesmos princípios, o princípio da soberania popular do parágrafo único do art. 1.º, da Constituição, que pressupõe o respeito à autonomia ética e a consequente dignidade da pessoa humana, está proscrita qualquer pena que importe na incapacitação física ou psíquica da pessoa, [...]. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2001, p. 785-786).

“No ano de 1969, foi firmado a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em São José, Costa Rica.” Em referida Convenção fica expressa a rejeição dos estados signatários quanto à pena de morte e todas as práticas que iam contra a dignidade humana. Citada Convenção, a qual reforçou as garantias de uma sociedade digna, ficou conhecida internacionalmente como Pacto de São José da Costa Rica, sendo ela reconhecida pelo governo brasileiro em 1985 e ratificada pelo Congresso Nacional em 1992. (SOUSA, 2011, p. 05).

É através das convenções e tratados que “a sociedade vem ao longo do tempo lutando e conquistando garantias e direitos essenciais para a sobrevivência coletiva, abrindo caminho para uma vida digna, justa e humana.” E em razão disso tem-se, atualmente, a vida, o principal direito conquistado, como um bem supremo e indisponível. (SOUSA, 2011, p. 05-06).

A pena de morte atenta diretamente os direitos humanos, estes reconhecidos no âmbito internacional através dos tratados internacionais, como já visto no presente trabalho. Ademais, a pena em questão, além de trazer maior prejuízo econômico ao Estado, não resolve o problema da criminalidade, pois isso ocorrerá quando o criminoso tiver a certeza de que será punido, independentemente da sanção que receber. Destarte, deve-se sim, aplicar uma punição, mas esta deve ser nada mais do que justa e obviamente sem a privação da vida, buscando-se sempre a recuperação e reinserção o condenado na sociedade. (SOUZA; CATANA, 2011).

Nos dias atuais, em que se vive o ápice do desenvolvimento dos direitos humanos, a nova instituição da pena de morte no ordenamento jurídico do país “acarretaria um verdadeiro retrocesso histórico, sendo momentaneamente anulado todo resultado de uma luta milenar em prol da dignidade humana e dos direitos fundamentais.” (SOUSA, 2011, p. 06).

Neste contexto, a punição não pode ter o objetivo de simplesmente punir porque se cometeu um crime, mas sim deve ter o intento de punir para que algo de bom ocorra, como por exemplo, a paz social e a minoração do índice de violência, visando assim uma finalidade

preventiva “buscando atingir o meio social e o próprio delinquente.” (JUNQUEIRA, 2008, p. 132-133).

Cesare Beccaria (2009, 97-98), dispõe que a pena de morte “não é um direito, mas sim guerra da nação contra o cidadão, que julga útil ou necessário matar,” sendo que esta só se faz necessária por dois motivos, quando privado da liberdade, o cidadão tenha ainda relações de poder que possam afetar a segurança nacional e quando a existência do cidadão possa produzir perigosa revolução para a forma governamental estabelecida, “tornando-se assim necessária, quando a nação recupera ou perde a liberdade, ou em época de anarquia quando as próprias desordens tomam o lugar das leis.” Não sendo a utilização desta, necessária, pois a morte do cidadão não é o único e verdadeiro meio capaz de impedir que outros cometam crimes, pois se isto realmente ocorresse, seria suficiente para justificar e defender sua instituição.

Além do acima exposto, é importante ressaltar que a pena de morte não tem um resultado duradouro, face o seu impacto momentâneo em razão de que o criminoso condenado á morte cairá no esquecimento do povo. Verifica-se ainda, com pesquisas realizadas, que a criminalidade teve um notável aumento nos países que tiveram instituída a pena capital em seu ordenamento jurídico, pois, o criminoso que sabe que receberá uma punição que resultará na perda de sua vida, não irá deixar testemunhas para depor em desfavor de si, tornando-se assim um “criminoso sem limites.” (SOUZA; CATANA, 2011, p. 10).

Igualmente, Cesare Beccaria dispõe que não é a intensidade da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim a extensão daquela, pois “é mais facilmente e constantemente afetada a sensibilidade humana por impressões mínimas, porém renovadas, do que por abalo intenso, mas único e que cairá no esquecimento,” sendo que as idéias relativas à moral só se mantêm na mente das pessoas por motivos que estarão sempre presentes, ou seja, duradouros e repetitivos. Por mais forte, impressionante e marcante que seja o ato visualizado, por uma única vez, este cairá no esquecimento, pois, esquecer fazer parte da natureza humana. Portanto:

[...]. Não é o terrível, mas instantâneo, espetáculo da morte de um criminoso, mas sim o longo e sofrido exemplo de um homem, privado de sua liberdade, e que, convertido em animal recompensa com a fadiga a sociedade que ofendeu, constituindo o freio mais forte contra os delitos, pois, a pena de morte causa tal impressão que embora forte, não suprime o rápido esquecimento. [...]. (BECCARIA, 2009, p. 99).

Dentre todos os pontos desfavoráveis a pena de morte, há a notável percepção de que não é a gravidade da pena que intimida o criminoso, pois, ele não deixará de cometer um crime em razão da pena que lhe será imposta, pois, se ele tiver vontade de praticar o fato típico, irá fazê-lo mesmo que a sanção for a sua morte. Deste modo, a eficácia da pena sobre o crime dependerá da certeza de sua aplicação e não da intensidade ou gravidade que será imposta. “As penas precisam ser eficazes, para deixar marcas na consciência” do próprio autor do delito e por esta razão ele saberá que será punido e terá um efeito educativo, tanto para o crimino como para a sociedade. (SOUZA; CATANA, 2011).

Assim, Cesare Beccaria (2009, p. 102), afirma que a pena de morte não é útil, também, pela crueldade com que é praticada ao homem. Da mesma forma, caracteriza abuso de poder, o fato de as leis, estas que expressam a vontade pública de reprimir e punir o homicídio, o cometam elas mesmas e que, para tentar inibir o cidadão a cometer assassinatos, ordenem o homicídio público.

Bruna Maggi de Sousa (2011, p. 08) dispõe que a grande maioria dos argumentos desfavoráveis a aplicação da pena de morte, seguem o raciocínio de que citada pena atinge a ordem moral e social. Sendo que, o argumento de ordem moral se refere ao rompimento do “laço de solidariedade que nos une com os outros homens, criados como nós, à imagem e semelhança de Deus.” Já os argumentos de ordem social se enumeram da seguinte forma:

[...]. 1-A irreparabilidade da pena de morte, que não oferece recurso contra os erros judiciais, sendo este, sem dúvida um dos argumentos mais fortes e ao qual não cabe réplica.

2-A pena de morte não tem o caráter intimidativo que seus defensores lhe atribuem, pois as características demonstram que nos países onde existe a pena de morte, o índice de criminalidade chega a ser maior e os crimes mais sofisticados (estímulo a violência).

3-A pena de morte não intimida certos criminosos, tais como aqueles que são portadores de uma insensibilidade moral total, os assassinos profissionais, os apaixonados e os fanáticos, que delinquem por motivos sociais (fome, miséria, desemprego, etc.) ou políticos. [...].

4-Há uma inclinação mundial para abolição da pena de morte. O ordenamento jurídico internacional está preocupado em evitar retrocessos (e anacronismos); criando, assim, normas que previnem o retorno da pena capital nos ordenamentos nacionais.

5-A pena de morte é discriminatória. Segundo estatísticas levantadas nos EUA, a maior parte dos condenados são negros, homens e receberam apenas uma educação escolar primária. Já no Brasil, a realidade nos constata que apenas os pobres são condenados, e se a pena de morte fosse aplicada voltar-se-ia somente contra os pobres.

6-A pena de morte é contrária a dignidade humana, pois o homem não é mais uma res; a escravidão e a servidão não existem, e o modo de produção é baseado no trabalho livre e no capital. A pena de morte por ofender a vida, agride a história e entrava a evolução da humanidade. [...]. (SOUZA, 2011, p. 08-09. Grifo nosso).

Em conformidade ao que prega a política criminal democrática, a pena possui a finalidade de recuperação do indivíduo que incorre em um tipo penal, visando a sua reinserção no ambiente social. Deste modo, ao aplicar a pena de morte, ocorrerá uma atitude contrária a política retro citada. (SOUZA, 2011).

Destaca-se que a aplicação da morte como forma de punição, é um retrocesso a “Pena de Talião, ou seja, olho por olho, dente por dente”, a qual não se mostrou eficaz, tanto que foi abolida. Da mesma forma, nos países que tiveram reconhecida a morte como pena, não se observou, com pesquisas realizadas pela ONU, a diminuição da criminalidade. (SOUSA, 2011, p. 06).

A instituição da pena de morte só irá gerar iniquidade, sendo que trará “uma gigantesca contradição social, onde o estado seria visto como um grande matadouro”. Neste sentido verifica-se o seguinte:

[...]. a grande contradição e o maior argumento argüido por inúmeros juristas. Ora o Estado cria uma lei que diz: Art. 121º Matar alguém Pena: Reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Em, seguida o Estado tem o direito do assassinio legal, será que isso é direito? Porque somente o estado pode “matar alguém”? Enfim, é de se dar risadas. O Estado criou a lei 8072 de 25 de julho de 1990 que dispõe sobre crimes hediondos, tipificando como hediondo os crimes praticados por grupos de extermínio; Alhures o Estado muito protegido com o manto da lei, ou seja, com a pena de morte o Estado irá fazer uma tarefa que é executada privativamente pelos justiceiros, sendo assim, esses ao invés de serem julgados e condenados, deveriam receber vencimentos, pois na realidade estariam fazendo o papel do Estado sem contar que seria uma justiça rápida, maculada e certamente barata. [...]. (SOUSA, 2011, p. 07).

No mesmo sentido, a aplicação da pena de morte fere gravemente a dignidade da pessoa humana, sendo ainda considerada “incompatível com a primazia do indivíduo e os ideais humanistas que lastreiam o Estado democrático.” Além disso, em face de considerar o homem o centro do universo, é imprescindível respeitá-lo e valorizá-lo de acordo com a cultura humanista que se prega. (JUNQUEIRA, 2008, p. 24-25 e 34).

A pena capital é desumana, indigna, uma pena cruel a qual dá o direito ao Estado de dispor sobre a vida de um ser humano. Pode-se dizer que é uma morte com planejamento antecipado, com data e horário para ocorrer e enquanto o dia da execução não chega, inicia-se o computo psicológico do condenado à ela. (SOUSA, 2011).

Ainda, por mais hediondo que seja o crime praticado pelo condenado, é necessário refletir que a execução do criminoso não irá sanar a dor da família que teve, por exemplo, o seu chefe assassinado. Sem contar, também, com o risco de erro judicial, o qual é uma

“realidade inegável”, sendo que se for constatado um erro na condenação de uma pessoa inocente à pena de prisão, esta poderá ser solta e voltará ao convívio social. Já o condenado à morte não terá como trazê-lo de volta à vida. (SOUZA; CATANA, 2011, p. 14).

Verifica-se no que tange ao erro na aplicação da pena de morte:

[...]. Uma penalidade não é legítima que a condição de não produzir um mal irreparável, em golpeando, pelo mais deplorável dos erros, um homem inocente. Temos provado, ao § 11, que frequentemente homens inocentes são condenados à morte e executados e como não se pode infelizmente apelar para a vida das vítimas do erro, a pena de morte não é ela injustificável. O medo de golpear o inocente deve preocupar o juiz e inquietar muito o soberano que doa as graças. [...]. (MITTERMAIER, 2008, p. 157).

A inaplicabilidade da pena de morte é mantida, também, sob argumento religioso, o qual dispõe que a vida não está sujeita à vontade dos homens, pois ela é um dom divino e somente Deus pode dispor sobre ela. (BARRETO, 1998).

Além disso, Augusto Dutra Barreto (1998) relata, quando dispõe sobre os argumentos desfavoráveis a aplicação da pena de morte, que existem outras formas de se combater o crime, não se fazendo necessária a utilização da morte como pena, pois, também, ela não tem caráter intimidatório. Ainda, a pena de morte pode ser substituída por uma pena de reclusão de duração prolongada.

Ademais, a vida de qualquer pessoa é insubstituível e ao se instituir a pena de morte, estará cometendo um atentado aos direitos humanos, sendo que até mesmo nos países em que ela é aplicada, os juízes se abstêm de aplicá-la por esta razão. (BARRETO, 1998).

Neste sentido se expõe que são os problemas sociais que desencadeiam a criminalidade, e não é através da pena de morte que se conseguirá resolvê-los. O Estado tem o dever de proporcionar, à população, melhores condições de vida, com educação, saúde, lazer, e deste modo resolver aos poucos, fazendo com que o índice de crimes cometido diminua. (BARRETO, 1998). Neste mesmo sentido, Thomas More apud Italo Mereu (2005, p. 69) um opositor a pena de morte, dispõe que o delito nasce e se desenvolve de acordo com as condições sociais em que o criminoso se encontra. Afirmou também, que a “lei humana não pode derogar a lei divina.”

Ainda sobre a legitimidade da pena capital:

[...] Está cientificamente demonstrado que nenhuma teoria de direito penal estabeleceu a legitimidade da pena de morte; esta penalidade não em portanto nenhum apoio na ciência. Foi defendida nas assembleias legislativas pelas razões as

mais fúteis e, em desespero de causa, pelo direito da necessidade. [...]. (MITTERMAIER, 2008, p. 154).

Deste modo, como já mencionado, ratifica-se que se consegue perceber nos países em que tem instituída a pena capital em seus ordenamentos jurídicos, o número de crimes vem aumentando, já nos países em que a pena de morte é suprimida ou aplicada em casos excepcionais não se verifica esse aumento. A propósito:

[...]. Nos colocamos em princípio a ilegitimidade da ação penal que, ultrapassando os limites deste mundo, invade o domínio da Providência, e pretende cumprir a vontade divina. O legislador que recorreu á pena de morte, usurpa o poder de Deus, único dono da vida humana; ele tira ao homem a faculdade de melhorar, e de se tornar, pelo sincero arrependimento, merecedor da vida celeste; ele confisca direitos que pertencem não ao cidadão, mas ao homem. [...]. (MITTERMAIER, 2008, p. 154-155).

Igualmente:

[...]. Na Toscana, onde a pena de morte é suprimida no direito ou no fato há um século mais ou menos, uma idéia que se fortificou de ano em ano, é que esta pena é uma barbárie inútil e mesmo danosa. A grande maioria dos habitantes é oposta a seu restabelecimento. [...]. (MITTERMAIER, 2008, p. 160).

Deste modo, a pena para ser considerada legítima deve ser necessária e principalmente corresponder perfeitamente à idéia de justiça, uma vez que se verifica a possibilidade de se substituir as penas mais rigorosas por penas mais brandas, aquelas já serão consideradas ilegítimas. Logo, o que se mostra eficaz é a certeza da punição, pois, “o medo de sofrê-la certamente faz retroceder diante do crime o homem disposto a cometê-lo.” (MITTERMAIER, 2008, p. 156-157).

Observa-se, portanto, que quanto mais valor a sociedade der a vida do ser humano, menor será o índice de violência dentro desse grupo social, sendo que quanto mais comum for considerada a morte, maior será a criminalidade. (SOUZA; CATANA, 2011).

CONCLUSÃO

O reconhecimento dos direitos humanos foi uma luta árdua, duradoura, tendo aos poucos conquistados direitos considerados fundamentais às mínimas condições de sobrevivência da humanidade.

Conheceu-se todo o ser humano como pessoa, dotada de personalidade própria que a distingue umas das outras e ainda, dons que diferenciam o ser humano de qualquer outro ser vivo, como a capacidade de amar, criar e transformar.

Durante o processo evolutivo dos direitos humanos, perdurou no país, durante longos anos, uma sociedade em que não havia igualdade sem qualquer distinção de classe ou preconceito, liberdade, tampouco a consciência de preservação da vida. Neste período desumano, existia a aplicação da pena de morte, a qual era aplicada da forma mais cruel e vexatória possível, o criminoso não tinha qualquer garantia, nem ao menos no seu julgamento. Assim, pode-se dizer que a pessoa que cometia algum crime era como se fosse uma peste daquele ambiente social, a qual teria que ser extinta, pois não havia possibilidade de reabilitação ou reinserção na sociedade, pois apesar de tudo ainda se percebia preconceito de qualquer espécie.

Contudo, todo esse período fez parte e contribuiu para a tão esperada conquista de vários direitos humanitários, sendo que todo o direito se molda de acordo com as relações, cultura, costumes sociais, que estão continuamente em processo de mutação. Tendo as normas que se adaptarem a realidade social, visando a organização e o bem comum, bem como a população deverá cumpri-las.

Em que pesem todas as garantias humanas conquistadas, as quais proporcionam maior proteção ao homem, sendo algumas recepcionadas pela Lei Maior do país, transformando-as em direitos fundamentais, tendo a vida como direito indisponível até mesmo pelo próprio detentor dela; a igualdade entre todos perante a lei, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, religião; a liberdade de ir e vir; a sociedade precisa ainda evoluir muito, principalmente no incentivo e disponibilidade à educação.

Atualmente verifica-se que a criminalidade vem aumentando gradativamente, e o senso comum clama pela pena de morte, na intenção de que esta é a única saída para diminuir a prática de crimes, pois eliminaria o criminoso. Ao mesmo tempo, que não se verifica justificativa plausível, pois, é impossível de impor tal pena no ordenamento jurídico brasileiro, mas se pudesse ela atentaria toda a conquista de proteção humana, se observa que

quando uma pessoa assassina/mata outra, o que a família, a sociedade busca é justiça, não qualquer discurso humanitário. No entanto, quando se descumpre qualquer dos direitos humanos com relação ao condenado o debate se apresenta.

Se o Estado busca a ressocialização e reinserção do condenado na sociedade, não deveria haver punição, mas sim programas sociais de reeducação com auxílio psicológico, pois o método prisional utilizado atualmente, que possui essa intenção é totalmente falho e não ressocializa qualquer indivíduo sujeito a ele. Considerando ainda, que sistema que se utiliza, está longe de proteger os direitos humanos dos condenados.

Assim, verifica-se que não é o simples fato de instituir e aplicar a pena de morte que iria ferir os direitos humanos, mas sim a forma cruel com que referida pena era aplicada nos períodos colonial, imperial, que atentaria mencionados direitos, pois a idéia não é instituir a pena de modo cruel ao intento de se vingar do criminoso dando-lhe o troco na mesma moeda, mas sim eliminar o criminoso que manifesta a sua vontade de cometer crimes e não se intimidada com qualquer punição, tampouco se preocupa com os seres com quem convive, desrespeitando qualquer direito humanitário que exista. Deste modo, a pena de morte busca a ordem e bem estar social, uma vez que se valendo do principio da proporcionalidade, uma coisa deverá prevalecer sobre a outra, e quando se trata de duas vidas, a do criminoso manifestamente irrecuperável, e a da sociedade, o que deve prevalecer é o bem comum.

Neste contexto, se a abolição da pena de morte não é absoluta, ou seja, possui algumas exceções em que se pode utilizá-la, não há justificativa para não se criar uma nova exceção, pois se ela é uma pena desumana, ela é desumana para todos os casos, não devendo assim possuir exceções.

No entanto, a instituição da pena de morte, apesar de impossível neste ordenamento jurídico, sempre será passível de idéias conflitantes, cabendo ao estado analisar o progresso da civilização e agir da melhor forma possível para se buscar a ordem e proteção social.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado**. Curitiba, PR: Juruá, 2003.

ARAÚJO, Nadia de. **Os Direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, Augusto Dutra. **Pena de Morte** Um remédio social urgente! Em harmonia com as religiões Em defesa da vida. 7ª ed., rev. e ampl.. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 1998.

BECARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 8 maio. 2011.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco, **Impunidade no Brasil – Colônia e Império**. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200011&lang=pt. Acesso em: 23 maio. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teoria de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. . **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. 25 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

GALTUNG, Johan. **Direitos humanos: uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos: uma idéia, muitas vozes**. 2.ed Aparecida, SP: Santuário: 2000.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal: Elementos do Direito**. 7 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva. **A influência de Cesare Beccaria nas Constituições Brasileiras**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/14098/public/14098-14099-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 maio. 2011.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MALHEIRO, Emerson Penha. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELILLO FILHO, Renato. **Uma luta sem tréguas: os direitos humanos nas constituições brasileiras**. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/14098/public/14098-14099-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 maio. 2011.

MEREU, Italo. **A morte como pena**: ensaio sobre a violência legal. Tradução Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000/2007.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A Pena de Morte**: Os trabalhos da ciência, os progressos da legislação e os resultados da experiência. Traduzido do original alemão para o Francês N. Leven; tradução, introdução e notas comentadas por Amilcare Carletti. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

NETTO, Amaral. **A pena de morte**. Rio e Janeiro: Recrod, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.oids.gov.br/legislacao/vol1_4.htm. Acesso em: 28 maio. 2010.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 28 maio. 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. **Constituições brasileiras e cidadania**. São Paulo: Ed. Ática, 1987.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001.

RAMALHO, Roberto. **Pena de Morte**: devemos ou não defenê-la?. Buscalegis.ccj.ufsc.br. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31755/public/31755-36666-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 maio. 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara Purcote. **Constituição federal 1988 e convenções internacionais**. 11.ed Curitiba, PR: Juruá, 2002.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, ed. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUSA, Bruna Maggi de, **A Pena de Morte no Brasil**. BuscaLegis.ccj.ufsc.Br. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/13427/public/13427-13428-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 maio. 2011.

SOUSA, Douglas Cavallini de. **Breves Notas sobre a Pena de Morte**. BuscaLegis.ccj.ufsc.Br. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/13427/public/13427-13428-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2011.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de; CATANA, Luciana Tereza Oliveira. **Pena de Morte: Uma Solução Inviável**. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1480/1413> . Acesso em: 01, junho, 2011.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3.ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.