

PENA DE MORTE NO BRASIL: UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL
DEATH PENALTY IN BRAZIL: A CONSTITUCIONAL PERSPECTIVE

Pedro Henrique da Cunha Regis

Aluno de graduação em Direito do Centro Universitário Icesp

RESUMO: o presente artigo tem por escopo analisar o instituto jurídico da pena de morte, a qual se encontra prevista, de forma excepcional, no texto constitucional brasileiro. Antes, porém, fora analisado o espectro dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna. Desse modo, buscou-se realizar uma pequena digressão histórica acerca do instituto, explorando suas respectivas circunstâncias, condições, procedimentos e limites.

PALAVRAS-CHAVE: penas; pena de morte; pena capital; castigo supremo; guerra declarada; constituição federal.

ABSTRACT: this article aims to analyze the death penalty legal institution, which is included exceptionally on the Brazilian federal constitution. Before, however, the spectrum of fundamental rights and guarantees in the Magna Carta had been analyzed as well. In this way, an attempt was made to carry out a small historical digression about the penalty, exploring its respective circumstances, conditions, procedures and limits.

KEYWORDS: penalties; death penalty; capital penalty; supreme punishment; declared war; federal constitution.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. 1.1. Das penas previstas na Constituição Federal. 2. Da pena de morte. 2.1. Breve contexto histórico (europeu). 2.2. Contexto brasileiro. 2.2.1. Período colonial (ordenações do reino). 2.2.2. Período do império (código criminal do império). 2.2.3. Período republicano. 2.3. Da aplicação do código penal militar (decreto-lei nº 1.001/1969). 2.3.1. Da pena capital. 2.4. Do tempo de guerra/guerra declarada. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

As discussões que surgem na sociedade acerca da criminalidade e da aplicação de sanções penais quando do cometimento de crimes de grande repercussão social costumam elevar os ânimos dos envolvidos. Isso porque a solução que parece óbvia é o franco enfrentamento daqueles que cometem tais delitos. Para além do senso comum que normalmente domina os debates, exsurge uma legítima dúvida de ordem jurídica: é possível a aplicação da pena de morte no Brasil?

Primeiramente, cumpre salientar que a Constituição Federal de 1988 (CF) é conhecida como cidadã justamente por conter um núcleo robusto de direitos e garantias fundamentais. Ela assim o é, dentre outros motivos, em virtude de um contexto conturbado que atravessou o país nos anos de 1964 a 1985 – período de exceção conhecido como Ditadura Militar.

Por isso, a Carta Política é bastante minuciosa em seu artigo 5º ao elencar direitos diversos como à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. Além disso, ela também prevê várias garantias fundamentais que servem de verdadeiros limites à atuação estatal. Exemplo disso é a previsão expressa das penas a serem adotadas no regime democrático, bem como aquelas em que o legislador originário entendeu por não permitir.

Desse modo, o objetivo do presente artigo é explorar, diante do prisma constitucional, a natureza jurídica dos direitos fundamentais, perpassando pelo direito à vida, bem como verificar a legislação infraconstitucional a respeito da matéria.

1. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Os direitos fundamentais são aqueles bens juridicamente estabelecidos e tratados pela CF como tais e que possuem como destinatários todas as pessoas. Complementarmente, garantias fundamentais são verdadeiros instrumentos que tem por desígnio o respaldo dos direitos fundamentais às pessoas perante o Estado (PAULO, 2015).

Esses direitos são essencialmente materiais e possuem dimensão jusnaturalista. Não dependem, para fins de validade, de positivação, quer dizer, se enquadram num patamar supraestatal, os quais dão legitimidade ao ordenamento jurídico (BARROSO, 2020). Eis o conceito trazido pelo ilustre jurista:

Os direitos fundamentais, por sua vez, são os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico doméstico. Significam a positivação, pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isto se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional, ou no chamado bloco de constitucionalidade. Boa parte das Constituições do mundo tem um capítulo destinado à enunciação dos direitos fundamentais. Algumas o fazem de modo relativamente lacônico, como a Constituição americana. Outras de forma bem analítica, talvez prolixa, como a Constituição brasileira. Essas diferenças revelam duas situações recorrentes na teoria e na jurisprudência constitucionais: a) a não inclusão no catálogo constitucional de direitos que vêm a ser reconhecidos como direitos fundamentais; e b) a inclusão no catálogo constitucional de direitos que não são dotados de fundamentalidade material. Há exemplos do primeiro e do segundo caso na experiência constitucional brasileira. Isto leva ao reconhecimento de que podem existir direitos apenas formalmente fundamentais – simplesmente por estarem previstos no texto constitucional – e direitos materialmente fundamentais, em razão do conteúdo que apresentam. Direitos fundamentais previstos na Constituição, tenham natureza material ou apenas formal, podem ser referidos, também, como direitos constitucionais. (BARROSO, 2020, p. 511-512)

De modo semelhante, é dizer que o diploma mais pertinente para que se conste os dispositivos que visam proteger os direitos fundamentais das pessoas é justamente o texto constitucional, o qual possui força normativa superior às demais normas existentes no país (MENDES *et al*, 2009, *apud* MASSON, 2020). Os valores mais importantes à humanidade merecem estar organizados em um diploma que seja provido de superioridade normativa frente aos demais. Trata-se do reconhecimento da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 como a norma de maior hierarquia dentre todas as outras (MASSON, 2020).

É dizer, em outras palavras, que:

No caso brasileiro, a preocupação do texto constitucional em dar a devida importância à matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo - que demonstra o propósito de se instituir um ‘Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança’ -, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais enquanto condições necessárias para a construção e o exercício de todos os demais direitos previstos no ordenamento jurídico. (FERNANDES, 2010, *apud* MASSON, 2020, p. 237)

Cabe acrescentar que os direitos e garantias individuais ostentam *status* de cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Política). Em razão disso, tais direitos não podem ser objeto de supressão, muito embora possam ser restringidos por legislação infraconstitucional, a qual jamais poderá macular seu núcleo substancial (NUNES JÚNIOR, 2019).

A Constituição Federal preconiza, a partir de seu título II, os direitos e garantias fundamentais. O capítulo I (do mesmo título) trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, começando pelo artigo 5º, *caput*, nos seguintes termos: “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”.

Nesse aspecto, Tavares (2017) leciona que a vida é tida como direito básico no que se refere a pré-requisito para a existência de outros direitos igualmente consagrados na Carta Magna. Moraes (2016), de modo semelhante, ensina que quando se fala em direito à vida, compete ao Estado propiciar a proteção ao direito e este deve ser compreendido sob duas acepções: a primeira atinente ao direito de permanecer vivo; e a segunda à dignidade de sobrevivência.

Diante de todos os outros direitos constitucionalmente assegurados, o direito à vida é o mais salutar, pois, para se usufruir de todos os outros direitos e liberdades previstos na CF, imperioso é estar vivo (MASSON, 2020). Inevitável, portanto, colacionar o seguinte esclarecimento:

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro, se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (MENDES *et al*, 2010, *apud* MASSON, 2020, p. 280-281)

Desse modo, percebe-se que o direito à vida representa não apenas o direito de estar vivo (fisicamente considerado), mas, também, as demais circunstâncias propícias a uma vida digna, decorrentes dos direitos econômicos, isonômicos, sociais e culturais (MAZZUOLI, 2021).

1.1 DAS PENAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O legislador constituinte originário insculpiu na CF as penas que o regime democrático entendeu por bem aplicar, bem como aquelas que não serão adotadas:

Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. (BRASIL, 1988)

Para Guilherme Nucci (2020), pena nada mais é que uma sanção estatal, resultado de regular ação penal, aplicada àquele que praticou o crime com o fim de retribuir ao mal injusto provocado por ele e como forma de prevenção delitiva.

Por ser espécie de sanção penal, a pena funciona como forma de controle social, a qual se trata de uma resposta dada pelo Estado ao criminoso por ter infringido uma norma penal incriminadora e que consiste na privação ou restrição de bens e/ou direitos (CUNHA, 2020).

Desse modo, a pena pode ser compreendida sob dois aspectos: como admoestação geral no intuito de inibir a prática de crimes – prevenção geral negativa; e como mecanismo que reforça a confiança da coletividade no sistema penal – prevenção geral positiva (MENDES, 2021).

No que se refere às penas que serão aplicadas, a Carta Política elenca hipóteses exemplificativas a serem aplicadas de maneira individualizada. Já na parte de vedação das penas, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe algumas vedações (MASSON, 2020).

Malgrado a existência de algumas vedações expressas, o texto constitucional deixa claro que o direito à vida não é absoluto. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou nesse sentido, qual seja, do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, tanto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, quanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF (MORAES, 2016).

2. DA PENA DE MORTE

2.1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO (EUROPEU)

A Grécia Antiga não possuía documentos aptos a proceder um exame profundo atinente às leis penais existentes à época, entretanto, foi no século VII a.C. que nasceu a expressão “pena draconiana”, onde Dracon – primeiro legislador – determina que seja aplicada a pena capital a todos os tipos de delitos, independentemente da gravidade deles (CUNHA, 2020).

Mesmo com o surgimento da República na sociedade romana, por volta de 510 a.C., foi conferido às Assembleias do Povo (parte integrante da estrutura daquela civilização assim como o Senado) poder de deliberação acerca da condenação à pena de morte (NEVES, 2012).

O Cristianismo foi o precursor do Direito Canônico e das teorias da teologia, as quais influenciaram sobremaneira na aplicação das penas. No decorrer do Império Romano, o Cristianismo, já em 379 d.C., começa a exercer grande influência na aplicação do “direito” de castigar, isso porque ele é adotado como única religião. Um ponto interessante acerca da gravidade do crime é que esta é medida pelo grau de intenção do agente. Depois do fim do Império Romano, que se deu em 476 d.C., houve um certo retrocesso no que se refere à aplicação das penas, onde a ideia era justamente a prática da vingança privada. A figura do Estado era secundária, ou seja, a vítima era a responsável por promover a punição do crime cometido pelo infrator (quando este não conseguia indenizar justamente o ofendido). Posteriormente, houve uma intervenção direta por parte dos reis quando da fixação das penas, trazendo, desse modo, a figura estatal ao bojo da aplicação do direito penal. (CUNHA, 2020).

Já a Idade Média:

(...) foi marcada pela forma de inquérito comandada pelos bispos, que visitavam os povoados e, por meio de questionamentos a determinadas pessoas, chegavam à conclusão de ter ou não ocorrido o crime (*inquisitivo generalis*) e de quem o teria praticado (*inquisitivo specialis*), com a posterior possibilidade de confissão do acusado. Essa forma de inquérito ganhou domínios que atingiram as esferas administrativa, econômica, política e religiosa de um Estado que se confundia com a religião, e perdurou durante os séculos X, XI e XII. A partir do século XII, com a figura do "soberano", o inquérito deixa as mãos dos eclesiásticos e passa a ser conduzido pelo Estado. Os tribunais eclesiásticos não aplicavam a pena de morte, mas entregavam o réu aos tribunais seculares. Houve, porém, disseminado uso da tortura durante a Inquisição. (CUNHA, 2020, p. 52)

A pena de morte, como tal, é caracterizada pela pena capital, em que a vida do autor da infração penal, fruto de sentença condenatória transitada em julgado, é segada (NEVES, 2012). O direito penal germânico, por volta do século V ao XI d.C., segundo Cunha:

Trazia como pena mais grave a *Frieldlosigkeit*, extremamente peculiar e não mais vista em outros ordenamentos, em razão da qual o delinquente, quando sua infração ofendia os interesses da comunidade, perdia seu direito fundamental à vida, podendo qualquer cidadão matá-lo. Quando a infração atingia apenas uma pessoa ou família, o direito penal germânico fomentava o restabelecimento da paz social por via da reparação, admitindo, também a vingança de sangue (*faida*). (2020, p. 50)

Conforme se vê, a pena de morte sempre esteve presente nas civilizações antigas como forma de punir o infrator pelo mal causado e também para manter o controle social daqueles que eram submetidos às respectivas normas.

2.2. CONTEXTO BRASILEIRO

2.2.1. PERÍODO COLONIAL (ORDENAÇÕES DO REINO)

O direito penal brasileiro, na qualidade de sistema positivado, remonta à famigerada época do “descobrimento¹” (talvez o melhor termo seja Brasil Colônia ou Período Colonial,

¹ Durante muito tempo os historiadores utilizaram a palavra descobrimento para explicar a chegada dos europeus às Américas. Entretanto, a partir do ano 2000, durante as comemorações dos 500 anos dessa chegada, o termo entrou em discussão. A grande questão era conceitual, ou seja, descobre-se algo que estava escondido ou algo que ninguém sabia da existência? Ora, o continente americano nunca esteve escondido, pois ali já viviam povos autóctones – sem entrar na discussão que desde a antiguidade existiam mapas que descreviam esse continente. Se usarmos a lógica de que os europeus não conheciam as Américas e por isso a descobriram, teremos que levar em consideração que os americanos também não conheciam a Europa e nem por isso ao saberem de sua existência declararam sua descoberta. O que percebemos é que a adoção dessa palavra no século XVI estava carregada de um sentimento de superioridade. Os europeus consideravam suas maneiras de agir e de pensar superiores às dos povos que habitavam as Américas – o eurocentrismo. Provavelmente porque, no caso do Brasil, os povos não fundiam metais, não viviam em cidades e andavam nus. Podemos exemplificar com os povos astecas e maias, que viveram nas Américas, viviam em cidades, fundiam metais e nem por isso foi estabelecida uma relação de igualdade entre eles e os europeus. O cerne da questão está no que chamamos de eurocentrismo. Os europeus acreditavam que todos os povos que não partilhassem dos seus hábitos, costumes, religião, formas de agir e de pensar eram inferiores. Essa postura justificava a imposição da sua cultura à essas

pois o continente já existia, sendo este objeto de invasão por parte dos portugueses). Naquela época, o Brasil não possuía emancipação para dispor de um sistema com normas próprias, sendo submetido àquelas oriundas de Portugal (BITTAR, 2017).

Nesse sentido, as Ordenações (como eram conhecidas as normas que vigoravam à época) podem ser assim explanadas:

À época do descobrimento, lá vigoravam as primeiras “Ordenações do Reino”, editadas entre 1446 e 1447, mandadas compor por D. João I e chamadas de “Ordenações Afonsinas”. Tratava-se da primeira codificação europeia que abrangia, a um só tempo, todas as matérias de direito – quer público, quer privado –, sendo certo que, ao menos neste ângulo, Portugal mostrava-se extremamente evoluído em relação aos demais países europeus. Das Ordenações Afonsinas não se tem sequer remoto informe sobre sua aplicação no território do Brasil, recém-descoberto, até porque tiveram vida curta, vigorando somente até o Reinado de D. Manoel, o Venturoso, que logo ordenou fossem substituídas pelas “Ordenações Manoelinas”, cuja elaboração incumbiu a Rui Boto, Rui de Grã e João Cotrim. Em verdade, o novel diploma nada mais foi do que a repetição em termos das “Ordenações Afonsinas”, o que fez parecer com que sua edição tenha servido mais à vaidade de D. Manoel em ter seu nome lembrado por um código, do que aos fins a que uma reforma legislativa deveria atender. A edição das “Ordenações Manoelinas”, já contando com os sensíveis progressos que se fizeram na imprensa, teve início por volta de 1512, ficando definitivamente prontas em 1521. Em terras brasileiras, das “Ordenações Manoelinas”, à guisa do que ocorrera com seu diploma antecessor, não se teve registro de aplicação efetiva, até porque o processo de colonização encontrava-se em estágio embrionário, e certamente, se ocorreu qualquer julgado por esse diploma, terá sido muito tímido, se é que houve. (...) É realidade histórica inequívoca que a legislação penal dos povos é extremamente susceptível às intempéries e alternâncias de suas respectivas políticas internas. Assim é que, em 11 de janeiro de 1603, as “Ordenações Manoelinas” ficaram revogadas, por determinação de El-Rey, D. Felipe III de Espanha e II de Portugal, que ordenou fossem respeitadas as disposições do novo código cuja elaboração tivera início no reinado de seu genitor. Surgiam as chamadas “Ordenações Filipinas” ou “Código Filipino”, cuja redação é atribuída aos desembargadores Paulo Afonso e Pedro Barbosa, em parceria com Damião de Aguiar e Jorge Cabedo, esse sim, sem dúvida, de importância ímpar para a história do direito no Brasil. (BITTAR, 2017, p. 228-229)

Em resumo, o Código Filipino foi adotado no século XVII no Brasil após a queda das Ordenações Afonsinas e Manuelinas e do Código Sebastião². Este último se tratou de um compilado de leis esparsas, todavia sem êxito quanto ao alcance das leis extravagantes que vieram após o Código Manuelino (CUNHA, 2020).

Nucci (2020) esclarece que as Ordenações Filipinas foram as mais longas das ordenações (de 1603 a 1830) e que, no entanto, careceram de sistematização (absoluta confusão entre normas substantivas e adjetivas), contendo punições totalmente desproporcionais e cruéis.

sociedades, mesmo que para isso precisassem submetê-los, escravizá-los e até mesmo dizimá-los. (GOMES; ROCHA, 2016, p. 100)

² Visto em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18063>. Acesso em 13 abr. 2023.

Inclusive, há relatos em literatura acerca de um episódio onde Luís XIV, em Paris, após tomar conhecimento do Livro V das Ordenações Filipinas – que trata das penas –, indaga o embaixador de Portugal, em tom moinante, se havia sobrado alguém vivo em seu país (BITTAR, 2017).

A conjuntura da época era fundamentada em preceitos teocráticos, onde religião e Estado se confundem. A lei era usada para punir aqueles considerados inimigos: feiticeiros, hereges, desertores, *etc.* As penas eram bastante severas, pois o fito era o controle social por meio do temor (CUNHA, 2020).

A penalidade aplicada preponderantemente era a de morte, entretanto outros formatos de penas extremas também o eram, *v.g.*, amputação de membros, banimento (degredo), açoite, trabalhos forçados (galé), dentre outras. (BITTENCOURT, 2020).

Sobre a aplicação do Código Filipino:

(...) “Ordenações Filipinas” vieram construídas em princípios e ideias, sobretudo acerca da pena, que ignoravam a todo tempo os valores fundamentais do ser humano, quer por tutelarem um amplíssimo espectro de condutas humanas, quer por meio de suas respostas invariavelmente brutais. Com efeito, faziam-se expressas distinções no que se referia às condições pessoais dos réus, infligindo-se penas mais graves aos oriundos de classes sociais mais baixas e garantindo privilégios aos nobres. Distinções, ainda, havia em relação ao sexo dos réus. Religião e direito se confundiam a todo tempo, destacando-se as condutas relacionadas aos dogmas da Igreja, e aquelas que, ao menos em tese, pudessem pôr em risco a fé. É crível que pelas mesmas razões houvesse a preocupação nítida e constante em punir os delitos de natureza sexual, que sempre se faziam acompanhar de severíssimas sanções. No que se refere às penas, verifica-se – e aí tem-se certamente o traço mais marcante do código filipino – o constante descompasso entre a gravidade da conduta do agente e a pena a ser aplicada, denotando absoluta ausência do princípio da proporcionalidade. A pena de morte era aplicada com profusão, e em diversas modalidades conforme a gravidade do delito praticado e a condição pessoal do agente, vindo muitas vezes precedida por sortidos tormentos, muito semelhantes àqueles utilizados nas ordálias para a obtenção de confissões dos acusados perante o “Juízo de Deus”. (BITTAR, 2017, p. 229-230)

Importante salientar que as Ordenações Filipinas foram um sistema que o próprio movimento europeu do Iluminismo veio a combater, sendo figura crucial nessa luta o Marquês de Beccaria (Cesare Bonesana). De todo modo, a fase colonial representou um dos períodos mais temíveis e tenebrosos da história da humanidade se comparado aos outros continentes (BITTENCOURT, 2020).

2.2.2. PERÍODO DO IMPÉRIO (CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO)

Na independência do Brasil (1822), fez-se nascer uma necessidade política de auto-organização por meio de uma Constituição. Isso se deu com a reunião em Assembleia Constituinte composta pela aristocracia rural (VICENTINO, 1997). Daí nasceu a Constituição do Império (Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824³) que previa, em seu art. 179, inciso XVIII, uma codificação de natureza penal que substituísse o contido nas Ordenações Filipinas:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL, 1824)

O clima de transformação que justificou essa mudança de norte foi justamente o Iluminismo, cujo movimento de renovação de pensamento e concepções humanísticas estimularam a nova legislação do país. Exemplo da contribuição deste movimento foi a sanção do Código Criminal do Império (em 1830), diploma este que previa a figura da culpabilidade, critérios atinentes à responsabilidade e princípios da insignificância, reparação ao dano e a adesão à teoria *actio liberae in causa* (BITTAR, 2017).

Adverte Cunha (2020) que não obstante os avanços trazidos pelo Código Criminal do Império, este permitia que a pena capital fosse aplicada aos crimes praticados pelos escravizados, indo na contramão – ironicamente – dos preceitos de isonomia trazidos pela própria constituição imperial.

Cirúrgica é essa passagem de Eduardo Bittar:

Não obstante todos os progressos que se fizeram, permaneceu o tratamento diferenciado atribuído aos escravos, o que é passível de críticas na medida em que ia de encontro à expressa previsão de igualdade consignada na constituição imperial. Permaneceu, ainda, a previsão de aplicação da pena de morte, que por disposição expressa passou a ser executada somente através da força. (...) porque, como apropriadamente afirma Duek Marques, tal previsão se destinava precipuamente a preservar a política escravagista. (2017, p. 233)

Um episódio que ficou marcado na história foi o caso de Manuel da Mota Coqueiro, que fora acusado de mandar incinerar Benedito da Silva (e respectiva família) numa fazenda situada em Macabu/RJ. Embora tenha negado a autoria do crime, sua fuga – aliada aos fatos noticiados pela imprensa à época – acabou sendo fator decisivo para sua condenação. Na sequência, o Imperador (Dom Pedro II) negou-lhe ato de clemência a fim de que sua pena fosse transformada em prisão de caráter perpétuo e ele foi enforcado em 1855. Após referido episódio, um sujeito de nome Herculano acabou por confessar ao seu filho, perto de sua

³ Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25 de março de 1824.

morte, que fora o verdadeiro responsável pelo delito, então atribuído (falsamente) à Mota Coqueiro. Desse modo:

Tal confissão teria gerado um clima de dúvida e, via de efeito, a suposição da possibilidade da ocorrência de um erro judiciário já irreparável. Esse estado de coisas teria chegado ao conhecimento do Imperador Dom Pedro II, o qual, daí em diante, teria passado a conceder clemência a todos os condenados à força, comutando a pena capital em galés perpétuas. O episódio Mota Coqueiro é reiteradamente narrado na doutrina penal como o marco final da aplicação da pena capital em território brasileiro (...). Todavia, persistem dúvidas históricas acerca da ocorrência de outras execuções judiciais no Brasil posteriormente a esse fato (...). (BITTAR, 2017, p. 233-234)

Valério Mazzuoli (2021) afirma que o Brasil, a contar de 1876, não mais aplicou a pena extrema para delitos cometidos por civil; ademais, oficialmente, mesmo com permissivo constitucional, a referida pena não é aplicada institucionalmente desde 1889. Isso porque, a partir de 1890, fora promulgado o Código Criminal da República (atento às restrições que viriam na Constituição de 1891), que extinguiu a pena de morte no Brasil, com exceção de alguns crimes militares em caso de guerra (RIBEIRO, 2005).

2.2.3. PERÍODO REPUBLICANO

Com a Proclamação da República (1889), houve uma corrida por parte do governo no sentido de aprovar um novo código criminal com intuito de superar a legislação penal ora vigente. A pressa era tamanha que o conselheiro Batista Pereira, incumbido da missão pelo ministro da justiça Campos Sales, concluiu os trabalhos de maneira extremamente veloz que culminou no “Codigo Penal dos Estados Unidos do Brazil” - Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (BITTAR, 2017).

Para Bittencourt (2020), o Código Penal recém-publicado talvez seja o pior código da história brasileira sob a ótica da técnica, porquanto deixou para trás vários avanços positivistas e doutrinários, sendo, inclusive, objeto de vários projetos e estudos para alterá-lo.

Apesar dos avanços trazidos pelo novo diploma, por exemplo, a abolição da pena de morte e a previsão de institutos como prescrição e reabilitação criminal (verdadeiro quadro de mudança de paradigma), o Código Republicano foi lembrado em razão das suas redundâncias, imperfeições e imprecisões técnicas (BITTAR, 2017).

Esse período foi marcado pelo uso excessivo de leis penais extravagantes, dificultando a lógica normativa. Inclusive, grande parte das críticas se devem à enorme notoriedade do diploma legal anterior (CUNHA, 2020).

A solução encontrada, portanto, para tamanha bagunça legislativa foram as compilações das leis penais, já que houve inúmeras tentativas infrutíferas de reforma do código. Tais consolidações foram importantes diante das celeumas criadas frente às dúvidas sobre as normas a serem aplicadas ao caso concreto (BITTAR, 2017).

Como consequência, o desembargador Vicente Piragibe assumiu a tarefa de proceder à compilação dessas leis penais esparsas, culminando na Consolidação das Leis Penais em 1932 – Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932 (CUNHA, 2020).

Cezar Roberto Bittencourt (2020) comenta a respeito desse contexto:

Nesse longo período de vigência de um péssimo código (1890-1932) não faltaram projetos pretendendo substituí-lo. João Vieira de Araújo apresentou o primeiro em 1893, sem êxito. Em 1913, foi Galdino Siqueira, um dos maiores penalistas brasileiros de todos os tempos, que elaborou o seu projeto, que nem chegou a ser apreciado pelo Parlamento. Em 1928, Virgílio de Sá Pereira publicou o seu projeto completo de código penal, que também não obteve êxito. (p. 223-224)

Foi apenas em 1937 (ano do golpe de estado que perpetrrou no Estado Novo⁴) que Alcântara Machado foi designado para a elaboração de um novo projeto de código criminal, o qual foi sancionado e se transformou no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940), vigorando a partir de primeiro de janeiro de 1942 (BITTAR, 2017).

Está a se falar do mesmo Código Penal vigente até os dias de hoje, embora tenha sido objeto de reforma em boa parte (BITTENCOURT, 2020). No mais, acrescenta Eduardo Bittar (2017), que tal código merece destaque, eis que une duas escolas distintas: a clássica, defendida por Nelson Hungria – que inclusive participou da elaboração do projeto –, e a positiva, defendida por Roberto Lira (busca por meios de defesa social).

O Código Penal de 1940 é distinto no que concerne à adoção do sistema progressivo de aplicação das penas e por princípios liberais, notadamente o da legalidade, insculpido logo no seu artigo primeiro (BITTAR, 2017).

A história do direito penal castrense nem sempre foi tratada de maneira diversa do direito penal comum, embora seja hoje bastante nítida a divisão. Nesse sentido leciona Neves (2012) que não é possível se definir com precisão o momento do surgimento do Direito cujo objeto fosse a atividade beligerante, sendo provável que tenha ocorrido no período de operações bélicas a fim de julgar os crimes praticados em tempo de guerra. Nessa perspectiva, pode-se compreender que o Direito Penal Militar se desenvolveu de maneira paralela e com

⁴ Em 1930, pela via de um golpe de Estado, Getúlio Vargas assume o Governo. É o momento de ascensão da ditadura do Estado Novo (1937-1945), de predomínio do pensamento autoritário, de inspiração fascista (...). (BITTAR, 2017, p. 216)

notoriedade relacionada ao começo da prática bélica, que resultou na necessidade da análise jurídica sob um olhar diferenciado. Em suma, esse ramo do direito tem origem propriamente em Portugal e, conseqüentemente, na legislação penal lusitana.

No mais, Neves e Streifinger comentam sobre o marco histórico acerca deste Direito Penal Especializado:

Com efeito, as embarcações da Coroa não trouxeram apenas homens e o espírito colonizador, mas também todo o arcabouço jurídico do Velho Mundo. Como ponto inicial, portanto, deve-se entender que o Direito lusitano sofreu influência direta de suas peculiaridades históricas, especialmente o domínio romano e o visigótico. (...) Não raramente a pena capital era cominada, como no crime de lesa-majestade. Eram as Ordenações Filipinas, em conclusão, fruto de um Direito Penal de essência medieval. (...) Inicialmente, o Direito Penal do Reino não consagrava nítida separação entre Direito Penal comum e militar, havendo no “Código de Felipo” previsões que poderiam ser consideradas próximas a um Direito Criminal afeto à beligerância (...). (2012, p. 55-56)

Voltando ao período Republicano, houve a edição do Decreto-Lei nº 6.227 na Era Vargas em 24 de janeiro de 1944, o qual revogou a legislação anterior e instituiu o Código Penal Militar (CPM), prevendo, inclusive, a pena capital. Vigorou, entretanto, até o dia 31 de dezembro de 1969, pois entrou em vigor o Decreto-Lei nº 1.001⁵ (ALVES-MARREIROS, 2015).

Adriano Alves-Marreiros (2015) explica que o CPM vigente se inspirou nos trabalhos de Nélson Hungria, tendo sido acrescido de contribuições das Forças Armadas. Houve inovações pontuais acerca do direito material, todavia manteve a política criminal do código anterior. O atual CPM prevê, dentre suas penas principais, a pena de morte em seu art. 55, alínea “a”.

2.3. DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR (DECRETO-LEI Nº 1.001 DE 1969)

⁵ Em agosto de 1969, o General Arthur da Costa e Silva, Presidente da República, sofre um derrame, devendo ser sucedido, nos termos do que consignava a Constituição, pelo Vice-Presidente, Pedro Aleixo. Uma Junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas, a saber, o General Aurélio de Lyra Tavares, o Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald e o Brigadeiro Márcio de Souza e Mello, entretanto, convencida de que Costa e Silva não se recuperaria, decretou, em 14 de outubro de 1969, o Ato Institucional n. 16, declarando vagos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e assumindo a chefia do Poder Executivo até entregá-la ao General Garrastazu Médici. Foi durante o governo dessa Junta que, em 21 de outubro de 1969, nasceu, pelo Decreto-Lei n. 1.001, o Código Penal Militar, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970, sobrevivendo até os dias atuais com poucas alterações. (NEVES, 2012, p. 58)

O Código Penal Militar, conforme visto no tópico imediatamente anterior, possui como uma das penas principais a pena de privação de vida – pena de morte – que poderá ser aplicada desde que haja sentença condenatória transitada em julgado (NEVES, 2012). Entretanto, há de se observar a esfera de aplicação do Código Penal Castrense, que se subdivide em crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra (BRASIL, 1969).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, traz em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, que não haverá pena de morte, senão em caso de guerra declarada. Logo, é irrelevante tratarmos aqui sobre a esfera de aplicação do CPM no que diz respeito aos crimes militares em tempo de paz. Passemos, então, ao que diz o código acerca dos crimes militares em tempo de guerra:

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra: I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra; II – os crimes militares previstos para o tempo de paz; III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente: a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado; b) em qualquer lugar, se comprometerem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-lo a perigo; IV – os crimes definidos em lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro militarmente ocupado. (BRASIL, 1969)

O Código de Processo Penal Militar (CPPM), por sua vez, aduz, em seu artigo 4º, inciso II:

Art. 4º. Sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, aplicam-se as normas deste Código: II – em tempo de guerra: a) aos mesmos casos previstos para o tempo de paz; b) em zona, espaço ou lugar onde se realizem operações de força militar brasileira, ou estrangeira que lhe seja aliada, ou cuja defesa, proteção ou vigilância interesse à segurança nacional, ou ao bom êxito daquelas operações; c) em território estrangeiro militarmente ocupado. (BRASIL, 1969)

Cícero Neves e Marcello Streifinger trazem reflexão interessante acerca do tema ao questionarem se a permissão constitucional se restringe aos delitos militares e se toda guerra justificaria a aplicação da pena capital. Nesse sentido:

Para responder a essas indagações, deve-se iniciar com a leitura do permissivo constitucional, que dispõe que não haverá no Brasil pena “de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”. Há de se notar que o dispositivo constitucional não restringiu a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares, sendo hipoteticamente, em primeira análise que rechaçaremos adiante,

possível a implantação de pena de morte para crimes comuns, desde que haja a declaração de guerra de que trata o inciso XIX do art. 84 da Lei Maior. A previsão do nosso ordenamento constitucional, a título de comparação, diverge, por exemplo, da realidade espanhola, visto que a Constituição deste país restringe a possibilidade de pena de morte apenas aos crimes militares em tempo de guerra. A primeira Seção do Segundo Capítulo da Constituição espanhola de 1978, que trata dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, é inaugurada pelo art. 15, que dispõe: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra*”. Como se percebe, a hipótese constitucional restringe-se à legislação penal militar em tempo de guerra. Entretanto, embora nossa Constituição não admita a pena de morte, em tese, para crime comum, exigindo apenas o estado de guerra declarada nos termos do art. 84 da própria Constituição, fácil constatar que a legislação infraconstitucional atualmente em vigor não consagrou a pena de morte senão no Código Penal Militar, donde se conclui que o Brasil, não pela Constituição mas por norma infraconstitucional, aboliu toda e qualquer hipótese de pena de morte que não seja referente a um crime militar em tempo de guerra. Essa realidade normativa nos remete a outro diploma, desta vez de mote internacional. Trata-se da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. (NEVES, 2012, p. 583-584)

Nesse diapasão, o art. 4º, itens 2 e 3, do Decreto nº 678/92 aduz que: “nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente”; e “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”. Isso significa que caso o país que aderiu ao pacto tenha abolido a pena capital, ainda que de forma parcial, não poderia vir a retomá-la ou flexibilizá-la na parte em lhe fora restringida (NEVES, 2012).

Mazzuoli (2021) informa que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) traz um verdadeiro arcabouço protetivo de natureza coadjuvante à legislação nacional e que deve ser observada em conjunto com o ordenamento doméstico. Na mesma linha, colaciono essa passagem de André Ramos (2017, p. 223): “como decorrência do reconhecimento do direito à vida, a Convenção dispõe que, nos países em que a pena de morte não tiver sido abolida, esta poderá ser imposta apenas para delitos mais graves, após a sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena”.

Em outras palavras, o Brasil, por meio de sua legislação infraconstitucional, optou por não aplicar a pena de morte aos crimes não militares, já que uma vez aderido à convenção, não poderá reverter ao *status quo ante* (NEVES, 2012).

2.3.1. DA PENA CAPITAL

Para Alves-Marreiros (2015), a pena de morte se configura na pena capital, a qual pode ser executada de distintas maneiras. Em nosso ordenamento jurídico, limita-se apenas e tão somente em caso de alguns crimes militares (aqueles previstos no Livro II do CPM) e perpetrados em tempo de guerra.

Neves (2012) complementa asseverando que a pena de privação de vida (castigo supremo) é caracterizada pela morte do transgressor da norma penal incriminadora que culmina tal pena, após, evidentemente, uma sentença transitada em julgado. A previsão expressa, portanto, dessa penalidade está no artigo 55, alínea “a”, do Código Penal Militar.

Já o artigo 56 do mesmo diploma prevê que a pena de morte será efetivada por fuzilamento e seu procedimento está positivado no CPPM, mais especificamente em seu Livro V. O *caput* do artigo 57 do CPM afirma que: “a sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação”. A razão de ser do dispositivo está na possibilidade do Presidente da República, competindo-lhe privativamente, conforme dispõe o art. 84, inciso XII, da CF, conceder indulto ou comutar a respectiva pena.

Em outros dizeres, esse prazo, que impede a aplicação da pena de forma imediata, visa promover uma última chance ao condenado, por intercessão do chefe do Poder Executivo Federal, de ver a pena comutada, situação que já ocorreu no passado (ALVES-MARREIROS). A fim de ilustrar melhor essa fatídica hipótese:

A imposição da pena de morte, por sua vez, resultou do seguinte episódio: no dia 09.01.1945, dois soldados do Pelotão de Defesa do Quartel-General do 1.º DIE deslocaram-se armados até a residência de uma família italiana e, chegando ao local, puseram todos em fuga mediante disparos seguidos de rajadas de metralhadoras e ficaram em poder de uma menina de 15 anos que foi por eles estuprada. Na ocasião, enquanto um dos militares cometia a violência sexual o outro vigiava a entrada da casa, revezando-se em seu procedimento criminoso. Em determinado momento, percebendo que um dos familiares da inditosa vítima se aproximava do local do crime, um dos militares não hesitou em matá-lo. Procedendo com celeridade, a Justiça Militar instaurou o inquérito policial-militar em 18.01.1945, cuja solução data de 21 de janeiro. A denúncia foi oferecida em 25 de janeiro, tendo sido recebida no dia posterior. Os acusados foram citados em 29 de janeiro, interrogados, juntamente com as testemunhas, em 1.º de fevereiro e julgados e condenados no dia 07 do mesmo mês. Tendo recorrido da sentença, a apelação foi julgada em 07.03.1945 pelo CSJM no Rio de Janeiro, vindo a ser mantida a decisão de 2.ª instância. Por interferência do poder civil, a sentença não veio a ser executada. Tal possibilidade encontrava-se expressamente prevista pelo art. 41, do Código Penal Militar de 1944, que estipulava que a sentença definitiva condenatória que importasse na imposição da pena capital deveria ser comunicada ao Presidente da República logo após o seu trânsito em julgado, só podendo ser executada cinco dias depois da referida comunicação. Em consequência, ao ser comunicado do trânsito em julgado da pena de morte, o Presidente da República, deixando claro que o fazia unicamente por ato de graça, comutou ambas as penas de morte, fixando-as na pena

máxima de reclusão, ou seja, 30 anos. Nas suas palavras: ‘Se o Comandante em Chefe da FEB não considerou necessário mandar executar desde logo a pena, como lhe permitia o parágrafo único do art. 41 do CPM, se o exigisse o interesse da ordem e da disciplina militar, é de se concluir que esse interesse e essa ordem não serão afetados com a comutação da pena. Esta, entretanto, só se justifica como ato de graça’. Por sua vez, o Marechal Mascarenhas de Moraes, Comandante da FEB, ao ter ciência dos motivos da comutação da pena, manifestou-se nos seguintes termos em radiograma: ‘Lamento que por má interpretação das leis não tenha sabido, eu, usar das atribuições que me competiam, mandando executar, por interesse da ordem e da disciplina, logo após julgamento do Auditor, os dois condenados, assassinos confessos, nocivos [ao] prestígio, disciplina, honra e dignidade [da] tropa brasileira perante Exércitos, Aliados e população italiana. Interpretação acima devida [do] art. 31 do Dec.-lei 6.396, de 01.04.1944, posterior ao Código Penal Militar, o qual obrigando apelação [na hipótese de] todas [as] sentenças condenatórias, parece impedir aplicação parágrafo único do art. 41 do CPM’. Posteriormente, inclusive, os sentenciados foram beneficiados com nova comutação, que redundou na redução de suas penas para 06 anos de reclusão. (ALVES-MARREIROS, 2015, p. 1.256)

Essa passagem é interessante para mostrar que o parágrafo único do artigo 57 do Código Repressivo Castrense, tal qual previa o código anterior, permite que a pena seja imediatamente executada em se tratando de pena imposta em zona de operações de guerra sempre que os interesses militares da disciplina e da ordem o exigirem.

O CPPM, em seu artigo 707, determina que: “o militar que tiver de ser fuzilado deverá sair da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais”. O parágrafo primeiro do mesmo artigo afirma que “o civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido”. O parágrafo seguinte (2º) prevê a possibilidade do condenado receber socorro espiritual. Por fim, determina o Código Adjetivo Castrense, no art. 708, que a execução será lavrada em ata circunstanciada, devendo ser assinada pelo executor e por duas testemunhas, sendo remetida ao comandante-chefe a fim de ser publicada em boletim.

Alves-Marreiros (2015, p. 793) comenta que: “estas regras traduzem evidente preocupação humanitária com a execução da pena capital, visando evitar, ao máximo, o sofrimento desnecessário do sentenciado no processo de imposição de uma sanção penal tão extremada”.

Cumprir observar que os crimes que culminam na pena capital estão previstos a partir do artigo 355 do Código Penal Militar. Exemplo desses delitos são a traição (art. 355), fuga em presença do inimigo (art. 365), espionagem (art. 366), libertação de prisioneiro (art. 394), genocídio (art. 401), *et cetera*.

2.4. DO TEMPO DE GUERRA/GUERRA DECLARADA

Superada a possibilidade de aplicação da pena de morte prevista no Código Penal Militar, resta compreender o termo guerra declarada previsto na alínea “a” do inciso XLVII do artigo 5º da CF. Aludido dispositivo faz menção ao artigo 84, inciso XIX, do mesmo diploma, a saber:

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. (BRASIL, 1988)

Paulo (2015) ensina que as atribuições contidas nos incisos VII, VIII e XIX do art. 84 da Constituição Federal dizem respeito à representação do Brasil no cenário internacional estritamente relacionadas à chefia de Estado.

De todo modo, deve o Congresso Nacional (CN) autorizar a declaração do estado de guerra por parte do Presidente da República por força do artigo 49 da Carta Magna:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar. (BRASIL, 1988)

Além disso, pode o Presidente da República, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao CN autorização para decretar estado de sítio (art. 49, inciso IV, da CF) em caso de declaração de estado de guerra ou em resposta a agressão armada estrangeira (art. 137, inciso II, da CF).

Cícero Neves (2012) discorre que:

(...) a disposição trazida pela Constituição Federal não foi acidental, porquanto a República Federativa do Brasil não promove a guerra senão para garantir sua defesa. Essa conclusão parece evidente quando analisamos os princípios desta República na ordem internacional, grafados no art. 4º da Constituição de 1988, onde verificamos que, perante a comunidade internacional, o Brasil se declara independente ao mesmo passo que se compromete a respeitar a independência dos outros Estados nacionais (inciso I), neles não intervindo (inciso IV) e os considerando iguais entre si (inciso V), a observar a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a respeitar a autodeterminação dos povos (inciso III), a defender a paz (inciso VI) tendo por estratégia principal de resolução de contendas a busca de uma solução pacífica dos conflitos (inciso VII). Essa realidade permite-nos concluir que o Brasil não promove a guerra de conquista ou de intervenção, mas apenas aquela de defesa, em que se encontra na situação de Nação agredida, e não agressora, dando lógica à previsão de pena de morte somente nesse tipo de guerra. Por outro bordo, o termo “agressão” deve ser entendido em sentido mais amplo, não comportando apenas a agressão

física, mas também a agressão moral, econômica, etc., justificando a declaração de guerra. (p. 586)

O termo guerra declarada deve ser compreendido como luta armada travada por no mínimo dois Estados, excluindo-se, portanto, eventuais conflitos de unidades pertencentes à mesma federação, cuja característica seria de guerra civil (DE PLÁCIDO E SILVA, 1996, *apud* NEVES, 2012).

O Código Penal Militar, por sua vez, preceitua tempo de guerra em seu artigo 15: “o tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nêle estiver compreendido aquêle reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades”.

Cumprе destacar que, em caso de guerra declarada, a natureza da legislação penal militar é excepcional, dotada, portanto, de ultratividade. Inclusive é o teor do artigo 4º do CPM: “a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência”. Isso quer dizer que, mesmo após cessadas as circunstâncias ensejadoras do conflito (conforme anteriormente visto), ela será aplicada aos crimes cometidos ao tempo e nas especificidades que a justificaram. Em outras palavras, o castigo supremo poderá ser executado inclusive em tempo de paz, ressaltando-se que as medidas e penas porventura sobrepostas serão estritamente atinentes ao período extraordinário (NEVES, 2012).

Há, entretanto, entendimento diverso de que se findando a guerra, caso haja tido, naquele contexto, cometimento de crime com a imputação de morte como penalidade e a sentença tenha sido proferida em período pacífico, que se evite a execução do castigo supremo mediante comutação da pena (NEVES, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena de morte, deveras, é assunto que sempre desperta algum tipo de interesse nas pessoas, por conta das mais variadas convicções políticas, filosóficas ou culturais. Assim sendo, o presente artigo buscou explorar a natureza dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, bem como suas limitações frente ao ordenamento jurídico nacional. Nos limites, o destaque reside nas penas admitidas pelo texto constitucional, bem assim naquelas em que o regime democrático entendeu por bem não permitir.

Além disso, cuidou-se da cronologia atinente ao instituto da privação da vida - instrumentalizada, portanto, pela pena de morte -, mormente com relação ao contexto brasileiro. O artigo buscou trazer a historicidade do instituto desde o período da invasão do Brasil pelos portugueses até o que prevê a atual Carta Política de 1988.

Após, buscou-se analisar propriamente o contido no art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” da CF, assim como a legislação infraconstitucional pertinente à temática. Ocorre que a regra é pela impossibilidade (proibição expressa) da aplicação da pena capital, pois o dispositivo supramencionado condiciona a aplicação da respectiva pena ao contexto de guerra declarada nos moldes do art. 84, inciso XIX, da CF.

Nessa perspectiva, tem-se que, caso haja uma agressão estrangeira ao Brasil, poderá o Presidente da República declarar guerra, desde que autorizado pelo Congresso Nacional ou por ele referendado em caso de intervalo/recesso legislativo. Nesse ínterim, deve, também, o presidente decretar o estado de sítio em razão da agressão prévia estrangeira.

Assim, estando devidamente configurado o estado de guerra declarada, serão aplicados os preceitos do Código Penal Militar (onde prevê, dentre outras, a pena de morte) e o Código de Processo Penal Militar (previsão dos procedimentos a serem adotados neste contexto).

Dentre os crimes que podem acarretar a pena de morte, estão os de espionagem, fuga na presença do inimigo, genocídio, entre outros. O CPM aduz que essa pena será executada por fuzilamento. Sobre o procedimento a ser adotado, reza o CPPM que o apenado que tiver de ser fuzilado, deverá sair da prisão e ter seus olhos vendados (podendo recusar-se), ocasião em que receberá as descargas. Por fim, este procedimento tem uma peculiaridade, a saber: a pena extrema só será executada depois de decorridos sete dias da comunicação – realizada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - ao Presidente da República (salvo se fora imposta em zona de operações de guerra), pois este pode se utilizar do instituto da comutação da pena em benefício do réu.

Em suma, diante todo o arcabouço garantista dos direitos fundamentais, excepcionalmente, poderá ser adotada no Brasil a pena de morte, desde que estejamos em período extraordinário de guerra declarada, tão somente em caso de crimes militares previstos na parte especial do Código Penal Castrense (cometidos por milicianos ou não) e exclusivamente naqueles delitos cujas penas, em grau máximo, sejam a de morte.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. . Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. **Direito penal militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *E-book*.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense: 2018. *E-book*.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

BITTAR, Eduardo C. B. (org.). **História do direito brasileiro**. 4. ed. ver, modif. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar: Decreto-lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 10 nov. 2022.

_____. **Código Penal: Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 10 nov. 2022.

_____. **Código Penal Militar: Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em 10 nov. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 nov. 2022.

_____. **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 24 abr. 2023.

_____. **Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 28 set. 2022.

CARVALHO, Gustavo. **No Brasil ainda existe a previsão da pena de morte?** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/87969/no-brasil-ainda-existe-a-previsao-de-pena-de-morte>>. Acesso em 22 set. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120).** 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

GADELHA, Patricia Silva. **A pena de morte em tempo de guerra.** Disponível em <<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/penademorte.pdf>>. Acesso em 22 set. 2022.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Alessandro Martins; ROCHA, Roberto Barroso. **Descobrimento/achamento, encontro/contato e invasão/conquista: a visão dos índios na descoberta da América Portuguesa.** Disponível em <<http://periodicos.est.edu.br/index.php/identidade/article/view/2742/2642>>. Acesso em 07 mai. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional.** 26. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. *E-book*.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional.** 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. *E-book*.

MOTTA, Sylvio. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *E-book*.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

_____. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. 7. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Afinal, existe pena de morte no Brasil?** Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/382781050/afinal-existe-pena-de-morte-no-brasil>>. Acesso em 22 set. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PORTUGAL; LEÃO, Duarte Nunes do. **Leis extravagantes/Collegidas e Relatadas pelo Licenciado Duarte Nunez do Leão; per mandado do muito alto e muito poderoso rei Dom Sebastião, Nosso Senhor**. <https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18063/leis_extravagantes_portugal.pdf?sequence=6&isAllowed=y> Acesso em 13 abr. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral, volume 1**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

RIBEIRO, João Luiz. **No meio das galinhas as baratas não tem razão. A lei de 10 de junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no Império do Brasil (1822 – 1889)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História do brasil**. São Paulo: Scipione, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.