

PENA DE MORTE (*)

Heleno Cláudio Fragoso

1. Convidados pela Universidade de Coimbra, centro cultural magnífico, famoso por suas tradições e suas glórias, reúnem-se penalistas de diversos países, para comemorar, pelo estudo e pelo debate, o centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Trata-se de evocar, com regozijo, uma data de festa, que desde logo define posição diante do grave problema.

Portugal foi dos primeiros países da Europa a abolir, definitivamente, a pena de morte, em 1867. Desde 1847, no entanto, estava abolida de fato a pena máxima nesse país, pois na se executava¹. No relatório que apresentou a propósito à *Academie des sciences morales et politiques*, em 1868, CHARLES LUCAS informava que o governo português promovera a queima, em praça pública, dos instrumentos destinados às execuções e que na Câmara dos Deputados, ao ser votado o projeto abolicionista, 98 dos 100 membros da Assembléia, foram favoráveis à proposição, pronunciando-se o Senado por unanimidade de votos².

Pode assim dizer-se que Portugal, por seu governo e seu povo, repudiou cedo e de forma eloqüente a pena de morte, tendo razões hoje para comemorar o acontecimento. Nós, brasileiros, acedemos ao convite que nos foi encaminhado, com especial satisfação e prazer. Não só pelos laços de fraternal estima que nos ligam aos professores portugueses e às coisas de Portugal, como também porque no Brasil, temos igualmente larga tradição de repúdio à pena de morte, que é absolutamente incompatível com a índole de nosso povo.

(*) Comunicação enviada ao Colóquio que realiza a Universidade de Coimbra em setembro próximo, para comemorar o centenário da abolição da pena de morte em Portugal. As notas que o trabalho apresenta foram acrescentadas pelo autor para a presente publicação.

¹ Em 1864 apenas cinco pequenos Estados haviam abolido a pena máxima: Ducado de Nassau e Grão-Ducado de Oldemburgo (1849); Cantão de Neuchâtel (1854); Toscana (1859); São Marinho (1861). A Rumânia a aboliu em 1861. Na Bélgica deu-se a abolição *de fato* desde 1863. Nos Estados Unidos da América, a pena capital havia sido abolida em Michigan (1846) e Rhode Island (1852).

² Cf. LUCAS, *La pena de morte e la unificazione penale*, Lucca, 1874, trad. p. 21; GEYER, *Sulla pena de morte*, Lucca, 1869, trad., p. 31.

2. A análise do movimento abolicionista, desde o seu surgimento à época do Iluminismo, com os largos debates que se travaram no século passado, revela que diversos têm sido os argumentos suscitados em torno à matéria, os quais defluem do ambiente cultural historicamente determinado.

Pertence, sem dúvida, a BECCARIA a glória de ter sido o primeiro a reclamar a abolição da pena de morte. Até sua época não se discutia a legitimidade da pena máxima, que correspondia rigorosamente às idéias que inspirava as antigas leis penais. No período que antecedeu ao Iluminismo, a repressão era arbitrária e feroz, através de penas cruéis, que visava tão somente à intimidação e eliminação do criminoso³. THOMAS MORUS, apontado como precursor, em sua *Utopia*, publicada em 1516, limitou-se a por e dúvida a utilidade da pena de morte para a repressão de certos crimes, BECCARIA desfralda a bandeira abolicionista em sua famosa obra *Dei delitti e delle pene*, publicada em Livorno, em 1764, partindo da idéia do Contrato Social e de uma concepção utilitarística da pena, cujo fim seria o de impedir o réu de praticar novos malefícios contra os seus concidadãos e o de afastar os outros do delito⁴. A abolição da pena de morte, sustentada por ele, aliás sem rigor lógico, com base na fábula do contrato social, tinha seu verdadeiro fundamento na idéia geral da mitigação e proporcionalidade das penas que seriam injustas se não fossem necessárias⁵.

Propunha BECCARIA que a pena de morte fosse substituída pela escravidão perpétua, em que via *cio che basta per rimuovere qualunque animo determinato* e a vantagem de *moltissimi e durevoli esempi*. Não nega, pois, a legitimidade da pena de

³ EBERHARD SCHMIDT, *Die Geschichte der Todesstrafe bis zur Aufklärung*, in *Die Frage der Todesstrafe*, Munique, 1962, p. 28.

⁴ Como se sabe a concepção utilitária da pena remonta aos jusnaturalistas do séc. XVIII, PUFFENDORF, THOMASIUS e CHRISTAN WOLFF, que fundavam o direito do Estado na razão, reconhecendo o fim da pena na utilidade comum, bem como à obra dos filósofos HOBBS, SPINOZA e, sobretudo, LOCKE que prescindiam da idéia de justiça absoluta e afirmavam ser fim da pena a manutenção da obediência dos súditos ou da segurança comum, visando impedir que novos crimes sejam praticados pelo culpado ou pelos demais cidadãos. Vamos encontrar as mesmas idéias em HELVÉTIUS, que exerceu extraordinária influência sobre BECCARIA.

⁵ A mitigação das penas foi reclamada por MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Liv. VI cap. XII: *Q'on examine la cause de tous les relâchements on verra qu'elle vient de l'impunité des crimes, et non pas de la moderation des peines*. Verdade eterna, que BECCARIA reproduz, sem qualquer originalidade (§ XX). A idéia de que a legitimidade e a justiça da pena estavam em função de sua *necessidade* era comum aos pensadores da época e passou ao art. 8 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789. O art. 15 da Constituição francesa de 1793 dispunha: *La loi ne doit décerner que des peines strictement et évidenment nécessaires: les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société*.

morte, que admite em tempo de anarquia e perturbação social e quando a morte do cidadão fosse *il vero ed único freno per distogliere gli altri dal commettere delitti*. Nega, sim a *utilidade* da pena de morte, inclusive *per l'esempio di atrocità che dà agli uomini*.

MONTESQUIEU era partidário da pena capital: *Um citoyen mérite la mort lorsqu'il a viole la sûreté au point qu'il a ôté l'avie, ou qu'il a entrepris de l'ôter. Cette peine de mort est comme lê remede de la société malade*⁶. Sustentando que os crimes patrimoniais deveriam ter penas pecuniárias, admitia que poderiam existir razões para a imposição, mesmo em tais casos, da pena de morte. Assim também ROUSSEAU, invertendo a lógica de BECCARIA, via na pena de morte a consequência natural da violação do pacto: *C'est pour n'être pás la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on lê devient*. O malfeitor, atacando o direito torna-se traidor, sendo executado menos como cidadão que como inimigo⁷.

Como muitos observam, a partir de FACHINEI, o raciocínio de BECCARIA quanto à pena de morte, tendo em vista a idéia do contrato social, poderia ser aplicado a todas as penas, inclusive a da perda total e perpétua da liberdade. Por outro lado, DIDEROT observava que, reputando a escravidão perpétua mais grave que a morte, BECCARIA renunciava ao seu princípio da mitigação das penas⁸.

O abolicionismo progrediu no pensamento dos grandes publicistas do séc. XVIII. VOLTAIRE, em seus comentários ao livro de BECCARIA reclama apenas a estrita regulamentação da pena de morte e sua limitação aos crimes mais graves. No entanto, pouco antes de sua morte, ocorrida em 1778, pronuncia-se mais amplamente contra a pena capital. Entre os partidários de tal pena destacam-se nessa época, pela importância de suas obras, FILANGIERI e MABLY. Este afirmava que o homem, no estado de natureza tem o *direito de defender-se* mesmo com a morte do ofensor e que tal direito foi cedido à sociedade, de modo que esta pode impor a pena de morte. FILANGIERI, por seu turno, dizia eu o homem em estado de natureza tem o *direito de*

⁶ *L'esprit des lois*, Liv. XII, cap. IV.

⁷ *Du contract social*, Liv. II, cap. V.

⁸ Veja-se a nota de CALAMANDREI à edição de *Dei delitti e delle pene*, publicada em Florença, em 1950, p. 267. A opinião de DIDEROT pode ver-se na *Encyclopédie*, edição de 1778, vol. XXV, p. 83.

punir, mesmo com a morte, o qual foi cedido à sociedade, que pode exercitá-lo⁹. Em 1795 publicou CARMIGNANI em Florença um pequeno livro, pouco conhecido, em que sustentava a pena de morte, afirmando que o direito de punir não deve ser procurado *nelle ombre chimeriche di un preteso patto sociale*, mas que reside na natureza das coisas. Negava a utilidade da mitigação das penas, procurando refutar, um a um, os argumentos de BECCARIA. A sociedade, aplicando a pena de morte, exerce o direito de defender-se do criminoso: *se la scietà crede necessáριο allá sua totale, o parziale conservazione il recidere, e annichilare questo membro esso non può nella sua qualità di essere morale reclamarei l diritto della sua física conservazione*. A justiça da pena de morte deflui de sua necessidade¹⁰.

No séc. XVIII, contra a pena de morte, devem ser destacadas as obras de SERVAN, BRISSOT DE WARVILLE e PASTORET. Batendo-se contra a última pena, de forma eloqüente, BRISSOT e PASTORET a admitem excepcionalmente, para o regicídio e quando não for possível conservar o criminoso sem perigo social¹¹.

O projeto de Código Penal, apresentado por LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, abolia a pena de morte (art. 2), salvo na hipótese do chefe de partido declarado rebelde pela assembléia legislativa, cuja execução atendia à exigência de segurança do Estado. O projeto foi nesse ponto, rejeitado, declarando-se, no entanto, que a pena de morte deveria consistir na simples privação da vida.

Verifica-se que no debate a que deu lugar a obra de BECCARIA, no século XVIII não se pôs em dúvida a legitimidade da pena capital, girando os argumentos dos abolicionistas em torno da *necessidade* e da *utilidade*, com a invocação de humanitarismo, que caracterizou aquele período. A *justiça* da pena de morte fundava-

⁹ FILANGIERI, *Scienza della legislazione*, vol. III, Parte 3ª, cap. 29, publicado em 1783; MABLY, *De la législation ou principes des lois*. Paris, 1776, cap. 4. Sobre os argumentos de MABLY e FILANGIERI, cf. ELLERO, *Della pena capitale*, Veneza, 1858, págs. 14 e 15. Favoráveis à pena de morte eram, naturalmente, os praxistas, JOUSSE e MUYLART DE VOUGLANS.

¹⁰ CARMIGNANI, *Saggio di Giurisprudenza Criminale*, Florença, 1795, págs. 36 e seguintes. Afirma-se que CARMIGNANI, convertendo-se à causa abolicionista, retirou de circulação todos os exemplares desse livro raro. Em 1836, pronunciou na Universidade de Pisa, notável conferência contra a pena de morte (*Lezione sulla pena di morte*) o que foi “no mundo, grande acontecimento científico, recordado com medalha comemorativa, para reconhecimento dos pósteros”. Cf. ZANARDELLI, *Per lè onoranze a Francesco Carrara*, 1899, p. 259.

¹¹ Cf. JEAN IMBERT, *La peine de morte t la opinion au XVIII e Siècle*, *Revue de Sc. Crim. Droit Pen. Compare*, 1964, págs. 516 e seguintes.

se na sua *utilidade*, pois a idéia dominante de justiça era a da utilidade do maior número (HUME). A legitimidade tinha por base o direito natural.

3. O debate prosseguiu e ampliou-se no século passado. Encontramos o fundamento da *necessidade*, como justificativa básica, desenvolvendo-se através da teoria da defesa indireta. Os abolicionistas debatem, então, a legitimidade da pena máxima.

Como direito de defesa, reconhece ROMAGNOSI legítima a pena de morte: “Pelo mesmo princípio e pelo mesmo direito da guerra defensiva, prova-se também rigorosamente o de castigar até com a morte”. Todo consórcio humano tem um verdadeiro e imperante direito a todos os *meios necessários* para a conservação da convivência indispensável, e se a morte dos criminosos é necessária a tal fim, ela não só é justa como devida¹².

Muito se argumentou a favor da pena de morte, em termos de necessidade e defesa, através de concepções que remontam ao empirismo e ao ceticismo e de que são expoentes, em nossa matéria, BECCARIA, ROMAGNOSI e CARMIGNANI¹³. Nesse terreno seria difícil uma impugnação da pena de morte em termos absolutos.

Uma nova perspectiva, no entanto, é introduzida pelos filósofos KANT e HEGEL, e, no campo propriamente do Direito Penal, por PELLEGRINO ROSSI, que buscavam para a pena um fim em si mesma e um fundamento absoluto para a justiça penal, opondo-se às concepções utilitarísticas que até então prevaleciam. A filosofia transcendentalista de KANTI conduzia à formulação de um conceito de justiça absoluta, devendo a pena encontrar sua justificação em si mesma, como *justa retribuição*. Não pode ser considerada meio para qualquer outro fim, fundando-se num

¹² ROMAGNOSI, *Memória sobre lãs penas capitales*, inserta como apêndice à tradução de Cortina e Guerrero da *Gênese*, Bogotá, 1956, p. 594 e 595. Veja-se também o § 346 da *Gênese*: se a pena de morte for necessária, será também absolutamente justa.

¹³ Em termos de *utilidade*, veja-se a análise que faz BENTHAM, *Teoria das Penas Legais*, liv. 2, cap. XIV. Desculpa a pena de morte apenas no crime de alta traição ou rebelião, e assim mesmo, com reservas, idéia que, como vimos já sustentavam outros pensadores do séc. XVIII. Sobre a justificação da *necessidade*, cf. MANZINI, *Trattato*, vol. III, p. 65.

imperativo categórico. O mal da pena deve corresponder ao mal do delito¹⁴. No sistema de HEGEL a pena é, igualmente, justa em si mesma, como lesão da lesão do direito, anulação do delito e reintegração do direito¹⁵.

ROSSI se opõe à idéia do contrato social e refuta as teorias utilitarísticas, desenvolvendo a filosofia de COUSIN, que via na justiça o verdadeiro fundamento da pena: a utilidade, social ou pessoal, é apenas a consequência da justiça. Para ROSSI, a pena em si mesma não é mais que a retribuição, com ponderação e medida, do mal pelo mal. A aplicação da pena é obra de justiça. FAUSTO COSTA afirma que a confutação feita por ROSSI das teorias utilitarísticas pode considerar-se definitiva. Ele exclui que o útil possa considerar-se como princípio gerador de direito, quando não passa de motivo, medida e limite a seu exercício¹⁶.

KANT e HEGEL foram partidário da pena de morte, que fundamentavam em termos de justiça absoluta. ROSSI analisa a questão em detalhe afirmando que a opinião que ataca a pena de morte como ilegítima em si é contrariada de fato pelo acordo quase unânime dos legisladores e dos povos. Conclui que nada existe na pena capital que a torne intrinsecamente ilegítima ou imoral, pois todo bem pode oferecer matéria para penalidade, a menos que uma razão especial a isso se oponha. A afirmação de que a existência humana é inviolável é gratuita: dela não se oferece prova alguma. A pena de morte é meio de exercer justiça, extremo, perigo, é verdade, do qual se deve fazer uso com a maior reserva, em caso de verdadeira necessidade. Deve-se procurar suprimi-lo, empregando todos os esforços para tornar a abolição compatível com a segurança pública e particular¹⁷.

Afirmada a legitimidade da pena máxima, o debate se transfere para a questão da necessidade, que, como dizia ORTOLAN, é coisa variável e contingente,

¹⁴ *Metaphysik der Sitten*, 1797. O talião seria a medida da pena. No Direito Penal o pensamento de KANT constituiu clara reação aos princípios estabelecidos pelo Iluminismo. Cf. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925, Berlim, p. 287. Praticamente não teve repercussão no Direito Penal.

¹⁵ A obra de HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, foi publicada em 1821 e exerceu enorme influência, especialmente a partir de 1840. Cf. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Rodrigues Muñoz, vol. I, Madri, 1955, p. 41.

¹⁶ FAUSTO COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Turim, 1928, p. 146. O livro de ROSSI, *Traité de Droit Penal*, apareceu em 1829. Teve grande sucesso no Brasil.

¹⁷ PELLEGRINO ROSSI, *Traité de Droit Penal*, 4ª edição, 1872, Paris, vol. II, págs. 283, 286 e 301. FAUSTIN HÉLIE acolhe o argumento de ROSSI quanto à legitimidade da pena de morte. Veja-se sua excelente introdução à edição francesa do livro de BECCARIA, publicada em 1856, p. LXXIV.

invocando-se também, como argumento *ad terrorem* o da irreparabilidade em face do erro judiciário¹⁸.

A questão da pena de morte foi, nessa fase, amplamente examinada na perspectiva do fundamento do direito de punir, partindo-se de premissas jusnaturalísticas, afirmando-se que a pena se legitima pela necessidade e a justiça. A necessidade e a justiça da pena capital foram então afirmadas e contestadas.

Muitos foram os abolicionistas no século passado, destacando-se, na Itália, CARMIGNANI, CARRARA, ELLERO, TOLOMEI, PUCCIONI, BUCCELLATTI, CANONICO e PESSINA, entre outros. CARMIGNANI está entre os que se converteram à causa abolicionista, como FEUERBACH, MITTERMAIER, CONFORTI, e mais recentemente, MAGGIORE.

ELLERO, afirmando que a pena é justa quando necessária, sustentava que a pena de morte pode ser substituída por outras penas com igual efeito, a fim de impedir ulteriores delitos por parte do réu, emendá-lo e assegurar o ressarcimento do dano e intimidar os demais. E que a pena máxima é imoral, irreparável, não graduável e aberrante¹⁹. CARRARA merece destaque especial, pela sua atuação militante nos largos debates que precederam o Código Zanardelli, após a unificação da Itália. Examinava a pena de morte, como faziam os autores de seu tempo, em face da questão prévia relativa à gênese racional do direito de castigar. Fundando tal direito na *lei da natureza*, que é essencialmente conservadora, negava o poder de matar, salvo quando a necessidade presente da defesa dos outros homens exija tal sacrifício. Recusava, assim, legitimidade à pena de morte²⁰.

Na Alemanha, bateram-se contra tal pena BERNER, MITTERMAIER, HOLTZENDORFF, SCHWARZE, OSENBRÜGGER, GLASER, KÖSTLIN, ETC.

¹⁸ No erro judiciário, FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale*, Milão, 1934, vol. II, p. 794, via *argomento formidabili e decisivo, tale da fugare i passati ed i nuovi dubbi*. BOCKELMANN, *Die rationale Gründe gegen die Todesstrafe*, in *Die Frage da Todesstrafe*, cit., p. 148, reconhece, igualmente, na irreparabilidade, “*die wichtigste Argument gegen die Todesstrafe*”.

¹⁹ ELLERO, *Della pena capitale*, cit.

²⁰ CARRARA, *Programma*, §§ 660, 661. Veja-se também *Opuscoli*, vol. VII, 1911, págs. 403 e seguintes, onde estão reunidos numerosos de seus escritos contra a pena capital.

BERNER negava a justiça da pena de morte, em que identificava uma exigência talional, bem como a sua necessidade para a defesa da sociedade²¹. Enorme influência exerceram as obras de MITTERMAIER e HOLTZENDORFF²², sobretudo a do primeiro.

Entre os positivistas, LOMBROSO e GAROFALO pronunciaram-se favoráveis à pena máxima, como meio de eliminação racial e econômica dos incorrigíveis. Contra a pena de morte manifestou-se FERRI, por não a considerar necessária e seriamente eficaz. Para dela tirar partido útil, seria necessário executar em massa criminosos natos e incorrigíveis, medida impraticável²³. FLORIAN sempre foi contrário à pena de morte, entendendo que repugnava ao sentimento público, é irreparável e não tem efeito intimidativo²⁴.

4. Ao início deste século o debate se renova na Alemanha, a propósito da reforma do Direito Penal, por ocasião do 30º e 31º Congresso dos Juristas Alemães (*Deutscher Juristentag*), em 1910 e 1912, especialmente o último, celebrado em Viena, com as proposições de LIEPMANN e FINGER, sendo a do primeiro no sentido da abolição. Escassa maioria manifestou-se favorável à manutenção da pena capital²⁵.

Na Itália, com o Código Rocco, à época do fascismo, a legitimidade da pena de morte foi amplamente proclamada, justificando-se sua reintrodução com a *necessidade*. A exposição dos motivos ao rei afirmava: *La pena di morte è legittima, quando necessaria*²⁶. O grande argumento era, então, a razão de Estado.

²¹ Veja-se a primeira edição de seu conhecido tratado, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1857, págs. 191/192, e seu livro *Die Abschaffung der Todesstrafe*, Leipzig, 1869.

²² *Die Todesstrafe*, Heidelberg, 1862. Em 1864 apareceu, em Luca, tradução italiana feita por CARRARA, e em 1865, a tradução francesa, feita por LEVEN. HOLTZENDORFF, *Der Verbrechen des Mordens und die Todesstrafe*, 1868.

²³ LOMBROSO, *L'Uomo Delinquente*, 5ª edição, Turim, 1897, vol. III, p. 585. Opinou, posteriormente, em sentido contrário, *Scuola Positiva*, 1906, p. 575. GAROFALO, *Criminologia*, Turim, 1891, p. 457, FERRI, *Sociologia Criminale*, Turim, 1930, vol. III, p. 488. Admitia a pena de morte, *só come estremo el eccezionale rimedio in tempi e condizione anormali*.

²⁴ *Trattato*, cit., vol. II, p. 789.

²⁵ Cf. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 374. LIEPMANN, *Die Todesstrafe*, 1912.

²⁶ Entre os partidários de maior prestígio, cf. ARTURO ROCCO, *Sul ripristino della pena di morte in Italia, Opere Giuridiche*, Roma, 1933, vol. III, págs. 545 e seguintes. MANZINI, *Trattato di Dir. Pen. Italiano*, 1950, Turim, vol. II, p. 60.

Não se modificaram, em substância, os grandes argumentos. Após a Segunda Grande Guerra o abolicionismo ganha impulso vertiginoso, com a eliminação da pena de morte na Alemanha e na Itália. E na Inglaterra, com a fermentação produzida pela *Royal Commission on Capital Punishment* (1949-1953), que conduziu à atual suspensão da pena capital.

5. Procuramos mostrar, em grandes linhas, o desenvolvimento das idéias e do debate que a questão da pena de morte tem suscitado desde o séc. XVIII²⁷.

Estamos entre os que entendem que a matéria não é jurídica. A disputa em torno da *legitimidade* da pena de morte não tem sentido no plano jurídico e não pode ser resolvida nesse terreno. Os juristas do século passado, que procuravam discutir esse aspecto da questão, tinham de deslocá-lo necessariamente para o campo do direito natural. A eliminação da vida humana, como perda de um bem, pode constituir perfeitamente *pena*.

A questão da pena de morte é política e é, sobretudo, cultural²⁸. A execução constitui espetáculo bárbaro e atinge a dignidade da pessoa humana. Os argumentos apresentados contra a pena de morte estão condicionados pelas contingências sociais e culturais de cada época. Não teria sentido afirmar a inadmissibilidade da pena de morte em termos de respeito à pessoa humana, diante do direito antigo, que conhecia a escravidão e a legitimava, aplicando a tortura como meio normal de investigação e fazendo largo emprego das mutilações e da morte, como penas corporais. Isso tudo correspondia a um substrato cultural determinado.

A história do abolicionismo na legislação demonstra sob diversos aspectos, como evoluiu a matéria até nossos dias.

²⁷ Entre os trabalhos representativos mais recentes, citamos: E. ROY CALVERT, *Capital Punishment in the twentieth century*, 1927, 2ª edição, Londres, 1936; MEZGER, *Für und wider die Todesstrafe, Mitteilungen des Universitätsbund Marburg*, junho de 1928; DUESING, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe*, Offenbach/Main, 1952; KOESTLER CAMUS, *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, 1957; *Reporto f the Royal Commission on Capital Punishment*, Londres, 1953; E. DREHER, *Für und wieder die Todesstrafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 70 (1958) fasc. 4 p. 543; *Die Frage der Todesstrafe, Zölf Antworten*, Munique, 1962. *Capital Punishment*, relatório da ONU, preparado por MARC ANCEL, Nova York, 1962.

²⁸ Veja-se, a propósito, a exatíssima lição de SEBASTIAN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963, vol. II, págs. 362 e seguintes.

Com o Iluminismo e o movimento humanitário daquela época, a pena de morte recebeu o primeiro grande impacto, que colheu, de forma mais violenta a tortura e as penas corporais comuns no antigo regime, a insegurança e a desproporcionalidade que então vigoravam no sistema penal. Observamos que a pena de morte *reduz-se* a um número determinado de crimes; que se *suprime a agravação* e a que se iniciam as primeiras tentativas de abolição. Verificamos em seguida, que as modalidades de execução, procurando evitar sofrimento e o espetáculo bárbaro exibido para o grande público correspondem a novas exigências dos novos tempos. E finalmente contemplamos a exclusão dos crimes políticos e a progressiva abolição que se processa naqueles centros culturais de maior significação. Abolição de direito e abolição de fato. Redução constante e progressiva no número de execuções efetivas, em comparação com as condenações impostas.

A instituição está ferida de morte e contemplamos, através de capitulações sucessivas a sua lenta, porém, segura agonia, como exigência cultura de nosso tempo, que não lhe faz mais concessões.

6. A abolição pura e simples, de fato ou de direito, em diversos Estados, iniciou-se com a Toscana, em 1786, com a *Riforma della legislazione penale*, de PEDRO LEOPOLDO, e a Áustria, em 1787²⁹. O séc. XVIII, no entanto, não estava maduro para a abolição, tendo sido rejeitada pela constituinte francesa, como vimos, a proposta de LEPELETIER DE SAINT-FARCEAU.

A partir de meados de século passado, a relação dos países que aboliram a pena de morte amplia-se continuamente.

Na Itália, após intenso debate, a pena de morte é excluída do Código Zanardelli. A questão da pena capital foi o motivo determinante do grande atraso na unificação do

²⁹ A pena de morte foi reintroduzida na Toscana em 1790 para os crimes políticos, e, em 1795, para certos crimes comuns. Foi novamente abolida em 1847 e reintroduzida em 1852, quando a Toscana se reuniu ao reino de Victorio Emanuel, a pena de morte foi definitivamente abolida, com um decreto eloqüente que diziz: “*Il Governo provvisorio toscano: Considerando che fu la Toscana la prima ad abolire in Europa la pena di morte; considerando che, quantumque ripristinata, non venne applicata giammai, perchè tra noi la civiltà fu sempre più forte della scure del carnefice; Há decretato e decreta: Art. unico — La pena di morte è abolita*”. Na Áustria também foi a pena capital reintroduzida para o crime de alta traição, em 1795, ampliando-se sua aplicação em 1803. Abolida em 1913, foi reintroduzida em 1934, sendo novamente eliminada em 1945.

Direito Penal que se procurou realizar após 1861, na Itália, pois ou se reintroduzia na Toscana a pena de morte ou se estendia a solução abolicionista a todo o reino. Nos trabalhos em que muito se destacaram, então, sobretudo MANCINI, terminou por prevalecer a abolição no Código de 1889, que se deve especialmente a ZANARDELLI³⁰.

O fascismo reintroduziu a pena de morte na Itália, em 1926, na lei de defesa do Estado, aplicada por um Tribunal Especial³¹. Admitida amplamente no Código Rocco, a pena capital foi abolida pela Constituição de 1947.

Na Alemanha, após a unificação, em 1870, ao ser aprovado o Código Penal que ainda está em vigor, apenas três Estados não tinham a pena de morte (Oldenburg, Bremen e Anhalt). A pressão do governo, com a intervenção pessoal do chanceler BISMARCK não conseguiu impedir que na segunda leitura a abolição fosse aprovada por 118 votos contra 81, embora conseguisse, na terceira leitura, a adoção da pena de morte por escassa maioria (127 contra 119)³². Limitada aos casos de alta traição e homicídio qualificado, a pena máxima foi progressivamente estendida a outros delitos, com as leis de 1884, 1895, 1922, 1933 e 1934. Com o nazismo, é óbvio, a aplicação da pena de morte se amplia, sendo considerada essencial para a eficiente defesa da comunhão do povo (*Volksgemeinschaft*). Estima-se que, durante a época do nazismo, cerca de 16.000 condenações à morte foram pronunciadas, sem contar as execuções sumárias realizadas pela Gestapo e em campos de concentração³³. A nova Constituição alemã, em 1949 (art. 102), aboliu-a porque, como diz MAURACH, ela atinge a dignidade da pessoa humana. E conclui: “Pode-se contar, com segurança, que ela não será novamente introduzida no futuro Direito Penal”³⁴.

A pena de morte foi abolida em 1870 na Holanda; em 1905 na Noruega (última execução em 1876); em 1921 na Suécia; em 1942, na Suíça. Na Europa ocidental, fiéis

³⁰ Para a história desse período, cf. PESSINA, *Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino all' promulgazione del Codice Penale vigente*, *Enciclopédia*, vol. II, págs. 638 e seguintes; UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, Turim, 1932, p. 232.

³¹ *Lavori preparatori*, III, parte 1, p. 243. A pena de morte é instrumento a que constantemente recorrem as tiranias. Como diz MANZINI, *Trattato*, vol. II, p. 67, o fascismo foi pródigo na pena de morte.

³² Cf. VON HIPPEL, *ob. cit.*, vol. I, p. 244; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 72.

³³ BAUMANN, *Strafrecht*, Bielefeld, 1966, p. 641.

³⁴ MAURACH, *Os caminhos do Direito Penal Alemão ao projeto de 1960*, in *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Rio de Janeiro, 1962, p. 101.

ao patíbulo continuam apenas a França e a Espanha. Na Inglaterra, o *Murder Act* de 1965, em vigor desde novembro daquele ano, aboliu completamente a pena de morte para o homicídio, embora tecnicamente por um período de cinco anos³⁵.

Na América do Sul, mantêm a pena capital apenas o Peru, o Paraguai e o Chile, onde as execuções são raras. Na América Central, Guatemala, Haiti, Nicarágua e El Salvador. No México, a pena de morte foi abolida pelo governo federal e por 25 dos 29 Estados. Nos Estados Unidos, diversas unidades da Federação têm abolido e posteriormente restabelecido essa pena. Em 1965 eram os seguintes os Estados abolicionistas: Alaska, Havaí, Maine, Minnesota, Wisconsin, Michigan, Oregon, Iowa, West Virginia, Vermont e New York³⁶.

A URSS, a China e o bloco soviético mantêm a pena de morte, sem exceção. O art. 22 dos *Princípios Gerais* aprovados pelo Soviet Supremo prevê a pena de morte como medida excepcional para crimes políticos, banditismo e homicídio qualificado. O art. 23 do Código de 1960, da R.S.F.S.R. contém enumeração ampla. Sabemos que até infrações econômicas são punidas, na União Soviética, com a pena de morte³⁷. Em novembro de 1966 realizou-se em Varsóvia um debate sobre a pena de morte, promovido pela revista *Panstwo I prawo* (“O Estado e o Direito”), que reuniu eminentes juristas e professores, que concluíram afirmando que a pena capital é estranha à ideologia socialista e que, no futuro será eliminada do catálogo de medidas penais. Os professores OSSOWSKA, KOTARLINSKI e BUCHALA afirmaram que tal pena deveria desaparecer completamente, inclusive por razões éticas. A maioria, no entanto, entendeu que não existem ainda condições favoráveis à abolição, assinalando embora que a pena de morte tem sido aplicada muito raramente, nos últimos anos, naquele país. Foram propostas medidas tendentes a introduzir progressivamente limitações institucionais à aplicação da pena capital³⁸.

³⁵ Resultado de lenta evolução que remonta ao relatório da Comissão Real de 1947/1953, junto à qual a *Howard League for Penal Reform* realizou trabalho magnífico em prol da abolição. O *Homicide Act* de 1957 reduziu as hipóteses de homicídio punido com a morte. Hoje, somente a traição continua a ser punida com a morte na Inglaterra. Cf. FRANK DAWTRY, *The abolition of death penalty in Britain*, *British Journal of Criminology*, 1966, vol. 6, nº 2.

³⁶ Cf. CLARENCE PATRICK, *The status of capital punishment; a world perspective*, *Journal of Crim. Law, Crim. And Pol. Sc.*, 1956, vol. 56, n. 4.

³⁷ *Les infractions économiques em Union Soviétique*, *Revue de la Com. Internationale de Juristes*, Eté 1964, tome V, nº 1. JESCHECK, *Die Todesstrafe in ausländischem Recht, Die Frage der Todesstrafe*, cit., p. 61.

³⁸ *Revue de Sc. Crim. Droit Penal Compare*, 1967, p. 268.

No Brasil, nosso Código imperial, de 1830 manteve a pena capital, que desde 1855 não mais foi executada³⁹. A ditadura de 1937 tentou introduzi-la, incluindo na Carta constitucional outorgada (art. 122 inc. 13) dispositivo que autorizava a imposição do último suplício por determinados crimes políticos e pelo homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. O decreto-lei 86, de 20 de janeiro de 1938, autorizava o famigerado Tribunal de Segurança a impor a pena de morte, que, todavia, não foi incluída em nenhuma lei penal, com exceção do Direito Penal Militar, para os tempos de guerra. Temos em nossa casa uma confirmação do irrecusável pendor das ditaduras para a pena máxima, mesmo quando tal pena viole — como no caso — tão fundamental, o sentimento do povo.

O progresso do abolicionismo, demonstra-se ainda quando se constata a crescente diminuição do número de crimes punidos com a morte, e também quando se compara o número de execuções efetivas com o das condenações.

Na Inglaterra, no séc. XVIII, mais de 200 crimes (a maior parte contra a propriedade) eram punidos com a morte. Em 1837 esse número havia sido reduzido a 15. Em 1861, a 4 (alta traição, assassínio, pirataria com violência e destruição de docas e arsenais). Em realidade, desde 1938 a pena capital só tem sido aplicada aos casos de homicídio qualificado (*murder*) e traição.

Na França, sob o antigo regime, eram 115 os crimes capitais⁴⁰. O código de 1791 os reduziu a 32; o de 1795, a 30; o de 1810, a 28. A revisão de 1832, a 17. Atualmente são 12 os delitos em que se impõe a pena de morte, dos quais 4 se relacionam com o homicídio.

³⁹ A lei de 11 de setembro de 1826, em seu art. 1º determinava que a sentença proferida em qualquer parte do império, que impusesse a pena de morte, não seria executada sem primeiramente subir à presença do imperador, para perdoar ou moderar a pena (Constituição de 1824, art. 101, §§ 8º e 9º). A lei de 10 de junho de 1835 impunha a pena de morte aos escravos que matassem seus senhores, ascendentes ou descendentes destes que em sua companhia morassem, os feitores e as mulheres que com eles vivessem. Estabelecia (art. 4º) que em tais casos a imposição da pena de morte seria feita por dois terços do número de votos e que a sentença, se fosse condenatória, se executaria “sem recurso algum”. Prevalencia no entanto, o recurso ao Poder Moderador (Decreto 9.3.1837; Regimento 120, 31.1.1842, art. 501 e lei de 3.12.1841, art. 80). A lei 2.033, de 20.9.1871 restabeleceu o art. 332 do Cód. Proc. Criminal, que exigia a unanimidade para a imposição da pena de morte.

⁴⁰ RATEAU, *Les peines capitales et corporel'es en France sous l'Ancien Régime* (1670-1789), *Ann. Int. Criminologie*, 1963, 2º semestre, p. 276. O autor afirma que a pena de morte só poderia ser aplicada nos casos expressamente previstos por lei.

O direito antigo aplicava amplamente a pena de morte, que a partir da época do Iluminismo é reduzida progressivamente.

Nossas Ordenações do Reino previam a pena capital em mais de 70 casos, pelas mais diversas figuras de delito, como era próprio da legislação de sua época. Nos últimos tempos restringiu-se grandemente a aplicação dessa pena, que o decreto de 12 de dezembro de 1801 limitou aos crimes mais atrozes⁴¹. O Código imperial cominava a pena de morte a apenas três infrações penais (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio).

Numerosos países, embora incluam a pena de morte em sua legislação, não a aplicam, abolindo-a de fato virtualmente⁴². Nos que a aplicam, a percentagem das execuções efetivas está em constante diminuição. Nos Estados Unidos, por exemplo, o número de execuções caiu de 155.2, no período de 1930-34, para 48.6, no período de 1958-63⁴³. Em 1963, houve apenas 20 execuções, embora fossem 809 os casos de homicídio punidos com a morte⁴⁴. No Chile a pena é imposta a 3 ou 4 pessoas por ano, em média, principalmente por parricídio e latrocínio, cumprindo-se, no entanto, em percentagem inferior a 10%. No período de 1958 a 1962 não houve qualquer execução. Segundo nos diz EDUARDO NOVOA, isso se deve à pressão da opinião pública, que é claramente contrária à imposição de dita pena⁴⁵.

Na Inglaterra, no período de 1958 a 1962, houve apenas 5 execuções.

Outros aspectos da evolução abolicionista são os que se relacionam com a modalidade de execução e a exclusão do agravamento.

⁴¹ Demonstrando o desgaste da velha legislação, incompatível com os novos tempos, a lei de 5 de março de 1790 reconhece que a tortura caiu em desuetude.

⁴² MARC ANCEL, *Capital Punishment*, cit., p. 8.

⁴³ CLAENCE PATRICK, *The status of capital punishment: a world perspective*, *Journal of Crim. Law, Crim. Pol. Sc.*, 1965, vol. 56, n° 4, p. 409.

⁴⁴ THORSTEN SELLIN, *Capital punishment*, *Crim. Law Quarterly*, 1965, vol. 8, n° 1, p. 36: *Il the present trend in the use of executions continues, the risk of dying on the gallows, the electric chair or the gas chamber will be still more reduced*. Num perspectiva diversa, cf. o interessante estudo de WOLFGAN, KELLY e NOLDE *Comparison of the Executed and the Commuted among admissions to Death Row*, *Journal of Crim. Law. Crim. Pol. Sc.*, vol. 53, n. 2 (1962), p. 301.

⁴⁵ E. NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1966, vol. II, p. 338.

As legislações antigas impunham a pena de morte, em casos graves, acompanhada de tormentos e mutilações; executada publicamente e através de modalidades bárbaras, como a fogueira, o esquartejamento, a roda, o empalamento, a imersão, o garrote, o esmagamento (*peine forte et dure*, abolida na Inglaterra em 1828) etc. A amplitude com que a pena de morte era prevista conduzia à agravação, para corresponder aos casos de maior gravidade. A decapitação e a forca, correspondem à forma simples de execução, a primeira para os nobres e a última para os ladrões, homicidas, etc. Nossas Ordenações do Reino contêm numerosos exemplos de agravação⁴⁶. Singular é o fato de que, na Inglaterra, até 1836 os acusados de crime a que era cominada a pena de morte, não tinham direito a defesa por advogado. Com o Código francês de 1791 declarou-se que a morte *ne sera plus que la simple privation de l'avie* (art. 2º), mas o Código napoleônico, de 1810 manteve uma reminiscência das antigas gravações, com o corte da mão direita aos parricidas (art. 13), suprimida em 1832. O Código austríaco, de 1803, excluía qualquer agravação da pena capital. O Código bávaro de 1813 e o de Hannover, de 1840, previam ainda agravação para a pena de morte (pelourinho e arrastamento ao local da execução).

Os métodos de execução modernos visam à proporcionar morte rápida, com o menor sofrimento possível. Prevalece nas legislações a forca com aperfeiçoamento na localização do nó e com a introdução da plataforma móvel e a queda, assegurando a morte instantânea pela fratura da segunda vértebra cervical e o esmagamento da medula. A morte do enforcado não sobrevém por asfixia.

A Espanha, para vergonha de nossa civilização, ainda mantém o garrote como forma oficial de execução. Em 17 de agosto de 1963 dois homens acusados de terrorismo foram mortos pelo garrote, em Madri. Trata-se de um colarinho de aço ajustável que se vai comprimindo até à asfixia. Um *coup de grace* é dado por pontas acionadas por parafusos que penetram na parte posterior, fraturando as vértebras cervicais e esmagando a medula⁴⁷.

⁴⁶ Uma descrição desses horrores pode ver-se na obra de JOHN LAURENCE, *A history of Capital Punishment*, Londres, s/data. Veja-se também CALISSE, *Svolgimento storico del diritto penale in Itália*, *Enciclopédia de Pessina*, vol. II, p. 393 e GEBER MOREIRA, *A pena de morte nas legislações antigas e modernas*, in *Estudos de Dir. e Proc. Pen. em homenagem a Nelson Hungria*, págs. 413 e seguintes.

⁴⁷ Sobre pena de morte na Espanha, cf. o recentíssimo trabalho de RODRIGUEZ DEVESA, *Das Zahlenbild der Todesstrafe in Spanien 1870-1966*, in *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Junho, 1967, p. 122.

As execuções públicas, embora mantidas, em alguns países, até data recente, tornaram-se intoleráveis. A morte dada a um ser humano indefeso é espetáculo cruel e bárbaro, apresentando aquela *ripugnante atrocità* a que aludia MANZINI. Na Inglaterra, a última execução pública foi em 1868 (*Capital Punishment Amendment Act*); nos Estados Unidos, em 1936; na França, em 1939. A execução pública estava ligada ao efeito intimidativo que se pretendia ilusoriamente obter, e por isso a defendia PELLEGRINO ROSSI⁴⁸. Nosso Código imperial previa a execução pública. O Aviso de 17 de junho de 1935, no entanto, estabelecia que “a forca será levantada quando seja necessário, para não estar continuamente às vistas do público”.

Outros aspectos demonstram também a marcha para a abolição. Referimo-nos aos crimes políticos, que têm sido a razão de ser da aplicação da pena de morte pelas tiranias⁴⁹. A França foi a primeira a abolir a pena de morte para os crimes políticos em 1848. Referimo-nos também à constante elevação do limite mínimo de idade e às medidas relativas à disposição dos corpos dos condenados⁵⁰.

As aparatosas e macabras cerimônias que constituíam as execuções do passado, foram substituídas por processos em que predomina a surpreendente rapidez.

7. A Igreja sempre se manifestou favorável ao último suplício. Invoca-se a autoridade de S. TOMAZ DE AQUINO que, na *Summa Theologica*, II, 2, defendia a legitimidade da pena de morte para a conservação do corpo social, sendo a ação do soberano que a impunha correspondente à do médico que amputa o membro infecto para preservar o resto do organismo: *Occidere malefactorem licitum est in quantum*

As estatísticas apresentadas pelo autor demonstram que a pena de morte não é necessária à repressão à criminalidade, pois é raramente aplicada.

⁴⁸ Sobre as execuções públicas, cf. JOHN LAURENCE, *A history of capital punishment*, Londres, p. 169. São hoje raríssimos os países em que a execução é pública. Cf. MARC ANCEL, *Capital Punishment*, cit., p. 23.

⁴⁹ Contra a aplicação da pena de morte aos crimes políticos, bateu-se GUIZOT, num famoso opúsculo (*De la peine de mort*), publicado em 1822, com argumentos excelentes, extraídos da índole da criminalidade política. Uma segunda edição apareceu em Bruxelas, em 1838. O autor não advogava a abolição da pena capital para os crimes comuns. No século anterior, no entanto, muitos dos que se batiam pela abolição de pena de morte ressalvavam sua aplicação aos crimes políticos. Cf. ORTOLAN, *Eléments de Droit Penal*, Paris, 1864, vol. II, p. 13.

⁵⁰ No século passado, na Inglaterra, não eram incomum a execução de menores de 14 anos, sendo fato rotineiro em épocas anteriores. Somente em 1908 a pena de morte foi abolida para os menores de 16 anos. Cf. KNELL, *Capital Punishment: its administration in relation to juvenile offenders in the 19th century and its possible administration in the 18th*; *British Journal of Criminology*, 1965, vol. 5, nº 2.

ordinatur ad salutem totius communitatis. Antecipava, assim, o que séculos mais tarde MONTESQUIEU repetiria. Assim também VITORIA, SUAREZ, MOLINA, ALFONSO DE CASTRO, S. AFONSO DE LIGUÓRI. Olvidava-se assim a opinião de S. AGOSTINHO, que afirmava ser a pena de morte a negação da caridade e ofensa a Deus, porque anula a dignidade e a pessoa humana, bem como a posição de DUNS SCOTO, que negava a justiça da pena capital.

CATHREIN sustentava ser a pena de morte justa e necessária e DE MAISTRE que a eventual morte de um inocente seria um infortúnio como qualquer outro.

Opondo-se à opinião da igreja, CARRARA, em sua profissão de fé, proclamava: *Io sono abolizionista perchè sono credente*, afirmando eu o raciocínio de DE MAISTRE, formulado com característico cinismo, “*era um ragionare da barbaro*”. No Brasil, alguns sacerdotes de grande talento tem-se destacado em debates públicos em favor da pena de morte, com entusiasmo que, como diz JIMENEZ DE ASÚA, é digno de melhor causa. Por ocasião de um debate que se realizou na Câmara dos Lordes, na Inglaterra, em 1948 o bispo de Truro sugeriu a extensão da pena de morte, ao invés de sua abolição.

A posição reacionária da igreja, que se funda no princípio *mors janua vitae*, é contrastada por eminentes teólogos e constitui aspecto chocante da luta abolicionista⁵¹.

Conclusão

A pena de morte deve ser abolida porque a abolição constitui uma exigência irresistível da cultura de nossa época. São irrelevantes os argumentos a favor de sua *legitimidade*. São irrelevantes e discutíveis o de sua exemplaridade e o de seu efeito intimidativo. A sua *necessidade* é invocada por interesses políticos subalternos e se

⁵¹ Devem, no entanto, ser destacados os trabalhos de LINSERMANN, SCHLEJERMACHER KARL BARTH e EMIL BRUNNER. Cf. WALTER KUNNTH, *Die theologische Argumente für und wider die Todesstrafe*, no volume *Die Frage der Todesstrafe*, cit., p. 158. JIMENEZ DE ASÚA, também invoca a obra do Padre VECILLA DE LAS HERAS, *Defensa de la vida humana (El Criminalista, 2ª Série, tomo VII, 1966, p. 182)*. Cf. ainda, a respeito, BAUMANN, *Strafrecht*, 1966, P. 640; MAGGIORE, *Diritto Penale*, tomo II, p. 704; CARRARA, *Opu coi*, vol. VII, págs. 429 e 463; CAMUS, *Réflexions sur la guillotine*, na ob. cit., p. 170 e também DREHER, *Für und wider die Todesstrafe*, in *Zeltschrift*, cit., p. 551, MARC ANCEL, *Capital Punishment*, cit., p. 64, conclui: “*It seems, however, that abolitionist views are gaining ground within the Church*”.

refuta pela ineficácia da pena de morte no desenvolvimento da criminalidade, que se deve a outros fatores. São, no entanto, irrecusáveis os argumentos que se fundam na irreparabilidade da pena capital.

O exame que fizemos revela que o progresso do movimento abolicionista é contínuo e irresistível. É irresistível porque há, hoje uma consciência universal de que a pena de morte atinge a dignidade da pessoa humana que em nossa época se apresenta como valor essencial e inviolável. Não há mais em nossos dias, aquele “assentimento quase unânime de todos os homens”, a que aludiam PELLEGRINO ROSSI e FAUSTIN HÉLIE, no século passado, mas, exatamente o oposto. A questão da pena de morte tem de ser considerada em função dos valores de nossa época.

Argumentamos, em última análise, com a incomparabilidade e a inviolabilidade da vida humana, como exigências éticas intransponíveis, muito vivas ao espírito daqueles que presenciaram execuções. É oportuno, pois, concluir com um destes, LEON TOLSTOI, que após assistir a uma execução em Paris, em 1857, escreveu: “Quando vi separar-se do tronco a cabeça do condenado, caída com sinistro ruído no cesto, compreendi, e não com a razão mas com o meu ser, que nenhuma teoria pode justificar tal ato”.