



**MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
DECE_x - DEE - DEPA
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DO EXÉRCITO E COLÉGIO MILITAR DE
SALVADOR**

1º Ten Al VICTOR MELO FABRÍCIO DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA PENA CAPITAL NO DIREITO PENAL MILITAR
FRENTE AO DIREITO À VIDA DO APENADO**

**Salvador
2009**

1º Ten Al VICTOR MELO FABRÍCIO DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA PENA CAPITAL NO DIREITO PENAL MILITAR
FRENTE AO DIREITO À VIDA DO APENADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Formação de Oficiais do Quadro Complementar da Escola de Administração do Exército, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares.

Orientador: 1º Ten QCO Wladimir Estevam

**Salvador
2009**

1º Ten Al VICTOR MELO FABRÍCIO DA SILVA

**A APLICABILIDADE DA PENA CAPITAL NO DIREITO PENAL MILITAR
FRENTE AO DIREITO À VIDA DO APENADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Comissão de Avaliação de Trabalhos Científicos da Divisão de Ensino da Escola de Administração do Exército, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares.

Aprovado em: 30 de outubro de 2009

ANDRÉ BOU KHATER PIRES - Cap - Presidente
Escola de Administração do Exército

CARLOS EDUARDO ARRUDA DE SOUZA – Cap - 1º Membro
Escola de Administração do Exército

WLADIMIR ESTEVAM - 1º Ten - 2º Membro
Escola de Administração do Exército

*Este trabalho é dedicado à minha
Esposa Andréia e nossa filha Ádria, que
compartilham este sonho comigo já há
algum tempo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a meu Pai, José Paulo, que infelizmente não poderá ler este trabalho, mas que certamente de onde está contribuiu para o mesmo.

Ao meu orientador, 1º Ten QCO Wladimir Estevam, por todo o apoio e orientação a mim dispensados.

Por fim, agradeço aos militares e civis que contribuíram de forma ativa neste trabalho, por meio dos questionários respondidos, orientações e sugestões concedidas.

RESUMO

Nossa Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, a pena de morte somente em tempo de guerra, segundo os dispositivos constantes em lei específica, que é o Código Penal Militar brasileiro. Tal modalidade de pena, ainda que tenha previsão legal, é considerada polêmica por alguns, por ser, segundo alegam, atentatória à dignidade da pessoa humana, em especial o direito à vida, já que trata da extinção de um ser humano, apesar de obedecer a todos os princípios inerentes ao devido processo legal. Por outro lado, a previsão constitucional e legal da pena capital em situação de guerra declarada, tem por objetivo maior resguardar os interesses da Nação diante de crimes cometidos em estado de beligerância que podem comprometer verdadeiramente as operações de guerra, como, por exemplo, a traição e a covardia. O debate que ora se propõe tem por escopo confrontar o interesse coletivo de uma soberania de manter-se íntegra e forte com seus valores militares preservados em situações conflituosas, diante de crimes extremos que efetivamente reclamem a pena capital como solução, com o interesse individual do infrator de guerra de manter-se vivo após ter maculado sua Nação pela prática de atos atentatórios à sua integridade, tudo em nome do direito à vida, parte importante dos chamados Direitos Humanos. O presente trabalho tem por objetivo discutir o tema sob o enfoque da legitimidade, ou seja, contextualizar a pena de morte em casos de guerra declarada frente às novas concepções dos Direitos Humanos, em especial o direito à vida, levantando posicionamentos acerca do acatamento social contemporâneo sobre o assunto. A metodologia aplicada foi a realização de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias e utilizando a observação direta extensiva realizada por meio de um questionário aplicado em indivíduos inseridos nos públicos civil e militar, com o intuito de aferir esta legitimidade. A pesquisa foi concluída adotando-se uma posição, mas reconhecendo a necessidade de um maior aprofundamento sobre o tema.

Palavras-chave: Pena de Morte. Tempo de Guerra. Legitimidade. Direito à vida.

ABSTRACT

The 1988 Brazilian Federal Constitution provides in its art. 5, XLVII, point "a", the death penalty in wartime only, according to the Brazilian military penal code. This penalty, despite being in law, is regarded as provocative by some, once it is considered to be threatening to human dignity, in particular the life right, since it deals with the extinction of a human being, even after following all the principles from the legal process. On the other hand, the constitutional and legal prevision of capital punishment in declared war situation has the purpose of to protecting the interests of the nation in towards crimes committed in a state of war, which could truly jeopardize war operations, for example, betrayal and cowardice. The proposed debate has the objective of confronting the collective interest of a sovereignty to remain strong and with its military values preserved in situations of conflict, extreme crimes that actually require capital punishment as a solution, with the violator individual interest to remain alive after tinging his nation by circulation of acts against its integrity, everything on behalf of life right, a significant part of the so called human rights. This work aims to discuss the issue under the focus of legitimacy, contextualizing the death penalty in cases of declared war before the new concepts of human rights, in especially the life right, raising a question about contemporary social aspect on the subject. The applied methodology was the completion of secondary sources bibliographical research, and using the extensive observation carried out through a questionnaire applied to civilian and military people, in order to assess this legitimacy. The research was completed by adopting a position, but recognizing the need for a deeper approach about it.

Key-words: Death penalty. Wartime. Legitimacy. Life right.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL	11
	2.1 Breve histórico.....	11
	2.2 Previsão na atual Constituição.....	13
	2.3 Referências da legislação ordinária.....	13
	2.4 Da execução da pena de morte.....	15
3	DA EFICÁCIA ATUAL DA PENA DE MORTE FRENTE À DIGNIDADE HUMANA DO CONDENADO	17
	3.1 Eficácia e Legitimidade.....	17
	3.2 A polêmica – pena de morte e a dignidade da pessoa humana.....	18
	3.3 A dignidade da pessoa humana.....	19
	3.4 Pressupostos para aplicação da pena de morte.....	21
4	DA PESQUISA DE CAMPO SOBRE A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL NO BRASIL EM TEMPO DE GUERRA	23
5	CONCLUSÃO	27
	REFERÊNCIAS	33
	APÊNDICE A – Questionário aplicado ao meio militar	35
	APÊNDICE B – Questionário aplicado ao meio civil	39
	APÊNDICE C – Termo de Consentimento	43

1 INTRODUÇÃO

Cabe-nos ressaltar a importância do tema abordado e sua relevância não só jurídica como social, por tratar da possibilidade da extinção da vida de um ser humano, com amparo na lei penal militar e na Constituição.

Sob enfoque jurídico, cumpre-nos observar que à exceção daqueles profissionais que atuam na área da Justiça Militar e aqueles que labutam efetivamente fardados dentro de nossos quartéis, poucos têm conhecimento ou interesse nas peculiaridades da Legislação Militar, principalmente na esfera Penal.

Socialmente falando, não é raro depararmos com pessoas por vezes com certo grau de instrução, que ignoram a previsão constitucional da pena de morte para os casos de guerra declarada. Dentre aqueles que conhecem a letra da lei as opiniões divergem em dois aspectos: há os que compreendem a necessidade da pena capital como resposta estatal extrema a crimes praticados em situação bélica, tutelando-se a integridade e os valores necessários à manutenção de uma força soberana, e há os que entendem que nem o estado excepcional de guerra legitimaria a violação da vida, direito primeiro de todo ser humano e que baliza toda a teoria da dignidade e dos valores inerentes à pessoa.

Neste trabalho nesta dissertação buscamos discutir o direito estatal de aplicar a pena de morte dentro do devido processo legal frente ao direito à vida do condenado, considerando-se as novas concepções dos Direitos Humanos.

Diante dessas novas concepções e, tendo em vista os dispositivos que preveem a pena de morte em nosso País não terem uma aplicabilidade imediata, devido à possibilidade remota de entrarmos em guerra, não há o risco dessas normas serem consideradas inaplicáveis e perecerem com o passar do tempo?

Nesse ínterim, a sociedade brasileira estaria em condições de aceitar como legítima a execução de um cidadão, desprezando seu direito à vida assegurado constitucionalmente?

Complementando a discussão acerca do referido tema, diante de sua relevância jurídica e social, procuramos também neste trabalho cumprir a missão de levá-lo ao conhecimento dos cidadãos de uma forma geral, sejam eles atuantes na seara jurídica ou não, para que tenham conhecimento pleno da função primordial de nosso Exército e a legislação que o abrange, pois dentre suas diversas missões desempenhadas em prol de exercer a efetiva proteção de nossa soberania e de nossa Constituição Federal, sobressai principalmente à missão formadora que envolve o material mais importante que adentra os quartéis das Forças

Armadas: o elemento humano, representado por esses jovens inexperientes e assustados, ansiosos e deslumbrados com as novas descobertas da vida militar e que, caso sejam empregados efetivamente em operações militares em tempo de guerra, devem estar cientes das complicações legais que envolvem suas próprias vidas.

Ao jurar defender a pátria com o sacrifício da própria vida, se preciso for, muitos não têm ciência da importância de tal compromisso. E, caso violem, em situação de conflito, determinados dispositivos da legislação penal militar a que estarão submetidos, certamente isto lhes custará a vida.

Ainda que nosso País seja eminentemente pacífico, devemos estar aptos a nos defender de inimigos externos, quem quer que seja, e o militar deve estar ciente das penalidades a que está sujeito em virtude de sua profissão.

Mas, como observamos no decorrer deste trabalho, não é somente o militar que fica sujeito à pena capital em caso de guerra declarada, pois o civil também o é. E muitos cidadãos desconhecem este fato, ainda que sua aplicação tenha previsão em nossa Carta Magna e na legislação ordinária.

Para atingir este objetivo dissertamos acerca da aplicação da pena de morte em nosso País, iniciando com um breve histórico, onde pudemos observar que tal pena já fora aplicada no Brasil, pois que amparada em constituições anteriores, passando à sua previsão na atual Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Encerrando o capítulo, procuramos dar uma idéia de como seria a execução da pena capital, conforme a previsão do legislador.

A seguir, tratamos dos conceitos de eficácia e legitimidade trazidos pela doutrina, passando-se à polêmica sempre presente quando se trata da questão da pena de morte *versus* a dignidade da pessoa humana, trazendo ainda ao final desta etapa os pressupostos para uma possível aplicação desse tipo de pena.

No capítulo seguinte discorreremos acerca da pesquisa de campo realizada, analisando os questionários respondidos pelos públicos civil e militar, nos quais pudemos observar os posicionamentos acerca do tema, que serviram de base para nossa conclusão ao final.

A metodologia aplicada para a efetivação da pesquisa e catalização do pensamento social foi desenvolvida mediante a realização de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias e utilizando a observação direta extensiva realizada por meio de um questionário aplicado aos operadores do Direito inseridos nos públicos civil e militar, a fim de verificar seu posicionamento acerca da legitimidade da aplicação da pena de morte no Brasil, em tempo de guerra, já que sua legalidade é notória.

Este trabalho teve por fim maior impulsionar e incentivar discussões sobre o tema, inexistindo qualquer pretensão de esgotamento do assunto.

2 A APLICAÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL

Durante o período colonial vigorou a previsão da pena de morte, mas sua eficácia foi bastante discutida devido a possibilidade de sua aplicação a inocentes.

Desta forma, trataremos neste capítulo acerca da aplicação da pena capital em nosso País, desde um breve histórico até sua previsão legal.

2.1 Breve histórico

Tal modalidade de pena foi trazida de Portugal pelo Capitão Martim Afonso, sendo imposta pelo arbítrio dos capitães lusos até o ano de 1530, sendo ratificada sua vigência pelo Decreto de 20 de setembro de 1823, por meio das Ordenações Filipinas, que era a legislação portuguesa colonial.

Entretanto, diante da dúvida quanto à sua eficácia, devido à possibilidade de ser aplicada a inocentes, seria revogada pela Constituição de 1891, com a ressalva da legislação militar em tempo de guerra (art. 72, § 21). Durante sua vigência, porém, ocorreram alguns erros judiciários.

Um desses casos de erro judiciário nos é contado por Marchi (2008), no qual o fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, da localidade de Macabu, ao norte da então Província do Rio de Janeiro, foi injustamente acusado nos idos de 1852, julgado e condenado à morte, sendo enforcado em 1855. Sua inocência se revelaria pouco depois, fazendo com que o Imperador Pedro II, por consciência, passasse a atender aos pedidos de graça feitos pelos condenados à morte a partir de então, o que veio a ser o primeiro passo para a extinção da pena de morte para o tempo de paz, em nosso País, ainda que temporariamente, como veremos adiante.

Assim, a Constituição de 1891, como já exposto acima, deixaria de admitir a Pena Capital, exceção feita às disposições da legislação militar em tempo de guerra, sendo ressalvada pela Carta de 1934 a admissibilidade em tempo de guerra com país estrangeiro.

Já na Carta de 1937 a Pena Capital é revigorada, inclusive para o tempo de paz, sendo facultado ao legislador ordinário prescrever tal pena para crimes expressamente mencionados

no seu art. 122, 13). Destacamos o “*homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade*”, constante na letra f) do citado dispositivo.

No ano seguinte, em 1938, por meio da Emenda Constitucional 1, de 16 de maio de 1938, deixa de ser facultativa a pena capital, passando a ser obrigatória, sendo aplicada ao delito de homicídio com a circunstância do motivo fútil, ou com extremos de perversidade. Entretanto, o Código Penal de 1940 e o Código Penal Militar de 1944 não a prescreveram para o tempo de paz.

Nessa época, durante a 2ª guerra mundial, houve a condenação à morte de soldados nacionais pela Justiça Militar brasileira. Tais militares violentaram uma moça na campanha da Itália, deflorando-a e matando seu avô para que este não a defendesse. Foram julgados pela 2ª Auditoria junto à 1ª Divisão de Infantaria Expedicionária, da Força Expedicionária Brasileira – FEB, ainda naquele País. Na apelação feita ao Conselho Supremo de Justiça Militar (criado pelo Decreto-Lei 6.396, de 01 de abril de 1944) manteve-se a decisão anterior, por não ter sido encontrada nenhuma atenuante que pudesse minorar a situação dos réus. No entanto a pena não chegou a ser executada, pois o Presidente Getúlio Vargas comutou a pena para 30 anos de reclusão.

Já a Constituição de 1967, no § 11 de seu art. 150, previa a pena de morte também em tempo de paz, com a alteração feita pelo Ato Institucional n. 14, de 5 de setembro de 1969. Tal previsão foi acolhida pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, presente no § 11 de seu art. 153. Como consequência, a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 898, de 29 de setembro de 1969) foi alterada para prever também a pena capital em tempo de paz.

Neste panorama, nos idos de 1970, houve na Justiça Militar brasileira uma condenação à pena de morte em tempo de paz, por crime contra a Segurança Nacional (Decreto-Lei 898/69, art. 33§§ 1º e 2º, c.c. Código Penal Militar, arts. 53 e 79). No caso em tela, o Réu, menor de 21 anos, foi condenado pelo Conselho Especial de Justiça da Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar (Bahia) em 18 de março de 1971, por ter cometido homicídio contra um Sargento da Aeronáutica e por ferir o motorista da viatura, durante uma investigação a células clandestinas de subversão. Apelou o réu ao Superior Tribunal Militar, tendo reduzida sua pena para prisão perpétua, em face de sua menoridade e primariedade, em sessão datada de 14 de junho de 1971 (STM – Ap. 38.590 – BA – Rel. Min Dr. Amarílio Lopes Salgado, sessão de 14.06.1971).

2.2 Previsão na atual Constituição

A aplicação da pena de morte em nosso País em tempo de guerra não é alvo de discussões em seu aspecto legal, já que possui todo um supedâneo jurídico, como veremos adiante.

Seu embasamento inicia na própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), passando pelo Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar e outros diplomas esparsos, sendo plenamente eficaz em caso de guerra declarada, como dispõe o Art. 5º, Inc XLVII. , letra a da Carta Magna.

Prevê nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 84, XIX, que é competência privativa do Presidente da República declarar guerra em caso de agressão estrangeira, mediante autorização do Congresso Nacional ou referendado por este. Cabe também ao Presidente decretar, nas mesmas condições a mobilização nacional.

Por outro lado, caberá também ao Presidente da República a comutação da pena de morte (art. 84, XII da CF) para a pena de reclusão por trinta anos, já que em nosso ordenamento jurídico não há, atualmente, a prisão perpétua.

2.3 Referências da legislação ordinária

Cuidaremos a seguir de alguns conceitos importantes para a aplicação da pena capital, delimitados pela doutrina e pela legislação ordinária, a fim de tratarmos mais facilmente de sua previsão infraconstitucional.

A *declaração de guerra*, segundo Soibelman (1981, p. 109), é a “Comunicação de um Estado a outro, declarando a existência do estado de guerra entre ambos”.

Já o *estado de guerra*, segundo o mesmo autor (p. 154), é a “Iminência de conflito armado entre dois ou mais países, sendo *Teatro da Guerra* (p. 341) a “Região em que se desenvolvem as operações de guerra”.

O *tempo de guerra*, segundo o art. 15 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969 a), é o período delimitado pelo momento da declaração ou reconhecimento do estado de guerra, ou o decreto de mobilização (se nele estiver compreendido esse reconhecimento) até o momento em que for ordenada a cessação das hostilidades.

No art. 709 do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969 b), observamos que a expressão “Forças em Operação de Guerra”, inclui “*qualquer força naval, terrestre ou aérea, desde o momento de seu deslocamento para o teatro de operações até o seu regresso, ainda que cessadas as hostilidades*”. Logo, a partir do deslocamento para a área efetiva de conflito, caso externa ao País, já se aplica o termo “tempo de guerra”. Caso o conflito seja em nosso território, a aplicação será desde já.

Há ainda legislação mais recente, a Lei 8.457, de 04 de setembro de 1992 (BRASIL, 1992, não paginado), que organizou a Justiça Militar da União, onde prevê-se em seu art. 90, parágrafo único, que “*o agente é considerado em operações militares desde o momento de seu deslocamento para o teatro de operações ou para o território estrangeiro ocupado*”.

Retomando nosso Código Penal Militar, se observarmos os delitos tipificados em seu Livro II, poderemos observar que tais violações, caso ocorram, são de tal monta, que causariam enorme prejuízo moral naqueles que optaram por atender ao chamado da Pátria, na ocasião de conflito, e juraram honrar e respeitar nosso ordenamento jurídico, nossa Constituição e por consequência todo o conjunto de fatores que nos conduzem ao Estado Democrático de Direito em que vivemos. Trata-se da violação das obrigações e deveres militares, posto que estaríamos em situação de conflito, com emprego efetivo de nossas Forças Armadas em defesa do País.

O Estatuto dos Militares (BRASIL, 1980) define alguns conceitos que são importantes para o esclarecimento deste vínculo obrigacional do soldado com a Pátria, que se violados em casos extremos podem fazer custar sua própria vida. São eles: As obrigações militares constantes de seu art. 27, que tratam das manifestações essenciais do *Valor Militar* e em seus arts. 28 a 30 encontramos a *Ética Militar*; já os deveres militares são encontrados em seus arts. 31 a 41.

O Valor Militar inclui predicados como *o Patriotismo*, traduzido na vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida, *o Civismo e o culto das tradições históricas, a Fé na Missão elevada das Forças Armadas, o espírito de corpo*, traduzido como “o orgulho do militar pela organização onde serve”, *o amor à profissão das Armas e o entusiasmo com que é exercida e o aprimoramento técnico-profissional*.

A *Ética Militar* traduz-se numa gama de preceitos impostos ao militar pelo sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe, através da conduta moral e profissional irrepreensíveis. Estes preceitos estão dispostos nos 19 (dezenove) incisos do art. 28 da referida lei.

Já os deveres militares ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, através de vínculos racionais e morais, como se descreve no art. 31 do Estatuto. Em seus seis incisos estão compreendidos estes deveres (BRASIL, 1980, não paginado):

[...]

os deveres militares... compreendem, essencialmente:

- I – a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;
- II – o culto aos Símbolos Nacionais;
- III – a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
- IV – a disciplina e o respeito à hierarquia;
- V – o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
- VI – a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Analisando abstratamente o exposto acima, há de se concordar que a violação dessas obrigações e deveres, em caso de guerra declarada, demonstraria não haver neste infrator a presença destes predicados, podendo até ser considerado um descaso ou até mesmo desprezo a tudo o que sentimos e acreditamos como cidadãos e principalmente como militares, em relação à nossa Nação e aos nossos compatriotas, e tudo o que esse conjunto representa.

Ressaltamos, todavia, que não apenas os militares, mas também os civis que cometem alguns crimes em tempo de guerra declarada estão sujeitos à aplicação da pena de morte. A relação aqui, no entanto, não se fundamenta da mesma forma, mas sim na obrigação que possuem todos os nacionais para manutenção íntegra de sua Nação. Civis que praticam crimes cuja tipicidade secundária preveja a pena capital para os casos de guerra declarada, quebram este pacto social e estarão sujeitos à perda da própria vida.

2.4 Da execução da pena de morte

Conforme prevê o art. 56 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969 a), a pena de morte é executada por fuzilamento. É uma forma de se dar uma maior dignidade ao condenado na hora de sua morte.

Segundo o art. 707 do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969 b), o condenado militar será conduzido ao local do fuzilamento vestindo uniforme comum e sem insígnias, tendo seus olhos vendados, salvo se o recusar na hora em que for receber as descargas. As vozes de fogo são substituídas por sinais. Já o civil ou assemelhado é executado

nas mesmas condições, exceto quanto ao uniforme, devendo deixar a prisão “decentemente vestido”. A execução só poderá ocorrer sete dias após a comunicação, da sentença com trânsito em julgado, ao Presidente da República.

Tal exigência, constante do art. 57 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) e do § 3º do art. 707 do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969), se faz necessária devido à competência exclusiva daquela autoridade, conforme prevê o art. 84, XII da CF, em conceder indulto e comutar penas, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação. Há porém a ressalva de que poderá ser imediatamente executada a pena, caso seja considerada fundamental para a manutenção da ordem e disciplina das tropas que estejam sendo empregadas efetivamente em operações de guerra. Assim, num caso extremo de *covardia qualificada* (art. 364), de *traição* (art. 355) ou *deserção em presença do inimigo* (art. 392), todos constantes do Livro II do Código Penal Militar, onde a moral, a disciplina da tropa e a manutenção da ordem estejam ameaçadas por presenciarem tais violações no teatro de operações, tal pena será executada de imediato, respeitando-se, obviamente, o devido processo legal.

3 DA EFICÁCIA ATUAL DA PENA DE MORTE FRENTE À DIGNIDADE HUMANA DO CONDENADO

Neste capítulo discorreremos sobre a problemática da eficácia da pena de morte nos dias de hoje em nosso País, demonstrando seu conceito e o de legitimidade, bem como tratando também da polêmica existente entre sua aplicação frente ao direito à vida do condenado. Por fim, apresentaremos alguns pressupostos que seriam necessários em caso de guerra declarada para a aplicação desse tipo de pena.

3.1 Eficácia e Legitimidade

Segundo Soibelman (1981, p. 142), eficácia, em sentido genérico, significa validade ou vigência. Além dessa definição, o renomado jurista traz ainda o sentido que interessa à Sociologia do Direito (p. 421), que “é o efeito real, prático, da norma jurídica na sociedade”, remetendo-nos aos conceitos de *validade e eficácia do direito* (p. 363):

Para Kelsen, validez é o dever ser do direito e a eficácia o ser. Legaz e Lacambra distingue três sentidos de validade: a) o que é exigível e obrigatório sob o ponto de vista ético (validez filosófica); b) como fenômeno social, comportando-se os homens de acordo com os seus preceitos (validez fática ou sociológica do direito, equivalendo a eficácia); c) que obriga todos independentemente de seu conteúdo ético, pelo simples fato de ter sido estabelecido como direito, de acordo com as formalidades do sistema legal a que pertence (vigência do direito, legalidade do direito).

Neste trabalho adotaremos a definição sociológica, por entendermos ser a sociedade o seu destinatário final e porque nos propomos a discutir o tema sob este enfoque.

Eficácia seria, então, o acatamento social de uma norma posta pelo Estado, ou seja, os efeitos e a aceitação que uma norma jurídica tem perante aquela sociedade a quem é dirigida. Uma norma pode ser válida, uma vez que foi produzida conforme o devido processo legislativo, mas não ser acatada pela sociedade por não reluzir efetivamente o seu pensamento.

A norma que é válida e eficaz é dita legítima, uma vez que produz todos os efeitos a que se propôs. Segundo Franco (2006, p. 396), “Legitimidade do direito é a circunstância de o Direito ter o apoio de todos, de ser estabelecido, pelos procedimentos tradicionais ou de

acordo com as normas para sua elaboração”. Assim, acompanhando o posicionamento do nobre jurista, a legitimidade seria o fato da sociedade aceitar a norma como válida, e não somente obedecê-la por estar a mesma prevista em lei. Seria aceitar essa norma como verdadeira, pura.

Como sabemos, algumas normas surgem na sociedade derivadas dos costumes. Por outro lado, com o passar do tempo, algumas dessas normas vão perdendo sua eficácia, pelo seu desuso. É o caso, por exemplo, dos artigos 217 (sedução) e 240 (adulterio) ambos do Código Penal, revogados pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005, após tantos anos de inaplicabilidade ao caso concreto, diante das novas concepções da sociedade através dos tempos. Tais normas, apesar de sua previsão legal, já não eram aplicáveis à sociedade padecendo, portanto, de *eficácia*, não sendo igualmente consideradas *legítimas* pela sociedade atual, pois a mesma já não recorria a esses dispositivos na solução de seus conflitos.

O que se discute neste trabalho não é a validade da norma que dispõe sobre a pena de morte, visto que tanto a Constituição, como o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar seguiram o processo legislativo específico. O que se levanta para debate aqui é justamente a eficácia, ou seja, o acatamento social necessário para atribuir legitimidade à norma no caso de uma suposta aplicação da pena de morte.

3.2 A polêmica – pena de morte e a dignidade da pessoa humana

Quando se fala em aplicação de penas mais severas, sempre há uma polêmica que a envolve, seus prós e contras. As opiniões variam de acordo com o momento social da época.

Quanto à pena de morte então, surgem vários argumentos e várias opiniões. Entre elas, destacamos as seguintes, trazidas por Barreto (1998, p. 43), segundo o qual para alguns religiosos “a vida humana é um dom divino, não estando sujeita à vontade dos homens”. O mandamento “não matarás”, encontrado no Decálogo da Lei de Moisés é sempre citado como empecilho à pena de morte.

Já nos argumentos despendidos pelos defensores ferrenhos dos Direitos Humanos, ouvimos dizer que a vida de qualquer ser humano é intangível, ou ainda que a pena de morte pode ser substituída por penas detentivas de longa duração. Isso porque a pena de morte seria contrária aos direitos humanos.

Fala-se ainda que o Estado, através de seu ordenamento jurídico proíbe o homicídio, não podendo esse mesmo Estado desrespeitar o que está proibido.

Outro argumento trata do erro judiciário, já que em caso de condenação à morte, não poderia ser reparado, porque a vida não pode ser devolvida nem substituída.

Como vamos observar adiante, quando se trata da aplicação de tal pena em tempo de guerra a polêmica não é diferente, entretanto o motivo é o mesmo: o que caracteriza a gravidade de um crime de forma geral é a intensidade da reprovação social, que varia conforme a sociedade o encara naquele momento. No caso do crime militar, trata-se do tipo de reprovação alcançada dentro do organismo militar e fora dele, diante de tudo o que a carreira das armas representa para seus integrantes e para a sociedade, seja em tempo de paz ou tempo de guerra. É claro que em tempo de guerra, com vidas em jogo, essa reprovação é exacerbada, e com razão, como poderemos observar no decorrer deste trabalho.

Segundo Nunes (2009, p. 70), “o Estado, legítimo representante da segurança das pessoas, não pode – por maior força e razão – ele mesmo praticar o ato ignóbil: não pode tirar a vida de alguém.”

Entretanto o citado autor, ferrenho defensor da ineficácia da pena de morte e da dignidade da pessoa humana (principalmente o direito à vida), quando trata do caso de guerra declarada, considera legítima sua aplicação diante de sua previsão constitucional.

Já Bonavides (1992, p. 12, *apud* Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 1997, p. 104), declara que “Até mesmo a exceção – pena de morte em caso de guerra – é constitucionalmente frágil...”

O renomado autor firma tal argumento, decretando uma possível inconstitucionalidade do inciso XLVII do art. 5º da Carta Magna, mesmo em tempo de guerra, agarrando-se em outros de seus dispositivos, como no inciso III do art. 1º (Dignidade da Pessoa Humana), no caput do art. 5º (inviolabilidade do direito à vida) e no inciso IV do § 4º do art. 60 (inalterabilidade da tutela constitucional dos direitos e garantias individuais).

3.3 A dignidade da pessoa humana

Quanto à dignidade da pessoa humana, é unânime que não deve ser possível falar em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Segundo Nunes (2009, p. 47) “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.

Logo, o termo dignidade divide-se em pelo menos dois aspectos análogos e ao mesmo tempo distintos: aquele que é inerente à pessoa, como ser humano que é; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm de viver uma vida digna.

Para Moraes (2006, p. 30), “ a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.”

Assim, para se usufruir do direito à vida em sua magnitude, devem-se assegurar concretamente os direitos sociais previstos no art. 6º de nossa Constituição Federal, que por sua vez está ligada ao seu art. 225. Esses dispositivos nos trazem como direitos sociais a educação, a saúde o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Acrescentamos ainda os demais direitos fundamentais, como o a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra etc.

A par de todos esses direitos, há ainda o direito de todos como Nação. Assim, todo cidadão brasileiro tem o direito de ser livre em um País soberano e de usufruir de seus direitos citados acima, desde que esse gozo não ofenda os direitos de outrem.

Desta forma o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, é obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Caso necessário, ele tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania.

Segundo Nunes (2009, p. 55), “a dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser uma pessoa.”

Poderíamos dizer ainda que a dignidade humana traduz-se no conceito de “digno” que possui o homem vivendo em sociedade, sentimento este advindo de uma série de fatores elencados por essa mesma sociedade. Logo, não é um sentimento só dele, mas também de todo o grupo, seja para si, seja para o outro.

Fazendo um paralelo entre a dignidade descrita acima e a “honra pessoal”, que nos é trazida pelo Regulamento Disciplinar do Exército (BRASIL, 2002) em seu artigo 6º, inciso I, percebemos tratarem da mesma coisa.

O citado dispositivo diz o que segue:

Art. 6º Para efeito deste Regulamento, deve-se, ainda, considerar:

I - honra pessoal: sentimento de **dignidade própria**, como o apreço e o respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar, perante seus superiores, pares e subordinados; (grifo nosso)

Assim, todo militar do Exército possui, dentro da Instituição, seu sentimento de dignidade, cujo conceito é sabido e sentido por todos que fazem parte desse organismo. Por conseguinte, todo militar possui seu sentimento de dignidade, ou sua honra pessoal, como um valor vital.

Sendo ferida a dignidade de determinada pessoa por um ato cometido por ela mesma e ainda ferindo-se a dignidade de outrem, de uma forma extremamente grave, inclusa nos dispositivos que preveem a pena capital como punição máxima e, supondo que a sociedade legitimasse a aplicação de tal pena, poderia um ser humano sofrer as consequências? Que critérios ou pressupostos poderiam levar a essa condenação?

3.4 Pressupostos para aplicação da pena de morte

Barreto (1998, p. 29), sugere quatro pressupostos para a aplicação da pena de morte de uma forma geral, os quais deverão ser reunidos pelo condenado:

1º) Que seja o agente irrecuperável.

Após o Estado ter empregado todos os meios disponíveis para a recuperação do delinquente, tal ato mostrou-se infrutífero.

2º) Que seja o agente perigoso.

O delinquente manifesta periculosidade real, sendo um risco seu retorno ao meio social.

3º) Que haja certeza da existência do fato e da autoria.

Em se tratando de pena de morte, a atenção da justiça deve estar totalmente presente, para que em hipótese alguma ocorra o erro judiciário.

4º) Que o crime (ou crimes) praticado pelo réu tenha alcançado grande reprovação social.

Segundo o citado autor, o julgador decidirá se houve reprovação social suficiente para que o condenado mereça a pena de morte.

Os pressupostos apresentados acima fazem parte, na verdade, dos passos a serem seguidos pelo juiz ao exercer a atividade judicante, presentes em nossa doutrina e na legislação penal.

Tais pressupostos também podem ser aplicados aos infratores em tempo de guerra, acrescido dos seguintes:

1) Que o delito seja cometido durante estado de beligerância, seja por meio de agressão estrangeira, como prevê o art. 84, XIX da Constituição Federal (BRASIL, 1988), seja por qualquer outro motivo em que se torne necessário o ingresso do Brasil em um conflito. Desta forma não concordamos com a restrição de que trata Romeiro (1994, p. 167), em que o mesmo defende que o único motivo da guerra que ensejaria a imposição da pena de morte seja a legítima defesa de nosso País, ou seja, apenas repelindo uma agressão estrangeira;

2) Independe que o crime seja cometido no País ou fora dele, desde que o território estrangeiro esteja militarmente ocupado, ou tal delito atente contra a preparação, a eficiência ou as operações militares, ou que exponha a segurança externa do País, ou ainda que atente contra País aliado do Brasil, desde que, neste caso, seja cometido por brasileiro, independentemente de ocorrer no Brasil ou em território estrangeiro militarmente ocupado por força brasileira;

3) Independe se o condenado é militar ou civil, ou ainda militar estrangeiro, exceto no caso previsto no item anterior contra País aliado, respeitando-se os tratados que tratem de cada situação; e, por fim,

4) Para a aplicação da pena capital o delito praticado deve estar dentre os tipos que admitem tal sanção, constantes do Livro II do Código Penal Militar.

Desta forma, atendidos esses pressupostos, haverá a possibilidade de ocorrer a aplicação da pena de morte em nosso Direito, após regular processo iniciado por meio de denúncia formulada pelo Ministério Público Militar, por ser a ação penal pública incondicionada, exceto se o agente for o Comandante do teatro de operações, cuja ação penal corre frente ao Superior Tribunal Militar, mediante requisição do Presidente da República.

4 DA PESQUISA DE CAMPO SOBRE A LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA CAPITAL NO BRASIL EM TEMPO DE GUERRA

Neste capítulo iremos tratar acerca de nossa pesquisa de campo realizada através de questionários aplicados em indivíduos pertencentes ao meio militar e ao meio civil, trazendo os posicionamentos observados com o intuito de pacificar o tema em questão.

Seguindo a proposição de que a legitimidade de uma norma seria a circunstância dela ter o apoio dos que a ela estão submetidos, vamos tratar a seguir do que constatamos nos questionários aplicados referente ao tema.

Os questionados foram em número de 16 (dezesseis), sendo nove do meio militar e sete do meio civil.

Cabe ressaltar que o presente trabalho demonstrou despertar grande interesse, tanto no meio militar, quanto no meio civil. Houve uma receptividade extremamente positiva dos indivíduos questionados, demonstrando que estamos no caminho certo em procurar discutir o assunto.

Inicialmente, foi transcrita a previsão constitucional da pena de morte em tempo de guerra (art. 5º, XLVII, “a” e art. 84, XIX, ambos da Constituição Federal de 1988), sendo transcritos a seguir alguns dispositivos do Livro II do Código Penal Militar, cujas penas em grau máximo preveem a pena de morte.

Após, passou-se à aplicação das perguntas propriamente ditas, as quais buscavam os seguintes posicionamentos:

- 1) Se o questionado era a favor ou contra a pena de morte no caso de guerra declarada;
- 2) Se a sociedade reagiria da mesma forma no caso da condenação à pena de morte de um civil e de um militar;
- 3) Se a pena de morte aplicada em caso de guerra declarada ofendia a dignidade humana do condenado;
- 4) Quais seriam os valores jurídicos que o constituinte e o legislador ordinário quiseram preservar mantendo esse tipo de pena;
- 5) Se no confronto desses valores e o direito à vida do condenado, aqueles deveriam sobrepor-se as este;
- 6) Considerações julgadas úteis pelo questionado.

Havia uma particularidade no questionário aplicado aos militares, fazendo-se referência aos valores jurídicos civis e militares, que somente são de conhecimento do meio

militar. No questionário aplicado ao civil, havia a pergunta de ter ou não conhecimento da previsão legal da pena de morte. No mais as perguntas eram as mesmas, fazendo-se as devidas adaptações para melhor entendimento de cada público-alvo.

No meio militar, observou-se uma certa cautela no posicionamento acerca da aplicação da pena capital em caso de guerra declarada, devendo-se atentar ao caso concreto, pois há neste indivíduo a consciência de que o tempo de guerra é uma situação extrema. Certamente porque o militar, devido ao seu preparo constante para o combate, não veja o estado de beligerância como uma situação tão remota assim e, ciente dessa possibilidade, com certeza se imagina julgando seus companheiros de farda e sendo julgado. Entretanto, apesar da cautela em sua aplicação, a aceitação da pena de morte foi predominante. Houve apenas um posicionamento contra, alegando que no lugar da pena de morte deveriam ser aplicadas penas mais severas.

Já no meio civil as opiniões foram diversas, uns pró pena capital e outros contra. Os que foram a favor, em princípio, a aceitaram devido à observância de sua previsão legal. Seria o aspecto sociológico da eficácia, adequando-se o indivíduo de acordo com o momento social. Os que foram contra alegaram: 1) a medida ser contrária à dignidade da pessoa humana e 2) dependeria do fundamento do conflito, se fosse legítimo ou não. Assim, um indivíduo, por dever de consciência, poderia se opor à guerra, devendo-se respeitar o foro íntimo da consciência desse indivíduo. Para embasar esse ponto de vista, lembrou o questionado a ocorrência em nossa história de exemplos de guerras que foram oficial e legalmente declaradas e, do ponto de vista da consciência individual, foram tidas como uma violação. Cita ainda um exemplo, acerca dos alemães que, na 2ª guerra mundial, enfrentaram Hitler, sendo por consequência considerados traidores, sem que, subjetivamente o fossem. Portanto, a lei positiva não poderia ser o único critério para uma condenação. Dever-se-ia verificar se o estado de guerra é legítimo ou não, para poder ser aplicada a pena ao caso concreto.

Quanto à reação social à aplicação da pena a um civil e a um militar, as respostas do meio militar predominaram no sentido de que a sociedade veja civis e militares com diferentes olhos. Assim, a sociedade encararia com naturalidade a condenação à morte de um militar, por considerá-lo responsável pela defesa da pátria, mas não a condenação de um civil. Por outro lado, houve posicionamento pela não distinção pela sociedade, diante do perfil atual da população brasileira, mais homogêneo no que se refere às relações entre civis e militares e também no caso de um delito que cause grande comoção nacional, no qual seria desconsiderada a situação do criminoso (se civil ou militar).

Já no meio civil houve um certo equilíbrio. Alguns acompanham o posicionamento do meio militar no que se refere ao rigor maior com que os militares devem ser tratados. Outros acreditam que não haveriam distinções referente à reação da sociedade.

Em relação à dignidade humana do condenado, as opiniões predominantes como um todo foram no sentido de que a pena de morte aplicada em tempo de guerra não a ofende, embasados sobretudo no fato de que a inviolabilidade da vida deve ser assegurada ao cidadão que respeita a vida de outrem e também na necessidade de sobrevivência de uma Nação, em um estado de excepcionalidade como é o tempo de guerra.

Nos questionários em que houve o posicionamento pela ofensa, constatou-se a preocupação com o julgamento justo do acusado e sua inviolabilidade do direito à vida. Entretanto, observou-se também a preocupação na manutenção desse tipo de pena, com seu caráter dissuasório.

Referente aos valores jurídicos a serem preservados, apontados pelos questionados, destacam-se a soberania, a segurança nacional, a preservação da ordem, liberdade, cidadania, democracia, amor à pátria (patriotismo), manutenção da disciplina, fidelidade à Bandeira, dignidade humana, honra pessoal, civismo, legalidade, integridade, ética e moral.

Observamos que no meio militar predominam como maiores valores o patriotismo e a soberania. Já no meio civil predominam o direito à vida e à liberdade.

A respeito da sobreposição ou não desses valores sobre o direito à vida do condenado, observamos nos questionários que opinaram afirmativamente a unanimidade acerca da predominância da soberania da nação e dos direitos coletivos sobre os direitos do indivíduo.

Já quem respondeu negativamente, exaltou o valor da vida como sendo o maior de todos. Entretanto, pudemos constatar que houve uma grande predominância de opiniões afirmativas.

Finalmente, nas considerações julgadas úteis pelos questionados, recebemos as felizes contribuições:

- 1) Que a referida legislação seja atualizada, a fim de atender aos anseios da sociedade contemporânea;
- 2) Que o tema deve ser mais discutido e apresentado à sociedade, visando um maior conhecimento geral acerca da importância de nossa soberania;
- 3) Que o Exército sempre prezou e sempre prezarà a vida humana;
- 4) Que independentemente de qualquer coisa, uma nação deve empreender sempre uma guerra justa;

5) Que numa situação de conflito a parte mais fraca em situação de resistência poderá lançar mão de todos os meios possíveis para combater seu oponente mais forte, observando-se o aspecto cultural de cada povo; e

6) Que num estado de guerra, deve-se sempre salvaguardar a necessidade de existência de um povo, acima de qualquer interesse.

Analisados os referidos questionários, pudemos observar que as divergências acerca da aplicação da pena de morte, mesmo com amparo legal, ainda estão presentes. Entretanto, pudemos perceber uma maior aceitação dos indivíduos em relação à sua aplicação, no caso excepcional de guerra.

5 CONCLUSÃO

Falar sobre a pena de morte não é tarefa fácil. Embora interessante o assunto há uma certa relutância em tratar do tema, seja porque sua previsão atual limita-se aos casos de crimes em tempo de guerra, uma realidade não vivenciada com frequência por nosso País, seja porque, consciente ou inconscientemente, as pessoas resistam a falar sobre o assunto por entenderem afetar a dignidade humana.

A proposta da presente pesquisa foi discorrer sobre a suposta aplicação da pena capital prevista na Carta Magna e regulamentada por leis infraconstitucionais, frente ao direito à vida do suposto condenado ao crime militar em tempo de guerra, direito este que integra em linha de frente a dignidade humana. Como já dito exaustivamente, nossa pretensão foi falar um pouco da eficácia social da norma que prevê a pena capital, ou seja, o acatamento, a aceitação da sociedade brasileira sobre a norma posta. A existência e validade das normas em estudo estão fora de cogitação, uma vez estarem inseridas em trechos legais que foram postos segundo o devido processo legislativo. A discussão então, resumiu-se aos efeitos que uma suposta aplicação e execução da pena de morte poderia fazer surtir na sociedade em que vivemos, frente às concepções dos Direitos Humanos, ou seja, haveria legitimidade social suficiente para abraçar uma decisão judicial neste sentido, mesmo estando em situação de guerra?

Com o objetivo de responder a este questionamento procuramos demonstrar um breve histórico da pena capital em nosso País, sua previsão na atual Constituição Federal e na legislação infraconstitucional e a seguir tratamos de sua eficácia e legitimidade, tratando também da polêmica questão de sua aplicação frente à dignidade da pessoa humana, com possíveis pressupostos dessa aplicação. Mais adiante, discorreremos acerca da pesquisa de campo realizada com a análise dos questionários respondidos pelos públicos civil e militar. A metodologia foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias, utilizando também a observação direta extensiva realizada por meio de um questionário aplicado.

Após realizado este estudo, embora de forma modesta, entendemos que a pena de morte pode sim ser aplicada em nosso País em tempo de guerra, sem ofender qualquer direito do condenado, em especial o seu direito à vida.

Embasamos tal argumento não só em seu anteparo legal, presentes tanto em nossa Carta Magna quanto na legislação infraconstitucional, mas principalmente por considerarmos que nossos conceitos sobre a dignidade da pessoa humana não afetaram a aceitação em potencial da pena de morte.

Ainda que haja forte posicionamento protecionista de vultosa parcela de nossos constitucionalistas em favor da vida e contra a pena de morte, tais juristas têm se posicionado, salvo raras exceções, pela manutenção de tal punição em tempo de guerra, mesmo porque podemos perceber que Cartas anteriores já vinham se firmado nesse sentido, sendo sua previsão uma certa “tradição” do legislador.

Nesse contexto, devemos, pois, discordar de Paulo Bonavides, sito à pág 19 deste trabalho, refutando tais argumentos, firmando nosso entendimento que a pena de morte, aplicada em nosso País nos moldes em que tratamos anteriormente, não ofende de nenhuma forma a dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, não há de se concordar devido ao fato de não haver qualquer fragilidade constitucional constatada entre os citados dispositivos, sendo que além de plenamente eficazes, ainda deixam claro que sua aplicação far-se-á em caso de guerra declarada, mediante agressão estrangeira, devendo ter autorização ou referendo do Congresso Nacional. Portanto, estaríamos em situação particularíssima na qual, como já posto anteriormente, vidas inocentes estariam em jogo, garantias poderiam ser suspensas, ou seja, haveria todo um estado de exceção em nosso País, como podemos observar na própria Carta Magna, onde se preveem as situações do estado de sítio em caso de guerra.

Quanto à essa excepcionalidade, socorremo-nos aos ensinamentos de Barbalho (1924, p. 442 apud Romeiro, 1994, p. 166), que justificava esse estado de exceção com vistas à pena de morte da seguinte forma:

Em tempo de guerra predominam, sobre todas, as leis da guerra, e a principal é a destruição do inimigo; e inimigo se constitui quem quer que afronta a disciplina, planta a insubordinação e dá vantagens ao adversário. Desde que é legítima a guerra, é preciso admitir os rigores excepcionais que ela exige.

Logo, entre estes rigores excepcionais, inclui-se a pena capital.

Referente à legitimidade, Beccaria (1971, *apud* Barreto, 1998, p. 79) nos traz suas considerações acerca da aplicação da pena capital: “A morte de um cidadão apenas pode ser tida como precisa, por razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade...”.

Assim, não pode um ser humano protegido pelo manto da dignidade da pessoa humana violar a dignidade de outrem. Tal vedação é maior quando se refere a toda uma nação, já que sua soberania faz parte de sua dignidade. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana só é garantia ilimitada se não ferir a dignidade de outra pessoa.

Além do exposto, como há de se falar em dignidade de um indivíduo que teria infringido tais valores de uma forma tão grave que ensejaria sua condenação, em processo que lhe foram proporcionadas todas as garantias de defesa?

Podemos embasar tal posicionamento na própria Constituição. Conforme Nunes (2009, p. 47), a *dignidade da pessoa humana*, na sequência dos fundamentos da República brasileira (vide art. 1º Constituição Federal de 1988), vem depois da *soberania* e da *cidadania*, deixando claro que o coletivo, ou seja, o País vem sempre antes do indivíduo, devendo-se seguir essa ordem, na observância desses fundamentos. No caso então de guerra externa, se a soberania ou a segurança dos cidadãos brasileiros forem ameaçadas, inclusive daqueles cidadãos que estão nos campos de batalha, certamente a vida do condenado tem sim um valor inferior aos demais valores.

Ainda, segundo Mirabete (2006, p. 248), “...a restrição da pena capital aos crimes praticados em estado de guerra é uma garantia individual à vida (garantia material explícita negativa) estabelecida na Constituição Federal...”

Assim, os dispositivos constitucionais e ordinários que tratam da pena de morte em nosso País além de não agredirem a dignidade da pessoa humana, trazem mais uma garantia à sociedade, já que sua aplicação somente é permitida em estado de guerra. Por isso trata-se de uma garantia *negativa*.

Quanto à execução propriamente dita da pena capital, prevê ainda o Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969) o “socorro espiritual” ao condenado, no § 2º do art. 707. Tal previsão denota indubitavelmente o respeito à dignidade humana do condenado, permitindo-lhe o arrependimento e proporcionando-lhe uma possível tranquilidade e paz no momento de sua morte.

Acerca dos questionários aplicados, dos quais tratamos no capítulo anterior, podemos inferir que as opiniões se norteiam pela legitimidade.

Assim, a existência da norma, já entranhada em nossa sociedade desde as Cartas anteriores, traz um certo ar de subserviência a alguns desses indivíduos, aceitando-a e respeitando-a.

Já a dignidade da vida, seja a do indivíduo ou a da sociedade, está presente tanto na cautela na aplicação da pena capital, quanto na não aceitação dessa norma, por alguns poucos.

Ressaltamos ainda a predominância da submissão à pena capital dos militares questionados, os quais não se furtam de sua responsabilidade com a Pátria, em detrimento de suas próprias vidas, em virtude dos valores que lhes são inerentes. O militar é conformado nesse sentido: julga-se responsável pela segurança do País e dos seus habitantes e apto a ser julgado e condenado pelos seus crimes, caso venha a cometê-los. É um sentimento intrínseco do militar.

Há de se destacar também que não houve uma unanimidade entre os questionados acerca da reação da sociedade à condenação de civis e militares.

É certo que o militar, por ser encarado pela sociedade como seu guardião, caso fosse condenado certamente não causaria tanta comoção do que a condenação de um civil, já que é encarado como um guerreiro nato, sendo muitas vezes esquecido que há um cidadão por baixo da farda, com tantos direitos quanto os demais, porém com mais deveres.

Seguindo o que já escrevemos sobre a sequência dos fundamentos da República em nossa Carta, percebemos que predomina entre os questionados o sentimento de que a soberania vem antes do indivíduo e que há a preocupação com o erro judiciário e a inviolabilidade da vida do indivíduo, mas que por outro lado há a preocupação com a manutenção da pena. Assim, numa situação de guerra externa, tudo nos leva a crer que seria bem aceito o posicionamento de que a pena capital não ofenderia a dignidade do condenado diante do cometimento de um delito grave, de grande comoção nacional, seja na frente de batalha ou não, seja civil ou militar.

Já referente aos valores jurídicos a serem preservados, apontados pelos questionados, observamos que as opiniões refletem o ambiente em que cada indivíduo está inserido e os sentimentos que são exaltados. No ambiente militar se exalta o coletivo; no civil o individual.

Enfim, demonstrou-se de uma forma geral praticamente unânime que há uma consciência de que a soberania do País deve sobrepor-se a quaisquer direitos do indivíduo, inclusive seu direito à vida.

Os questionários aplicados tratam igualmente de valores militares. Dissertamos acerca dos mesmos anteriormente, quando observamos sua previsão no Estatuto dos Militares e no Regulamento Disciplinar do Exército.

No caso já exposto dos militares condenados à morte nos campos da Itália, durante a 2ª Guerra Mundial, cumpre-nos demonstrar um pouco do que queremos expressar, utilizando-nos do voto do General Francisco de Paula Cidade, integrante do Conselho Supremo de Justiça Militar que julgou improcedente a apelação dos réus como se segue:

Votando como voto, pela confirmação da sentença, defendo a honra do Exército e a própria civilização brasileira. Não fossem os embaraços opostos pela moderna legislação, estou certo que o comandante das forças brasileiras na Itália teria, com grande proveito para a boa ordem de suas tropas, feito fuzilar, sem quaisquer delongas, esses criminosos (STM, 1945 apud ASSIS, 2001, p. 57).

É claro que a aplicação da pena capital não seria uma banalização de execuções apenas analisando-se o delito praticado em consonância com o tipo penal, já que o próprio Código Penal Militar já estabelece que há exceções. Para tanto, ao fixar as penas já as classifica com o “grau máximo” e o “grau mínimo”. Ainda que o indivíduo viole algum desses valores ou preceitos, há de ser julgado a fim de exercer em sua plenitude o direito de defesa e, se for o caso, justificar tais atos. Não se poderia adotar a mesma pena para violações de mesma natureza, se possuíssem diferentes intensidades.

Uma violação de grande intensidade como, por exemplo, uma deserção em presença do inimigo ou uma traição, poderiam, caso não fossem imediatamente repreendidas, causar um desconforto na tropa que estivesse em combate diante do inimigo. Isso poderia desestabilizar os pilares básicos da Instituição: hierarquia e disciplina. O mero risco de ocorrência de tal situação já denota a necessidade da previsão da pena capital. Tanto o é, que somente a ameaça de ofensa a essa moral, já autoriza a imediata execução da pena, sem a obrigatoriedade de comunicação ao Presidente da República, conforme já observamos anteriormente. O delito de traição pode ser cometido também pelo civil. Já a covardia, somente pode ser cometida pelo militar.

Não se busca um herói em cada soldado que incorpora ao Exército, nem uma alma pura em cada cidadão. O que se busca, na verdade, é um ser humano com um mínimo de dignidade, honra e caráter. Se for observado que tal militar ou civil não possui tais valores e pior, for constatada a agressão aos mesmos, merece viver tal criatura?

Assim sendo, a eficácia da pena de morte no Brasil traduz-se num fenômeno de efeito preventivo-coercitivo de grande monta na sociedade, cuja gravidade do tempo de guerra justifica sua aplicação pelo Estado.

De qualquer forma, a polêmica sempre existirá, pois nosso País eminentemente pacífico encontra-se distante de um conflito armado externo, o que faz com que certos indivíduos não visualizem a aplicação dessa modalidade de pena.

Entretanto, a par dessa remota aplicação, observamos a partir do desenvolvimento deste trabalho e diante dos estudos e pesquisas que o envolveram, que a legitimidade da aplicação da pena de morte em tempo de guerra foi constatada.

Concluindo, pensamos que o objetivo maior da pesquisa foi alcançado, qual seja, o de trazer à baila o tema para discussão. Há, verdadeiramente, uma necessidade de aprofundamento deste debate. As Forças Armadas devem possuir fundamento científico para embasar uma suposta condenação à pena de morte, sem esta motivação social restaria apenas a imposição da lei, o que poderia tornar ilegítima a norma diante do cunho arbitrário que assumiria. Embora desejemos permanecer em paz, a guerra é um fenômeno real e o soldado deve estar preparado para ela, física e intelectualmente falando.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

_____. **Direito Militar** – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

BARRETO, Augusto Dutra Barreto. **Pena De Morte** – Um Remédio Social Urgente! 7. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 maio 2009. Não paginado.

BRASIL. Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002. Aprova o Regulamento Disciplinar do Exército. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm>. Acesso em 10 maio 2009. Não paginado.

BRASIL. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 a. Código Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em 13 maio 2009. Não paginado.

BRASIL. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 b. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em 15 maio 2009. Não paginado.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acesso em 10 maio 2009. Não paginado.

BRASIL. Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992. Dispõe sobre a organização da Justiça Militar da União e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8457.htm>. Acesso em 10 maio 2009. Não paginado.

FRANCO, Paulo Alves. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Servanda, 2006.

MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. Rio de Janeiro: Bestbolso (Grupo Record), 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, José da Silva Loureiro. **Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NETTO, Amaral. **A Pena de Morte**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1981.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **A Constituição na Visão dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

APÊNDICE A – Questionário aplicado ao meio militar

MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
DE C Ex - D E E - D E P A
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DO EXÉRCITO - COLÉGIO MILITAR DE SALVADOR

QUESTIONÁRIO PARA TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – CFO/QC 2009

ALUNO: 1º Tenente-Aluno VICTOR MELO **FABRÍCIO** DA SILVA.

TÍTULO: A aplicabilidade da pena capital no Direito Penal Militar frente o direito à vida do apenado.

TEMA DA PESQUISA: Pena de morte no Direito Constitucional e no Direito Penal Militar.

Amparo Constitucional da Pena de Morte no Brasil

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

Alguns dispositivos que prevêm a Pena de Morte no Código Penal Militar

CÓDIGO PENAL MILITAR - DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969

(...)

LIVRO II

DOS CRIMES MILITARES EM TEMPO DE GUERRA

“Traição

Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Cobardia qualificada

Art. 364. Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Fuga em presença do inimigo

Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Art. 400. Praticar homicídio, em presença do inimigo:

(...)

Homicídio qualificado

III - no caso do § 2º do art. 205 (*homicídio qualificado: I - por motivo fútil; II - mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe; III - com emprêgo de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; VI - prevalecendo-se o agente da situação de serviço*):

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Violência carnal

Art. 408. Praticar qualquer dos crimes de violência carnal definidos nos arts. 232 (*estupro*) e 233 (*atentado violento ao pudor*), em lugar de efetivas operações militares:

(...)

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se da violência resulta:

(...)

b) morte:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.”

Questionário

1) Embora tenha previsão constitucional e legal, discute-se hoje a legitimidade da pena de morte aplicada em caso de guerra declarada. Aqueles que advogam sua ilegitimidade afirmam que diante das novas percepções protecionistas dos chamados Direitos Humanos a pena de morte, mesmo em caso de guerra declarada, atinge a dignidade da pessoa humana, em especial o direito à vida. Na condição de militar o (a) Senhor (a) é a favor da pena de morte como sanção para os tipos penais acima descritos?

() **SIM** () **NÃO**

Caso negativo, por quê?

2) Como verificado acima, alguns crimes apenados com a pena de morte em caso de guerra declarada podem ser praticados por civis. O (a) Senhor (a) acredita que a Sociedade Brasileira atual, com suas novas concepções, reagiria da mesma forma a uma condenação à pena de morte de um cidadão civil e a uma condenação à mesma pena de um cidadão militar?

() **SIM** () **NÃO**

Caso negativo, por quê?

3) Em sua opinião, a pena de morte, aplicada excepcionalmente em caso de guerra declarada, ofende a dignidade humana do condenado?

() **SIM** () **NÃO**

Caso positivo, que tipo de violação seria?

4) Em sua concepção, quais seriam os valores jurídicos civis e militares que o constituinte e o legislador ordinário quiseram preservar mantendo no Brasil a pena de morte como reprimenda para alguns crimes praticados em caso de guerra declarada?

5) No confronto destes valores e o direito à vida do condenado o (a) Senhor (a) entende que aqueles devem sobrepor-se a este?

() **SIM** () **NÃO**

Caso positivo, por quê?

6) O (a) Sr. (a) tem alguma consideração julgada útil para acrescentar a este trabalho referente à importância para o Exército Brasileiro e para o País, acerca da pena de morte aplicada em tempo de guerra?

Salvador-BA, _____ de _____ de 2009.

Obs: Pode ser utilizado o verso de cada folha, caso necessário

Sua identificação e assinatura são facultativas.

APÊNDICE B – Questionário aplicado ao meio civil

**MINISTÉRIO DA DEFESA
EXÉRCITO BRASILEIRO
DECEX - DEE - DEPA
ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DO EXÉRCITO - COLÉGIO MILITAR DE SALVADOR**

QUESTIONÁRIO PARA TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – CFO/QC 2009

ALUNO: 1º Tenente-Aluno VICTOR MELO **FABRÍCIO** DA SILVA

TÍTULO: A aplicabilidade da pena capital no Direito Penal Militar frente o direito à vida do apenado

TEMA DA PESQUISA: Pena de morte no Direito Constitucional e no Direito Penal Militar

Amparo Legal da Pena de Morte no Brasil
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

(...)

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

(...)

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;”

Alguns dispositivos que prevêm a Pena de Morte no Código Penal Militar

CÓDIGO PENAL MILITAR - DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969

(...)

LIVRO II

DOS CRIMES MILITARES EM TEMPO DE GUERRA

“Traição

Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Cobardia qualificada

Art. 364. Provocar o militar, por temor, em presença do inimigo, a debandada de tropa ou guarnição; impedir a reunião de uma ou outra, ou causar alarme com o fim de nelas produzir confusão, desalento ou desordem:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Fuga em presença do inimigo

Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Art. 400. Praticar homicídio, em presença do inimigo:

(...)

Homicídio qualificado

III - no caso do § 2º do art. 205 (*homicídio qualificado: I - por motivo fútil; II - mediante paga ou promessa de recompensa, por cupidez, para excitar ou saciar desejos sexuais, ou por outro motivo torpe; III - com emprêgo de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, com surpresa ou mediante outro recurso insidioso, que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; VI - prevalecendo-se o agente da situação de serviço*):

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.”

(...)

“Violência carnal

Art. 408. Praticar qualquer dos crimes de violência carnal definidos nos arts. 232 (*estupro*) e 233 (*atentado violento ao pudor*), em lugar de efetivas operações militares:

(...)

Resultado mais grave

Parágrafo único. Se da violência resulta:

(...)

b) morte:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de quinze anos, grau mínimo.”

Questionário

1) O (a) Sr. (a), com base nos dispositivos legais apresentados anteriormente, seria a favor da pena de morte aplicada ao cidadão infrator (civil, no caso dos arts. 355, 400 e 408 ou militar, no caso dos outros artigos do CPM) em caso de guerra declarada, caso incidisse de forma grave nesses dispositivos do Código Penal Militar?

() **SIM** () **NÃO**

Caso negativo, por quê?

2) Se um dos delitos descritos acima fosse cometido por um militar do segmento feminino ou uma cidadã civil (no caso dos arts. 355, 400 e 408 acima) em caso de guerra declarada, o (a) Sr. (a) seria a favor da condenação à pena de morte?

() **SIM** () **NÃO**

Caso negativo, por quê?

3) O (a) Sr. (a), acredita que, no caso da violação dos dispositivos acima, o (a) infrator (a) condenado (a) seria ofendido (a) na sua dignidade humana, em caso de guerra declarada?

() **SIM** () **NÃO**

Caso positivo, que tipo de violação seria?

4) O (a) Sr. (a) considera importante na atual concepção de direitos humanos a manutenção, no Brasil, da pena de morte em caso de guerra declarada, segundo a legislação penal militar?

() **SIM** () **NÃO**

Caso positivo, por quê?

5) O (a) Sr. (a) tem alguma consideração julgada útil para acrescentar a este trabalho referente à importância para o Exército Brasileiro e para o País, acerca da pena de morte aplicada em tempo de guerra?

Salvador-BA, _____ de _____ de 2009.

Obs: Pode ser utilizado o verso de cada folha, caso necessário

Favor se identificar no espaço destinado com nome completo e função desempenhada.

APÊNDICE C – Termo de Consentimento
Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

Eu, _____ declaro para os devidos fins que responderei, por livre e espontânea vontade, o questionário enviado pelo 1º Tenente-Aluno Victor Melo Fabrício da Silva, como parte da pesquisa de Trabalho de Conclusão de Curso da Escola de Administração do Exército. Esse trabalho tem como objetivo pesquisar a legitimidade da pena de morte prevista para crimes militares praticados em caso de guerra declarada, frente às novas concepções dos Direitos Humanos, em especial o direito à vida. Tenho conhecimento de que esta pesquisa buscará pacificar o entendimento acerca do tema em questão, caso sua aplicação venha a ocorrer em caso de guerra declarada, conforme previsão constitucional.

Declaro Ainda:

Que a minha participação não acarretará risco para minha saúde;

Que as informações prestadas por mim serão classificadas como confidenciais e serão utilizadas exclusivamente para a pesquisa a que se destina;

Que ao estudo interessam as respostas obtidas no questionário, sem a identificação individual, preservando minha privacidade; e finalmente,

Que minha participação será voluntária e que estarei à vontade para pedir esclarecimento e para não responder às questões solicitadas, em qualquer fase, sem que isso implique em qualquer dano, custo ou penalização à minha pessoa.

Salvador,/...../2009.

- Entrevistado

- Pesquisador