

A PENA DE MORTE PARA ALÉM DO TOMISMO, DA MORAL E DO UTILITARISMO: SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DO HOMEM

Caio Vinícius Sousa e Souza¹

Aprovado em dezembro de 2010

Resumo: Historicamente, discute-se a pena de morte como meio para se fazer justiça. No entanto, a tentativa de introduzi-la, desde Beccaria, não é pacífica, pois se alega outra função da pena que não a de simplesmente punir. Nesta perspectiva, entram em colisão, sobretudo, a ideia de recuperação do criminoso e o desejo imediato de puni-lo severamente a fim de brotar o sentimento de paz na sociedade. Este trabalho aborda o modo que vários autores entenderam esta expiação, objetivando desviar o debate para o paradigma vigente dos direitos fundamentais. Para tanto, serão evidenciados os pontos do tomismo, da moral kantiana e do utilitarismo que não se enquadram no modelo atual.

Palavras-chave: debate sobre pena de morte; pena retributiva; tomismo; moral kantiana; pena preventiva; utilitarismo; conflito de direitos fundamentais.

1 Introdução

O poder do Estado de definir exatamente quando e como um indivíduo deve morrer é causa de intensas discussões que atravessam séculos. Isto acontece porque a pena capital embaralha ainda mais o debate sobre a ideia de ceifar a vida de algum semelhante. Este tema, por exemplo, é assunto da confusa cultura cristã e de debates entre autoridades filosóficas como Platão, São Tomás de Aquino, Kant, Hegel, Hobbes, Bentham e Beccaria. Há de se ressaltar que nem todos compartilham as mesmas ideias.

No entanto, hodiernamente, é bastante visível que o debate sobre a pena de morte ultrapassou estes limites filosóficos para adentrar em uma discussão mais prática: ao executar um réu condenado à morte, o Estado está respeitando seu direito à vida? Ou ainda, a segurança e a liberdade da sociedade, direitos também garantidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), estão protegidas pelo Estado quando um criminoso perverso lhe impõe medo?

¹ Caio Vinícius Sousa e Souza é estudante do Curso de Direito da Universidade Federal do Piauí.

Dessa forma, o referencial teórico deste ensaio é a análise dos direitos humanos (dado como sinônimo de direitos do homem, pois o foco do ensaio permite) do réu e da sociedade no debate atual acerca da pena capital, demonstrando a incompletude e o atraso das concepções tomista, moralista e utilitarista, discutidas sob a ótica dos autores outrora mencionados. Utilizando-se este ponto de partida, pretender-se-á evidenciar a relevância das indagações formuladas no parágrafo anterior para o enriquecimento da discussão em tela.

O trabalho, para isso, está dividido em quatro partes de corpo. Na breve primeira parte, apresentar-se-á algumas noções iniciais acerca da pena capital. Na segunda, será explanada a tentativa de justificação desta penitência pelos filósofos que argumentam com teses morais rigorosas, ou que acreditam na concepção orgânica do Estado. Na terceira seção, analisar-se-á o princípio da utilidade como meio de negar a legitimidade da pena de morte, fazendo uso das idéias de Hobbes, Bentham e Beccaria. As debilidades das teorias anteriores serão mencionadas em suas respectivas partes. Nas palavras da quarta parte, a colisão dos direitos humanos do réu ou da sociedade, no momento da abolição/introdução da pena de morte, será situada como opção para desviar o debate atual sobre a pena de morte para um campo mais seguro e prático. Nesta seção preliminar, foi delimitado o objeto de estudo, bem como o objetivo deste artigo. A seguir, a primeira parte de corpo.

2 Sobre a pena de morte

Quando um indivíduo subtrai a vida de outro, os códigos penais de todos os países anunciam, em uma só voz, que ocorrera o homicídio (obviamente que os desdobramentos deste instituto são percebidos em cada caso concreto). Não obstante, quando o Estado retira legalmente, por meio de sentença jurídica, a vida de um condenado, diz-se que foi aplicada a pena de morte.

Contudo, embora nos dois casos exista um elemento de interseção (a eliminação da vida humana), estes foram apresentados analogicamente apenas para

auxiliar a compreensão inicial sobre o assunto, já que a diferença entre esses institutos não reside somente em seu sujeito ativo. Por exemplo, ao contrário do homicídio, quando o indivíduo é sentenciado culpado por um crime suficientemente grave e, por isso, condenado à morte, este saberá quando, como e onde morrerá.

Conforme grande parte dos que preferem a abolição da pena, esta certeza e angustiante espera do momento da morte constituem a qualidade de maior crueldade em todos os castigos penais, caracterizando o até mesmo acompanhamento prévio da tortura, uma vez que o indivíduo, além da dor física produzida pelas formas de execução, passa por um sofrimento psicológico que não pode ser quantificado. Entretanto, aqueles que mantêm estima pela pena são indiferentes aos procedimentos e à pessoa do réu, pois a morte deste é a solução mais viável e que proporcionará mais rapidamente paz para sociedade.

Além desta possível tortura, a pena de morte carrega consigo outras polêmicas. Talvez a mais desastrosa e mais difícil de refutar seja a execução de inocentes causada por erros do judiciário, que, por vezes, pode ser influenciado pela mídia ou pelo clamor público enraizado por sentimentos. Registram-se, infelizmente, um percentual relativamente alto de erros em países que adotam a pena capital, como os EUA. Cita-se o caso paradigmático dos Rosenberg, casal executado por crime de espionagem, deixando filhos menores. Após a execução fora comprovada a inocência dos dois (Acesso em abril de 2010).

Todavia, embora seja débil o raciocínio, há quem argumente contra este possível risco de erro. Segundo estes, os abolicionistas pedem o fim da pena porque podem ser executados inocentes; se isto estiver certo, tudo que contém algum risco de erro é ilegítimo, portanto deverão ser proibidos aviões e carros, uma vez que morrem vários inocentes por ano. Apesar de no primeiro momento parecer interessante, este argumento é bastante frágil. Ora, quem argumenta dessa forma afirma que a execução de um inocente é um acidente, o que deveras não é, já que os processos judiciais são exaustivamente revisados e não repentinos como os acidentes.

Na Idade Média, entretanto, as ordens católicas para os cumprimentos das penas fatais talvez não fossem examinadas com tanta cautela. A palavra de uma entidade clerical era suficiente para lançar à fogueira aqueles reputados como hereges ou bruxos. Isto revela-nos outra questão instigante: será que opções religiosa e sexual, que constituem direitos individuais, são suficientes para a execução daquele que opta? O que justifica a condenação de um homossexual ou daquele que contesta determinado mandamento religioso?

Se perguntado sobre isto, Ihering (2000, p.27) responderia que “cada Estado pune mais severamente os delitos que ameaçam o seu princípio vital particular, ao passo que para outros mostra uma indulgência tal, que por vezes manifesta um contraste extraordinário”. Todavia, em vários momentos do livro, o próprio autor afirma seguramente que a lesão de um direito individual (ou subjetivo, ou ainda concreto, para usar as expressões do autor) pode comprometer todo o sistema jurídico de um Estado. Logo, partindo do pressuposto que o princípio vital particular deve respeitar os direitos subjetivos/individuais por serem anteriores aos objetivos/coletivos, países como o Irã deveriam parar de efetuar as atrocidades mencionadas no problema citado no parágrafo anterior. Como isto ainda não é realidade, dá-se outro pilar do pensamento abolicionista: a crueldade da pena para crimes fúteis ou, até mesmo, para atos que sequer podem ser considerados crimes.

Diante dessas nuances da aplicação penal em todo mundo, vários gênios da Filosofia perceberam a importância de colaborar para o debate. No entanto, suas ideias parecem não resolver o problema no contexto atual. A seguir, as posições das linhas filosóficas mais influentes acerca desta discussão.

3 Argumento *ex auctoritate* e o Direito Penal

Ao longo da história da Filosofia, a pena de morte foi amplamente aceita, pois a *communis opinio* das autoridades filosóficas lhe fundamentava. Platão, por exemplo, afirmava:

A melhor expiação é dolorosa, como todos os medicamentos efetivamente eficazes (são amargos): é aquela que arrasta as punições por meio da justiça associada à vingança, esta coroando com o exílio ou a morte; essa depuração, via de regra, afasta os maiores criminosos que são irrecuperáveis e causadores de sérios danos ao Estado. (1996, p. 211-2)

Este filósofo antigo, quiçá pela época em que vivia, foi demasiado radical, pois admitia o castigo letal até mesmo para crimes civis, qual seja a invasão de propriedades dos ricos.

Embora a opinião de Platão esteja munida de sentimento vingativo, outros o acompanharam em égide à pena de morte, mesmo que mais cautelosos. São Tomás, por exemplo, declarava com firmeza que o Estado era superior ao indivíduo, logo, se uma ação individual prejudicasse o coletivo, a penitência era legítima. Segue a síntese deste argumento da *Suma Teológica*:

Ora, cada pessoa considerada isoladamente coloca-se em relação à comunidade como uma parte em relação ao todo. Por conseguinte, se um homem constitui um perigo para a comunidade (...) é louvável e salutar matá-lo para salvar o bem comum. (BOBBIO, 2004, p. 186)

É de fácil entendimento que, para este expoente da escolástica, os direitos individuais são ínfimos e significam pouco para o funcionamento do Estado. Por este motivo, esta concepção orgânica do Estado é compreensível apenas ao mundo medieval, já que a modernidade ascende trazendo consigo o novo paradigma dos Direitos Humanos, o qual supervaloriza o ser humano como indivíduo singular.

Porém, algo como cinco séculos depois de São Tomás, Immanuel Kant também justificara a pena de morte, embora com outra estratégia. Segundo este filósofo (BOBBIO, 2004, p. 155), a gravidade da pena deve ser proporcional ao ato criminoso, ou seja, se alguém cometer certa infração penal, o castigo deve recair sobre si, tal qual praticara. Logo, é justo, ou pelo menos correto, que o homicida seja castigado com a

morte. Esta concepção retributiva do Direito faz uma leitura da famosa Lei de Talião, que possuía em sua essência a norma “olho por olho, dente por dente”.

Todavia, Kant (1979, p.70-1) também formulou a ideia de imperativo categórico, em seus *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, qual seja uma máxima que responde definitivamente como se deve comportar moralmente: “age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer que tua ação se torne lei universal”. Segundo este filósofo, tal mandamento não admite exceções em qualquer que seja a circunstância. Logo, de acordo com Bobbio (2004, p.191), não ser torturado ou escravizado são direitos absolutos, ou imperativos categóricos, pois são leis universais que não permitem exceções. Então, já que aquele autor iluminista admite a pena cabal, o direito à vida, para ele, não é absoluto. Assim, a norma “não matarás” não constitui um imperativo categórico, uma vez o Estado tem o poder de execução e, por isso, seria uma exceção.

Ainda admitindo as conclusões do pensador italiano citado, Kant, ao reconhecer exceções à norma “não matarás”, não são violados os direitos humanos, que, sem dúvida, abrangem o direito à vida. Isto acontece porque a qualidade essencial aos direitos humanos é que valham para todos, por isso são universais, e não que não aceitem exceções. Entretanto, é fácil notar que para garantir um direito absoluto (de acordo com Bobbio, não ser torturado ou escravizado) é necessário que o portador de direitos esteja vivo. Portanto, o direito à vida é anterior a qualquer outro direito e, por isso, deve ser reputado como absoluto.

A título de ilustração, a ambivalente Bíblia também revela o princípio “não matarás”, não obstante como mandamento. É curioso perceber, no entanto, que em vários outros momentos a pena de morte, aparentemente contrária ao mandamento, é justificada. Exemplifica-se: “o que ferir um homem querendo matá-lo, seja punido de morte” (Êxodo 21,12). Ou ainda: “o que ferir o seu pai ou sua mãe seja punido de morte” (Êxodo 21,15). Então, qual o caminho a seguir? A resposta é prescindível. O fato é que cada um dos lados – abolicionistas e defensores da pena – utilizam, conforme suas convicções, a autoridade da Bíblia em um ocidente basicamente cristão.

Longe da duplicidade argumentativa, Hegel (BOBBIO, 2004, p.171) é contundente em amparo à pena capital. Segundo este outro filósofo alemão, a pena de morte é um direito do réu, já que apenas o castigo anula a culpa. Logo, a punição serve como resgate da alma, e somente ela proporcionará o retorno do réu à racionalidade. De acordo com Edmund Mezger (1955, p.41), “no sistema de Hegel a pena é, igualmente, justa em si mesma, como lesão da lesão do direito, anulação do delito e reintegração do direito”.

O argumento de Hegel está visivelmente situado em um plano abstrato. Na prática, é difícil entender como o direito daquele não mais vive seja reintegrado. E mais, como é possível que o indivíduo, após sua morte, consiga voltar a ser racional. Por estes problemas de praticidade, a teoria de Hegel não serve para a contemporaneidade.

Outra crítica formulada com grande êxito às teorias retributivas ou comutativas é a noção de que a irreparabilidade é o que diferencia, substancialmente, os delitos penais dos civis. Segundo Luigi Ferrajoli (1977, p.245), “a pena - ao contrário do ressarcimento do dano - não pode ser considerada uma retribuição, nem uma reparação, nem uma reintegração”.

Estas filosofias antiabolicionistas, ainda que débeis, construíram um pensamento seguro que perdurou por vários séculos. Isto ocorreu exatamente porque foram formuladas por autoridades que nitidamente influenciam o meio intelectual. Não obstante, quando novas ideias surgiram acerca do tema, o paradigma das concepções de Estado orgânico e de justiça comutativa enfraqueceu *pari passu* ao surgimento do modelo teórico que aceitava o indivíduo como ser anterior ao Estado e, portanto, com direitos universais a serem resguardados de forma singular. Outras críticas, como a de Ferrajoli, também corroeram a ideia de retribuição no âmbito penal. Além disso, foram criadas teorias que incorporavam outros adjetivos ao sentido de Justiça, qual seja preventiva, ou relativa.

4 Princípio da utilidade e a dissuasão da pena

Como já mencionado, estas novas ideias, denominadas teorias relativas, que procuram justificar as penas a partir da noção de prevenção, oferecem a perspectiva de rompimento com a visão comutativa. O ponto de desencontro entre estes dois modelos configura-se quando é analisada a função da pena. Para os primeiros, basicamente a pena serviria para correção de um erro, ou até mais: para a reintegração dos direitos do réu. Desacreditando nesse pensamento, os novos teóricos creem que a pena deve intimidar outros criminosos em potencial. Portanto, ao invés de voltarem-se ao mal acontecido no passado (como defendia a visão kantiana e hegeliana), vinculam-se ao futuro.

Em verdade, Beccaria, considerado o primeiro a reclamar da aceitação da pena de morte, baseava-se em um pressuposto utilitarista, formulado por Jeremy Bentham. Segundo este pensador utilitarista (1979, p. 15), por princípio da utilidade,

Entendemos o princípio segundo o qual toda ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função de sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas pela ação. (...) Designamos por utilidade a tendência de alguma coisa em alcançar o bem-estar, o bem, o belo, a felicidade, as vantagens, etc.

Como já percebido, o utilitarismo possui em sua essência a noção de função. Aplicando este pressuposto ao Direito Penal, a pena deve almejar a uma utilidade posterior a sua aplicação. Acrescenta-se: tal aplicação deve trazer benevolências ao maior número possível de pessoas. Logo, aquela concepção retributiva do Direito, que traz conseqüências apenas ao criminoso, é falsa, uma vez que se encerra na figura do delituoso, não focalizando uma utilidade futura.

Cesare Beccaria (BOBBIO, 2004, p.168-9), por exemplo, designou a prevenção de novos crimes como a função mais coerente da aplicação de uma pena. Para tanto, questionou o poder dissuasório da pena de morte e argumentou que a extensão da pena possui um poder de intimidação maior que a sua intensidade, ou seja, a certeza da prisão perpétua é mais coerciva que a pena capital.

Thomas Hobbes, um século antes de Beccaria, já havia mencionado a ideia da utilização da pena voltada para o futuro, sem, contudo, citar explicitamente a pena de morte:

Ao ameaçar com penas, não há que preocupar-se com o mal já passado, senão com o bem futuro; ou seja: não é lícito infligir penas se não for com o fim de corrigir o pecador e melhorar os demais com a advertência da pena aplicada... A vingança, não estando orientada para o futuro e nascida do orgulho é um ato contra a razão. (FERRAJOLI, 1977, p.259)

Aqueles que estimam o rigor ético de Kant avaliam esta teoria relativa como imoral, já que utiliza o homem como estratégia para se obter determinado fim, quando este deveria sê-lo.

Ainda sim, os questionadores do castigo fatal fundamentaram seus argumentos, sobretudo, na noção do poder dissuasório da pena. Entretanto, esta aparenta ser uma base argumentativa movediça, pois não há como se mensurar a intimidação da pena.

Além disso, outras debilidades povoam esta linha de raciocínio. Segundo Roper (1954, p.103), que estudou durante 35 anos o serviço médico das prisões britânicas,

A dissuasão não é de maneira alguma algo tão simples como alguns creem (...). Os assassinos, em grande maioria, estão tão tensos no momento do crime que são insensíveis às conseqüências que sua ação pode lhes acarretar; outros conseguem convencer-se de que poderão se livrar delas.

Basicamente, a intenção de Roper é mostrar que, no momento do ato delituoso, o assassino, em esmagadora maioria das vezes, está sob efeito de emoções ou até mesmo de drogas e, por isso, não pensa antes do cometê-lo. Logo, o argumento do poder de intimidação, defendido pelos abolicionistas, mostra-se frágil, pois freqüentemente o criminoso sequer lembra-se da pena no instante do crime.

Entendidas as insuficiências das teorias mencionadas para o modelo contemporâneo, chegamos ao ponto-chave deste trabalho: a pena de morte como uma oposição excludente de direitos fundamentais.

5 Colisão de direitos fundamentais: vida e ou liberdade e segurança?

Na Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, *caput*, o direito à vida é o primeiro de um enumerado de direitos a ser consagrado. Reza o texto constitucional que a todos, sem distinção de qualquer natureza, é garantida a inviolabilidade deste bem fundamental. O mesmo diploma normativo, em seu art. 6º, *caput*, assenta também como valor básico a segurança. E mais: declara como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, nos termos do art. 3º, I.

Sem dúvida alguma, tais direitos constitucionais podem coexistir pacificamente em inúmeras situações. É difícil visualizar, contudo, estas possibilidades quando se debate a pena capital, haja vista que estão em rota de colisão os direitos citados no parágrafo anterior: a vida do sentenciado *versus* a liberdade e a segurança da sociedade. Quando se confirma a pena para o criminoso, viola-se o primeiro bem constitucional; quando se permite nova tentativa de reabilitação de um perigoso delinqüente que já frustrou várias outras, assume-se o risco da supressão dos últimos direitos citados.

Em detalhes, conjectura-se que a aplicação da pena de morte estrói ferozmente o direito absoluto (mesmo que negado por Bobbio) à vida porque, além de ser declarada expressamente sua inviolabilidade, todos os procedimentos deste tipo de pena são cruéis e desumanos. Ora, a força, pela qual se submete seres humanos, nada mais é que um desastroso agravo do pau de arara, considerado fatidicamente um ato de tortura; as cargas elétricas da famigerada cadeira são demasiadamente mais potentes do que os choques elétricos que torturam um prisioneiro; ou ainda, afligir alguém com uma arma apontada ou com substâncias que provoquem sofrimento, apesar de serem, evidentemente, métodos de tortura, é menos grave do que posicioná-lo frente a um pelotão de fuzilamento ou aplicar-lhe uma injeção letal.

Por outro lado, se a abolição da pena for confirmada, em alguns casos (como, por exemplo, a libertação de um assassino que cometeu atrocidades) a liberdade e a segurança da sociedade serão depreciadas. A hipótese do prejuízo à segurança é bem

mais simples de compreender, pois é fácil imaginar que um criminoso “mal curado” de suas falhas (o que não é tão raro) pode a qualquer momento voltar a cometer atos nocivos à sociedade. No entanto, para entender o arruinamento da liberdade da sociedade, ocasionada pelo livramento de alguns condenáveis perversos, é preciso analisar uma redefinição do conceito de liberdade:

Hoje, quando dizemos que o ser humano é livre ou deve ser protegido e favorecido na expansão da sua liberdade, entende-se (...) que todo ser humano deve ter alguma esfera de atividade pessoal protegida contra as ingerências de qualquer poder externo. (BOBBIO, 2000, p.490).

Nota-se que a criminalidade, repetidamente viva, pode configurar-se como um poder externo (e até paralelo ao estatal) que intervenha na esfera da atividade pessoal dos cidadãos, uma vez o sentimento de medo inibe determinados atos da vida social, como, por exemplo, o fechamento de comércios em bairros aterrorizados pela delinquência citada. Logo, o direito fundamental à liberdade, entendida por esta concepção bobbiana, estaria seriamente comprometido.

6 Conclusão

Diante do terreno inseguro das obsoletas concepções apresentadas e refutadas, é de fundamental relevância deslocar o debate atual sobre a pena de morte para o campo dos Direitos do Homem, uma vez que é vivenciado, mais do que nunca, este paradigma.

Quando se aceita este caminho, percebe-se, logo no primeiro instante, grande controversa. A questão levantada neste ensaio situou basicamente tal dilema: ao analisar a abolição/introdução da pena cabal, o Estado deve primar pelos direitos fundamentais do réu (direito à vida) ou da sociedade (direito à liberdade e à segurança)?

Estamos, portanto, frente a um complexo dilema, pois estão em embate princípios de igual valor jurídico, uma vez que, além de assentados pelo texto constitucional brasileiro, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é taxativa ao

afirmar que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança da própria pessoa” (BOBBIO, 2000, p.498).

Dessa forma, na a ânsia de inserir definitivamente este debate no vigente paradigma dos direitos fundamentais e solucionar as questões levantadas, é necessário, de fato, que se levantem presunções que discutam o conflito de direitos apresentado neste ensaio, ao passo que se olvidem das teorias ultrapassadas também mencionadas no trabalho.

Referências

BANCO DE DADOS FOLHA. **Executados os Rosenberg**. Acervo Online. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/mundo_20jun1953.htm>. Acesso em: 5 de Abril de 2010.

BENTHAM, J. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Kings Cross Publicações, 2006. Edição de Promessas.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____, **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal**. Madrid; Editorial Trotta, 1977.

IHERING, R. V. **A luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

KANT, I. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1979.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Madri: Revista de Derecho Privado, trad. Rodrigues Muñoz, vol. I, 1955.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira.

ROPER, W. F. **Murderes in Custody**. Londres: The Hanging Question, Louis Blom-Cooper, Duckworth, 1954.

