



PENA DE MORTE COMO MEIO DE GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA? ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DA TEORIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Marcos Vinícius Alves Diniz

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Internacional (NUPEDI)

RESUMO

O presente trabalho pretende refletir sobre a pena de morte enquanto possível forma de garantia da segurança pública, do ponto de vista da ciência jurídica. Para isso, faz-se uma análise técnica, a partir do Direito Penal Constitucional como meio dogmático de dar máximo rigor à estruturação da pesquisa, além de submeter a pena de morte ao princípio da proporcionalidade como intervenção no direito fundamental à vida. A conclusão é a da sua impossibilidade jurídica no contexto do Brasil, diante dos diversos subcritérios do exame constitucional aplicado.

Palavras-chave: Direito Penal Constitucional. Pena de morte. Princípio da proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A pena de morte já foi tratada por diferentes áreas do conhecimento, como a História, a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia e, também, a Ciência Jurídica. Aquilo que outrora pareceu evidente como algo de pleno direito de aplicação por parte dos governantes (pois em outros tempos ela não era questionada) tornou-se, principalmente a partir da modernidade, objeto de controvérsias.

O Brasil, como outros países, não permite a pena de morte (ao menos para crimes ordinários, em contexto de paz, como será visto). Apesar da louvável postura nacional, para alguns estudiosos, a insegurança atual tem levado ao questionamento de tudo que está posto, como as instituições e o próprio Direito. Nesse contexto, o surgimento de ideias identificadas

como conservadoras (não no sentido técnico-filosófico, mas principalmente na acepção mais banal que se confunde com um reacionarismo) no País faz com que a vedação da pena de morte seja discutida no dia a dia por parte dos cidadãos. O argumento suscitado é de que ela poderia ser útil em prol da segurança pública.

Dito isso, o presente artigo pretende pensar a pena de morte nesse viés, sob uma ótica predominantemente jurídica. O método usado compreende aquela que se entende como a melhor abordagem, a constitucional. O Direito Penal, em sua acepção de conjunto de normas (sentido objetivo), está subordinado hierarquicamente à Constituição Federal. Por isso, se utilizará o chamado Direito Penal Constitucional como forma de abordagem do tema da pena de morte, assim como o embasamento específico nos elementos teóricos desenvolvidos pela Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais.

Com esse objetivo, se fará a análise em etapas bem definidas. No primeiro momento, será contextualizado o tema a partir da crítica histórica de Beccaria, representando os iluministas, e apresentado um breve panorama internacional. Depois, se começará a discutir a questão do ponto de vista estritamente jurídico. Primeiro, se exporá a teoria do Direito Penal Constitucional, norte teórico deste artigo, seguida da investigação doutrinária do direito fundamental à vida, parâmetro para a visualização de uma possível inconstitucionalidade por violação de direitos fundamentais no caso tratado. Então, se aplicará o critério da proporcionalidade à hipótese de uma suposta permissão legal para a pena capital como forma de tornar a discussão científica do ponto de vista da máxima objetividade técnico-jurídica desejada.

A metodologia empregada envolve, principalmente, a consulta doutrinária de constitucionalistas e penalistas, além do estudo comparado de dados estatísticos publicados por institutos consagrados. Utiliza-se todas essas bases para dar uma aparência específica, ainda não tão elaborada, à discussão jurídica da pena de morte.

2 BECCARIA E OS ILUMINISTAS

O questionamento à validade da pena de morte, do ponto de vista jurídico, ocorre pela primeira vez, no contexto do iluminismo, por Cesare Beccaria, lembrado como maior representante da Escola Clássica do Direito Penal.

Com clara influência iluminista (em sua vertente democrática), o autor considera, em seu livro “Dos delitos e das penas”, a existência de um contrato social que fundamenta a

existência do Estado como pacto entre particulares que decidem se unir. Usando como fundamento teórico autores como Montesquieu e Rousseau, sua obra defende uma verdadeira reformulação do sistema penal vigente naquele momento, marcado pela desproporcionalidade, injustiça e crueldade (BARTEL, 2014, p. 6-10). Nesse contexto, um dos seus alvos é a pena de morte.

Inicialmente, o primeiro grande argumento apresentado é o de que não é possível justificar a morte de alguém pela sua submissão a um Estado. Isso porque a união de todos os particulares no contrato social é de “associação”, na qual aquilo que forma a “vontade geral” (conceito rousseauiano) é a reunião de vontades. Em outras palavras, o poder para matar um membro da sociedade deve ter fundamento em algum direito, o que é, segundo o próprio autor, especialmente problemático ao ser considerada a impossibilidade do direito ao suicídio: “Ou o homem tem o direito a se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem, nem à sociedade inteira” (BECCARIA, 2015, p. 55). Assim, não existiria fundamento jusnatural para a possibilidade de o Estado retirar a vida de alguém.

Posteriormente, Beccaria refuta as possibilidades de aplicação da pena de morte, pela sua inutilidade, em um cenário não caótico, isto é, tempos de paz. A partir de seu ponto de vista, tal punição não afasta a criminalidade, pois leva aos que a assistem a mero momento passional (seja por uma percepção de vislumbre de uma forma de espetáculo ou de um objeto de piedade, a depender do espectador), significando que os potenciais infratores continuariam a agir (BECCARIA, 2015, p.57).

Finalmente, é preciso salientar que, apesar de Beccaria ser considerado responsável, em grande parte, por humanizar o Direito Penal, por defender a proporcionalidade na aplicação das penas e a utilidade social que elas devem possuir, este último elemento parece levar a consequências controversas, segundo uma ideia de dignidade humana atual. Afinal, toda sua justificação do não cabimento da pena de morte leva a uma proposta da escravidão perpétua como substituição devida (justa), pois desviaria os indivíduos do crime:

A vantagem da pena da escravidão, para a sociedade, é que ela amedronta mais aquele que a testemunha do que quem a sofre, porque o primeiro considera a soma de todos os momentos infelizes, ao passo que o segundo se alheia de suas penas futuras, pelo sentimento da infelicidade presente (BECCARIA, 2015, p. 58).

Não obstante se discorde de tal conclusão e de outro ponto importante de seus argumentos¹, acredita-se ser necessário expor toda a justificação de Beccaria pela sua

¹ Cf. comentários sobre o exercício negativo do direito à vida na análise de sua área de proteção (Subseção 5.3).

importância histórica, com fins de reflexão sobre aquilo que foi pensado pelos primeiros autores modernos a questionar a pena capital. A percepção iluminista, responsável em grande parte pela formatação inicial dos ideais do mundo contemporâneo, parece já notar a incongruência do Estado ao tentar justificar um *ius puniendi* (direito de punir do Estado) com possibilidade de subtração da vida dos indivíduos.

3 BREVE PANORAMA INTERNACIONAL E O CASO DOS ESTADOS UNIDOS

A história da pena de morte mostra a sua progressiva abolição. Segundos dados da Anistia Internacional (2019), em 2018, restavam 56 países retencionistas, ou seja, que a mantêm como consequência jurídica de crimes ordinários, contra um número de 142 abolicionistas. Dentre estes, existem três categorias: abolicionistas para todos os crimes (como a França); para crimes ordinários apenas (aqui enquadra-se o Brasil); e, também, os que são, nos termos do relatório, abolicionistas “na prática” (a exemplo da Rússia, onde é legalmente permitida a pena de morte), pois há mais de dez anos não ocorrem execuções e a estabilidade garante o improvável retorno à aplicação.

Apesar de ter ocorrido uma queda considerável de 30%, de 2017 para 2018, na aplicação da pena de morte no mundo, é válido atentar para os países que têm maiores índices de seu uso, onde a situação ainda é preocupante. São eles, em ordem decrescente pela quantidade de vítimas: China, Irã, Arábia Saudita, Vietnã e Iraque. Estima-se que a República Popular da China tenha alcançado a ordem de milhares de executados, mas os números são incertos, haja vista a falta de transparência do país. Os outros quatro alcançam, desconsiderado o primeiro nos cálculos, 78% das penas de morte registradas no ano, o que demonstra uma situação de calamidade concentrada.

Para finalizar essa breve análise quantitativa da pena de morte no mundo, há de se expor outra estatística relevante a respeito das nações supracitadas, qual seja a do Índice de Democracia, em ranking elaborado pela *The Economist Intelligence Group* (2019). Estão, respectivamente, nas seguintes posições: 130º, 150º, 159º, 139º e 114º. A partir de tais dados, é possível fazer uma clara relação entre autoritarismo governamental e políticas retencionistas.

Assim, resta constatar a contradição dos Estados Unidos. Não obstante tenha consagrado a sua imagem enquanto país democrático e busque exportar tal discurso continuamente, mantém a execução como punição legalmente prevista em muitos Estados (o

que levou a 25 executados e à sétima posição no *ranking* da Anistia Internacional (2019) de 2018 supracitado). Dito isso, cumpre analisar um pouco mais a situação específica desse país.

Na realidade, sabe-se que o Direito Penal estadunidense é de maior relevância para cada Estado-membro, tal qual afirma René David (2002 *apud* CÉSAR FILHO; TELLES, 2016, p. 131): “A competência legislativa dos Estados é a regra; a competência das autoridades federais é a exceção, e esta exceção deve sempre fundar-se sobre um dado texto da Constituição”. Assim sendo, alguns Estados executam a pena de morte, ao passo que outros já a baniram (20, dos 50 países, o fizeram (MELO, 2018), seguindo a tendência abolicionista observada na história). Não obstante, os dados de crescimento do número absoluto de executados pelo segundo ano consecutivo (ANISTIA INTERNACIONAL, 2019) merecem estudo específico, não fazendo parte do escopo deste artigo.

Parece que o argumento comum para a defesa da pena de morte, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, é o de que o sujeito neutralizado (nesse caso, pela via extrema da eliminação do sujeito) por delinquir não voltará a praticar nenhum crime. Tendo isso em vista, a segurança pública necessariamente seria favorecida, pois a violência diminuiria. Contudo, a observação dos dados estatísticos parece não estar de acordo com tal juízo: no ano de 2005, foi constatada a maior incidência de homicídios *per capita* nos estados retencionistas – número de 5,87, contra 4,08 dos abolicionistas, para cada 100 mil pessoas (CÉSAR FILHO; TELLES, 2016, p. 148).

Por fim, há de se salientar a existência de muitos questionamentos a respeito da aplicação da pena de morte nos Estados Unidos. Dentre eles, argumenta-se contra sua necessidade, utilidade, além de se apontar indícios de racismo na execução (WARDEN, 2009, p. 358-359), gastos exacerbados para o Estado (DPIC, 2019), condenação de inocentes (PILKINGTON, 2014), além de outras discussões.

Não faz parte dos objetivos específicos deste artigo desenvolver os temas acima expostos, mas apenas mencioná-los com fins de iniciar a pensar acerca do Brasil sob a ótica jurídica. Por não vivenciarem a existência da pena capital, é devido aos juristas brasileiros observar os exemplos internacionais para pensar essa questão dentro de suas fronteiras.

4 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL

O presente trabalho, no que tange à questão da pena de morte, adota uma perspectiva constitucional. É necessário explorar um pouco o que isso significa.

A tendência maior daqueles que discutem o Direito Penal sob a ótica da Constituição Federal – não os estritos penalistas – é a da adoção do chamado neoconstitucionalismo, que considera a ocorrência de marcos históricos, filosóficos e teóricos, os quais teriam levado a uma nova visão do ordenamento jurídico. Agora, dados tais ocorridos, o ordenamento jurídico deveria ser analisado conforme a norma maior, a Constituição, a qual teria todos os seus valores irradiados para o sistema jurídico (BARROSO, 2005, p. 1-24).

Considera-se importante deixar claro que não se adota tal visão, apesar de não se negar a relevância de tal vertente, mas sim uma abordagem positivista, para evitar os riscos da confusão entre o trabalho do intérprete e as opções políticas próprias. Não obstante se tenha manifestado expressamente sobre o tema, acredita-se ser imprescindível haver determinado afastamento ideológico para a análise de temas afeitos aos direitos fundamentais.

Além disso, no presente estudo pretende-se olhar diretamente para a Constituição para ver o que ela aponta como as diretrizes maiores de política criminal, isto é, as normas de direito penal que formalmente possuem status hierárquico máximo no ordenamento. Tais normas, que se tratam do “Direito Penal Constitucional”, têm função de garantismo contramajoritário: nem mesmo os representantes da população, democraticamente eleitos, podem violá-las, e uma lei contrária seria passível de declaração de inconstitucionalidade (DIMOULIS, 2015, p. 6-9).

Há, também, a divisão entre abordagens constitucionais de vertentes fraca e forte (DIMOULIS, 2015, p. 13). A doutrina forte parece típica dos autores intitulados neoconstitucionalistas, pois defende que até mesmo a definição material dos crimes influencia a definição dos bens jurídicos, a forma de tutela e o processo penal. Assim, abre-se margem para a axiologia – o moralismo típico dos juristas pós-positivistas (segundo denominação comum). Assente-se com o professor Dimitri Dimoulis na adoção do que ele chama de teoria fraca, a qual “considera a Constituição penal um conjunto de limites impostos ao legislador ordinário. Desde que esses limites sejam respeitados, cabe ao legislador ordinário fixar livremente os conteúdos do direito penal” (DIMOULIS, 2015, p. 13).

5 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SUA ÁREA DE PROTEÇÃO SEGUNDO AS DIFERENTES DOUTRINAS

A vida, enquanto direito fundamental, merece um tratamento jurídico próprio.

De início, é válido afirmar a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que, para além de discussões morais a respeito do valor alegado ante determinadas pretensões, uma análise pautada na Teoria Liberal (no campo do Direito Penal Constitucional, a “teoria fraca”) enxerga como condição necessária ao reconhecimento de direitos fundamentais a existência de normas definidoras. Fala-se em direitos fundamentais, portanto, quando se refere a todos aqueles outorgados pela Constituição Federal (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 53).

Sendo assim, o direito fundamental à vida é definido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal: “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’ (...)”.

A doutrina tem diferentes posicionamentos a respeito de sua área de proteção. Se fará uma breve explanação de três delas.

5.1 Posição de Ingo Wolfgang Sarlet

O primeiro ponto de vista descrito aqui é aquele exposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2019, p. 413-423). De acordo com essa ótica, o direito à vida comporta a existência corporal como direito subjetivo, tendo zonas de convergência com outros direitos fundamentais, tais quais os direitos à saúde e à integridade corporal, além de, principalmente, a dignidade humana, podendo-se mesmo falar em um direito à vida digna (por uma interpretação do art. 5º, CF, combinado com o art. 1º, III). Apesar disso, afirma não existir confusão entre direitos fundamentais: existe um âmbito de proteção próprio, não sendo possível imaginar um direito à vida que simplesmente se dissolve em outras garantias.

Quanto à sua área de proteção subjetiva, Sarlet concorda com a corrente doutrinária que defende não ser possível fazer uma interpretação estrita do texto do art. 5º, *caput* – o qual daria tutela somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país –, pois, com base no princípio da universalidade dos direitos humanos fundamentais, todo ser humano seria titular do direito à vida.

Porém, somente há proteção da vida onde ela existe. Assim, apesar das controvérsias, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu como início, pela maioria dos votos em julgado (BRASIL, 2008) relativo à Lei de Biossegurança, o nascimento com vida. Além disso, pela concretização infraconstitucional dada pela Lei 9.434/1997, em seu art. 3º, o fim da vida no sistema jurídico brasileiro é a morte encefálica.

É defendida, também, a existência de vinculação do Estado (*prima facie*) e dos particulares (seja, a depender do caso, direta ou indireta) ao direito à vida, não se falando assim em mera dimensão de defesa, mas também de proteção. O Estado deve se abster de intervir na vida das pessoas, mas também deve garantir a proteção em face dos outros indivíduos.

Assim, fala-se na dimensão subjetiva do direito fundamental à vida, o qual, para o indivíduo, é justamente o complexo de garantias individuais de defesa e de prestações. Não há de se pensar unicamente em *status negativus* ou *status positivus*, mas em um direito que dá ao indivíduo a pretensão de resistir a intervenções injustas ao mesmo tempo que exige atuações positivas por parte do Estado e de terceiros, os quais terão o dever de proteger aquele que tem o direito à vida ameaçado.

Finalmente, há efeitos jurídicos que não dependem da posição jurídica do indivíduo para existir, tendo natureza autônoma (apesar de, por via indireta, proverem consequências jurídicas à esfera do indivíduo). Consistem na chamada dimensão objetiva, que, dentre outros efeitos, se teria: a) o dever de proteção da vida por meio de medidas positivas; b) dever de amparo financeiro (em espécie ou bens e serviços); c) estabelecimento de normas de direito organizacional e processual; d) deveres de criminalização e responsabilidade civil e administrativa.

5.2 Posição de Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 255-262) defende posição com convergências e divergências em relação à anterior. Se apontará principalmente as inconformidades.

Uma divergência de consequências importantes diz respeito justamente ao estágio em que há vida. Para o presente doutrinador, somente há uma efetiva proteção desse direito se for abarcado todos os estágios de vida, não sendo possíveis alterações em tal amplitude por leis infraconstitucionais, isto é, a vida é garantida com *status* fundamental desde o momento da fecundação. Isso, por si só, seria razão da impossibilidade absoluta do aborto.

Ademais, há uma vedação ao suicídio ou eutanásia: por ser um direito (e não uma liberdade), o Estado teria o dever de proteção à vida mesmo contra a vontade do próprio sujeito. Até mesmo porque o autor defende a superioridade normativa do direito à vida em caso de ponderação entre direitos fundamentais, o que significaria, neste caso, sua preponderância frente à liberdade.

Do ponto de vista da linha metodológica deste artigo, acredita-se que tal posição possui importância a título de discussão acadêmica, mas é criticável ao estabelecer uma noção dos direitos fundamentais que não comporta o seu exercício negativo (a escolha por “não viver”), estando evidentemente vinculada a uma ótica de fundo moralista e de caráter paternal. Os direitos fundamentais existem para limitar o poder estatal frente ao indivíduo, o que implica na importância de uma orientação hermenêutica *pro libertate*.

Quanto à suposta superioridade normativa do direito à vida, Martins (2014, p. 82-83) faz duras críticas. O seu argumento é de que a outorga do direito à vida possui limitações, mesmo que não expressas no texto constitucional, que se dão *a posteriori*, pela análise concreta da colisão de direitos fundamentais, sendo possível, assim, uma intervenção justificada. A salvação de um refém pela morte do suspeito por tiro de policial de elite é um exemplo – há execução de um indivíduo, negação da sua existência física, para proteção de outrem. Naturalmente, os casos em que a justificação será dada como válida envolverão a vida de outrem, pois só assim para uma intervenção ser necessária. Isso não implica, frise-se, numa qualificação em abstrato do direito à vida como superior em relação aos outros.

Outro ponto de discordância de Gonet em relação à Sarlet se dá ao fazer referência àquilo que se chama de “vida digna”. Considerando que os elementos materiais envolvidos no conceito de vida com dignidade (alimentação, moradia, educação etc.) estão, muitas vezes, garantidos por outros direitos positivados pela Constituição Federal, é preferível, a nível prático, distinguir o conteúdo próprio – a existência física, biológica, enquanto ser *vivo* que é o humano – do direito à vida. Em tal crítica está-se de acordo, posta a dificuldade de evitar a dissolução do direito à vida em outros âmbitos de proteção de direitos fundamentais. No caso da colisão dos direitos fundamentais, momento no qual se constata a interferência estatal para resolução do conflito, a técnica constitucional exige a sistematização mais adequada possível.

5.3 Posição liberal da teoria dos direitos fundamentais

A posição de teóricos brasileiros adeptos da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, é diferente no que tange a certos aspectos da abrangência do direito fundamental à vida. Em primeiro lugar, a interpretação do art. 5º da Constituição Federal já se distancia dos textos majoritários: o *caput* é claro quanto às intenções do constituinte e, assim, os direitos ali enunciados são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no país” (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 84). Assim, não seria cabível tentar ampliar a titularidade para os estrangeiros não residentes, pois a omissão do

constituente é inequívoca. Nada obstante, certamente há de se criticar tal realidade do ponto de vista moral, mas é evidente a dificuldade dogmática de uma fundamentação em sentido contrário (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 87-93). O Brasil optou por uma restrição que vai contra a tendência internacional, a exemplo da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) alemã (ALEMANHA, 1949), a qual outorga o direito à vida a “todos” – art. 2, inc. II. Daí surge a importância da aprovação de uma emenda constitucional ou de um tratado internacional assimilado ao ordenamento jurídico brasileiro nos moldes do §3º do art. 5º, restando, até que isso ocorra, a proteção dos estrangeiros não residentes pelas leis infraconstitucionais (sujeitas a alteração pela via ordinária).

Para essa vertente, é, decerto, um direito de *status negativus*: pretensão de resistência do indivíduo, pois limita as possibilidades de atuação do Estado, assegurando ao sujeito sua liberdade frente a possibilidade de arbítrio (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 62-63). Assim sendo, não há de se falar em direito prestacional (*status positivus*), pois isso significaria uma obrigação do Estado, *prima facie*, de intervir na esfera individual para garantir os chamados direitos sociais. É possível falar, contudo, em dever estatal de tutela, pelo reconhecimento da ameaça à vida que pode surgir por particulares (outros titulares de direitos), levando o Estado a uma situação peculiar:

O Estado intervém no direito fundamental de liberdade do agressor para cumprir seu dever de tutela. A peculiaridade dogmática, nesse caso, que, em regra, envolve uma colisão de direitos fundamentais, está no ônus duplo de argumentação do Estado. De um lado está obrigado a agir, principalmente por medidas legislativas preventivas, devendo justificar eventual omissão. Por outro lado, está *prima facie* obrigado a não intervir no direito fundamental de liberdade ou a intervir somente mediante justificação. (MARTINS, 2014, p. 102).

Quanto ao termo inicial, há divergência em relação ao supracitado posicionamento do STF, pois parece evidente a existência de vida antes do nascimento. Apesar dos problemas teóricos das diferentes teorias que buscam identificar vida pré-natal como suficiente para garantir o direito fundamental (MARTINS, 2014, p. 85-89), é preferível, na dúvida, interpretar a fundamentalidade do exercício da vida desde a fecundação.

Da mesma forma que Gonet, citado anteriormente, discorda-se, aqui, da noção de vida – a título de definição da área de proteção do direito fundamental – “digna”, haja vista a escolha do constituinte de não utilizar tal adjetivação e a existência de outros direitos fundamentais que concretizam de forma mais sistemática vários atributos ou prestações que fariam parte de uma vida com dignidade (MARTINS, 2014, p. 81-82).

Sobre o exercício dos direitos fundamentais, diz-se que há, mesmo para a vida, os aspectos positivo e negativo, sendo, pois, um “bem disponível” (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 163-166). Em termos mais elucidativos, o direito fundamental à vida envolve tanto a imposição de que o Estado respeite a existência físico-biológica quanto a sua negação, isto é, o suicídio, sua tentativa ou, de forma mais específica, a eutanásia para casos de pacientes terminais que expressem sua vontade nesse sentido. Essa concepção mostra-se fundamentada de acordo com a dogmática dos direitos fundamentais e coerente com uma sistematização técnica e rigorosa de seu estudo, sendo preferível em relação a estudos pouco convincentes que tentam fundamentar a eutanásia num suposto direito fundamental à “morte digna” (como corolário de uma “vida digna”, termo acima criticado), a exemplo de Farias e Rosenvald (2018, p. 428-438).

6 ANÁLISE DA PENA DE MORTE PELO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MEIO DE ALCANCE DA SEGURANÇA PÚBLICA

Com base em todo o aparato jurídico-dogmático da teoria geral dos direitos fundamentais aplicada ao direito fundamental à vida (dogmática especial) e da teoria do direito penal constitucional, é necessário orientar esta análise para a pena de morte como possível diretriz político-criminal no caso do Brasil. Sobre o tema, garante a Constituição Federal, para os brasileiros e estrangeiros residentes no país, que não será possível o ato legiferante de tipificação penal com a morte como sanção, à exceção do caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”). É uma norma de competência penal negativa, pois a positivação de tal texto não só dá ao indivíduo uma garantia como retira do Estado a possibilidade de atuação em sentido contrário.

A consequência do dispositivo que nega ao Estado a competência de legislar sobre a pena de morte em contexto de paz é a sua vedação por completo no sistema constitucional vigente, pela subsunção ao art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. Essa é a concretização da já tratada função do Direito Penal Constitucional, o garantismo contramajoritário. Assim, não há discricionariedade do poder constituinte reformador quanto a essa temática, significando a necessidade de convocação de uma assembleia constituinte para haver alteração do disposto, uma vez que o poder constituinte originário é ilimitado juridicamente (pois inicia um novo ordenamento).

Dentro das limitações expressas da constituição ao Estado para tratar de matéria penal, abre-se margem para a discricionariedade do Legislativo. Porém, a tutela penal de um bem jurídico sempre envolve a restrição de direitos fundamentais do apenado (a exemplo da liberdade de locomoção, no caso da pena privativa de liberdade), necessitando sempre passar pelo critério da proporcionalidade, o qual afirma: “só possuem justificativa constitucional definitiva os meios penais de intervenção a direitos fundamentais que permitem efetivamente tutelar outro direito fundamental” (DIMOULIS, 2015, p. 81). Na hipótese da pena de morte, se teria, desde já, a constatação de sua inequívoca inconstitucionalidade. Porém, cabe, a título de estudo, fazê-la passar por cada uma das etapas desse exame, entendendo a sua existência como intervenção na área de proteção do direito à vida, acima exposto por diferentes teorias, à luz da concepção liberal.

Como o objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade de ampliação da pena de morte para os crimes comuns, não se falará em detalhes da exceção feita pelo constituinte, apenas devendo ser ressaltado, em conformidade com Ingo Sarlet (2019, p. 424), o entendimento de que, mesmo em tal circunstância (guerra declarada), a regulação legal deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, a partir do qual sempre se dará uma interpretação restritiva para a possibilidade de aplicação. Ademais, é desejável a elaboração e votação de uma emenda constitucional que retire a ressalva exposta, a qual enquadraria o Brasil no rol de países plenamente abolicionistas, tal qual a Alemanha (1949), art. 102.

6.1 Exame da licitude do propósito perseguido

O propósito perseguido pela pena de morte parece ser o da efetivação da segurança na sua modalidade de direito individual, assim como da segurança pública, na acepção de direito fundamental coletivo (difuso). Válida se faz a crítica à utilização do argumento da segurança pública enquanto fundamento único para as intervenções penais (DIMOULIS, 2015, p. 75-79), dentre outras razões, porque ela é pressuposta, sendo que a justificativa da tipificação deve ter conteúdo mais específico. A segurança não tem conteúdo próprio e a tutela de outros direitos de terceiros deve preencher tal lacuna. Portanto, trata-se do direito à segurança da vida, à segurança da locomoção, dentre outros bens jurídicos mais específicos que a mera segurança pública, a qual poderia justificar tudo.

Além disso, é substancial descartar o propósito de retribuição, pois este não pode, em um Estado Constitucional de Direito, ser fundamento de restrição de direitos fundamentais,

pelo seu cunho moral subjetivo (DIMOULIS, 2015, p. 77-78). A isso se acrescenta a crítica de Bitencourt (2018, p. 152), pautando-se em Ferrajoli:

(...) ao atribuir à sanção penal o fim de retribuir ou reparar o mal causado pelo delito, as teorias retribucionistas deixam sem resposta a questão de por que está justificado castigar, e essa falta de justificação externa da pena permite, como efeito adverso, a legitimação de sistemas autoritários de direito penal máximo.

Portanto, a pena de morte é, de início, legítima, com relação ao exame da licitude do propósito perseguido, se se considerar sua finalidade de “prevenção” da ameaça a “direitos fundamentais de terceiros”, enquanto concretização do “direito fundamental à segurança”.

6.2 Exame da licitude do meio utilizado

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, “a”, acima exposto, veda expressamente a legalização da pena de morte, o que é, inclusive, cláusula pétrea da ordem jurídica brasileira. A doutrina entende tal dispositivo como positividade do princípio da humanidade, consagrado pelos penalistas (BATISTA, 2007, p. 99-100), o qual veda a crueldade atentatória contra a pessoa pela norma penal. Sabe-se que a pena já foi e ainda é, em certos países, utilizada como forma de maltrato ao delinquente.

Dito isso, percebe-se o segundo ponto do critério da proporcionalidade como aquele que fulminaria a hipótese de lei sobre pena capital, pois trata-se da licitude do meio utilizado. Isso é suficiente para a assertiva colocação de inconstitucionalidade da pena de morte. Nada obstante, suponha-se a passagem vitoriosa por este critério para poder visualizar a próxima etapa.

6.3 Exame da adequação do meio utilizado

Ao passar pelos critérios anteriores (pois aqui necessita-se fazer esta suposição), o subprincípio da adequação do meio utilizado versa sobre a capacidade de, pelas diretrizes propostas, alcançar o objetivo estabelecido. Tal adequação é constatada pela comparação do estado de coisas anterior com relação ao posterior a um ato estatal, no caso a legislação penal.

A utilidade da pena, aqui investigada, deve ser observada de acordo com a comparação em relação à situação de outros países, a análise de índices de criminalidade em

função da atividade repressiva, e pesquisas de opinião e comportamento da população (DIMOULIS, 2015, p. 84-85).

A situação dos países com maiores índices de segurança, aqui representados no ranking do Índice Global da Paz (*Global Peace Index*), divulgado pela revista *The Economist* (IEP, 2018), no ano de 2018, colocou em seus cinco primeiros lugares, respectivamente, Islândia, Nova Zelândia, Áustria, Portugal e Dinamarca. Suas escolhas de política criminal envolveram, historicamente, além de outros fatores, a abolição da pena de morte, estando todos no rol das nações plenamente abolicionistas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2019).

Quanto à relação entre repressão e criminalidade, já se verificou, alhures, a relação entre autoritarismo e uso da pena de morte. Os cinco países com maior aplicação da pena de morte — China, Irã, Arábia Saudita, Vietnã e Iraque — figuram, respectivamente, nas posições 112, 131, 129, 60 e 160, no ranking de paz divulgado pela *The Economist* (IEP, 2018). De forma geral, por conseguinte, não se percebe resultados positivos de segurança pública (um dos critérios analisados pelo estudo da supracitada revista) por medidas de alta repressão, tal qual a pena capital. Essa conclusão é obtida pelos mais diferentes estudos no mundo, como a percepção de diminuição de um terço dos homicídios no Canadá desde a abolição da pena de morte, segundo a Anistia Internacional Brasil (2014). Os dados expostos na seção 3 do presente artigo convergem nessa mesma direção, além da relevante opinião de Beccaria (seção 2), que, a despeito da crítica posta, foi de vanguarda para seu contexto.

O terceiro critério, que é o de pesquisa de opinião da população, carece de um estudo próprio. Seria necessário utilizar o exemplo de um país que caminhou no sentido contrário da tendência mundial e aplica a pena de morte, depois de um período de abolição, para investigar o elemento subjetivo das motivações para cometimento de um delito e a capacidade intimidatória da referida sanção. Apesar disso, acredita-se já ser suficiente a exposição acima para constatar a inadequação da pena de morte.

6.4 Exame de necessidade da intervenção penal no direito fundamental à vida

Deve-se deixar claro, mais uma vez: supõe-se a aprovação da pena de morte nos critérios anteriores, por mais absurda que possa parecer essa abstração. Somente assim será possível o estudo da necessidade da pena de morte.

A necessidade, na seara do critério de proporcionalidade, é a verificação de se há outros meios menos gravosos para o alcance do propósito. Os meios alternativos devem ser menos gravosos para aquele que sofre limitação em seu direito fundamental e possuir

resultados semelhantes aos que a medida criminalizadora supostamente teria, o que será analisado com sucesso por dados empíricos (DIMOULIS, 2015, p. 86-87).

É fato que o Estado deve utilizar seus mecanismos para garantir a proteção dos direitos fundamentais de cada indivíduo, inclusive em face de terceiros – situação chamada de dever estatal de tutela. A tutela penal se dá nas circunstâncias em que outras alternativas menos gravosas a direitos fundamentais não possuem a mesma eficácia protetiva. Por isso, a pena é entendida como um mal necessário.

A pena de morte parece ser um dos graus máximos a que pode chegar a intervenção do Estado na liberdade individual. No caso, configura-se absoluta interferência no direito fundamental à vida, haja vista a negação de seu exercício pelo indivíduo, dentro de todos os elementos descritos como parte de sua área de proteção. Isso porque há um ataque à vida na sua dimensão substancial: fulmina-se a existência biopsicológica do executado.

Ressalta-se haver consenso político-criminal em meios especializados de que existem inúmeros modos de se buscar a garantia do direito fundamental à segurança pública (RODRIGUES, 2018) sem que seja necessário matar cidadãos. Dentre eles – sem intenção de aqui esgotar a discussão, mas apenas citar alguns exemplos – estão a valorização do policial, a reestruturação do sistema prisional, a descriminalização das drogas, o fortalecimento da inteligência policial etc.

O estudo feito nesse artigo já demonstrou a inutilidade da pena de morte, sendo consequência lógica direta a falta de necessidade. A história demonstrou a sua superação, e a civilização atual é mais segura que as sociedades de séculos anteriores.

Por conseguinte, não há sentido em haver intervenção estatal no direito à vida por intermédio da pena capital no Brasil.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As divergências em torno da pena de morte vão muito além da mera opinião e merecem um tratamento objetivo. Sendo assim, a análise rigorosa desse tipo de intervenção no direito fundamental à vida, garantido na Constituição Federal no art. 5º, *caput*, demonstra sua inconstitucionalidade em face do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A segurança pública, portanto, deve ser buscada por meios que fujam do senso comum e considerem os estudos criminológicos de especialistas e institutos de renome com base em dados concretos, já que morte cominada enquanto consequência jurídica de crimes é

inviável. Isso se dá tanto pela sua expressa vedação constitucional (art. 5º, XLVII, “a”) quanto pelo insucesso em se justificar ao tomar como parâmetro os diversos subprincípios do exame de proporcionalidade.

O direito à vida, em tal circunstância, prepondera. Porém, ressalta-se que isso não significa a sua superioridade abstrata frente aos outros direitos fundamentais. A análise constitucional deve ocorrer sempre para um caso específico, no qual se verifica *in concreto* o que prevalece, de acordo com os critérios rigorosos do princípio de proporcionalidade.

O método do Direito Penal Constitucional, que trabalha em face da Teoria dos Direitos Fundamentais, disciplina específica do Direito Constitucional que parece ter autonomia relevante para o estudo do ordenamento jurídico, merece destaque pelo seu nível de cientificidade, apresentando fundamentações que justificam com grande acurácia a ciência jurídica do Direito Penal. Acredita-se que ela mereça maior mérito por parte dos penalistas, em especial na modalidade chamada de “teoria fraca”.

Por fim, reafirma-se que os discursos em prol da pena de morte devem ser rejeitados por aqueles que defendem o respeito pela democracia e pela Constituição Federal. A História, os dados internacionais e o Direito demonstram sua sucumbência em alcançar a garantia da segurança pública frente a outras medidas, de fato (ou potencialmente) efetivas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Grundgesetz (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 31 out. 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Amnesty International global report: death sentences and executions 2018**. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2019/04/death-sentences-and-executions-2018-report-web-version.pdf>. Acesso em: 30 maio 2019.

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. Cinco mitos sobre a pena de morte desmascarados. **Anistia Internacional Brasil**, Rio de Janeiro, 25 mar. 2014. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/cinco-mitos-sobre-pena-de-morte-desmascarados/>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BARTEL, Márcio Renato. A influência do iluminismo sobre Beccaria e sua reflexão sobre a pena de morte. **Estação Científica**, Juiz de Fora, n. 12, jul./dez. 2014. Disponível em: http://portal.estacio.br/docs%5Crevista_estacao_cientifica/10.pdf. Acesso em: 30 maio 2019.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Paulo M. de Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais em espécie. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 255-262.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Relator: Min. Carlos Britto, 29 maio 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20080604_101.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

CÉSAR FILHO, Alcebíades Galvão; TELLES, Primonata Silva Brilhante. A abolição da pena de morte em estados norte-americanos no período de 2007 a 2013. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 15, n. 48, p. 129-154, jul./dez. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Direito Penal Constitucional**: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DPIC - DEATH PENALTY INFORMATION CENTER. **Facts about the death penalty.**

Washington, DC: Death Penalty Information Center, 2019. Disponível em:

<https://deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheet.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

EIU - THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy index 2018: me too?**

Londres: The Economist Intelligence Unit, 2019. Disponível em:

<https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. Acesso em: 30 maio 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

IEP – INSTITUTO PARA ECONOMIA E PAZ. **Global peace index 2018: measuring peace in a complex world.** Sydney: Institute for Economics & Peace, 2018. Disponível em:

<http://visionofhumanity.org/app/uploads/2018/06/Global-Peace-Index-2018-2.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019

MARTINS, Leonardo. Lei de biossegurança e controle de sua constitucionalidade pelo STF na ADI 3.510-DF. *In*: MARTINS, Leonardo (coord.). **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-179.

MELO, João Ozorio de. Pouco a pouco, estados dos EUA acabam com a pena de morte.

Consultor Jurídico, São Paulo, 12 out. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-out-12/estados-eua-acabam-pena-morte>. Acesso em: 02 jun. 2019.

PILKINGTON, Ed. US death row study: 4% of defendants sentenced to die are innocent. **The Guardian**, Londres, 28 abr. 2014. Disponível em:

<https://www.theguardian.com/world/2014/apr/28/death-penalty-study-4-percent-defendants-innocent>. Acesso em: 02 jun. 2019.

RODRIGUES, Renan. Institutos lançam 35 propostas para a área de Segurança Pública no país. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 ago. 2018. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/brasil/institutos-lancam-35-propostas-para-area-de-seguranca-publica-no-pais-22942341>. Acesso em: 13 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à vida. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 410-432.

WARDEN, Rob. Reflections on Capital Punishment. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, Chicago, v. 4, ed. 2, p. 329-359, out. 2009.

DEATH PENALTY AS A MEAN OF ENSURING PUBLIC SAFETY: TECHNICAL AND LEGAL ANALYSIS UNDER THE THEORY OF CONSTITUTIONAL CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The present work intends to reflect on the death penalty as a possible way of ensuring public safety, from the point of view of legal science. For this purpose, a technical analysis through the Constitutional Criminal Law was done, as a dogmatic mean to give maximum accuracy to the structuring of the research, and the death penalty is also put under the principle of proportionality, as an intervention on the fundamental right to life. The conclusion is of its legal impossibility in the context of Brazil, in front of several sub-criteria of the constitutional examination applied.

Keywords: Constitutional Criminal Law. Death penalty. Principle of proportionality.