

ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL. VELHOS E NOVOS OLHARES. HOMENAGEM AOS 150 ANOS DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL¹

ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN BRAZIL. OLD AND NEW PERSPECTIVES. TRIBUTE TO 150 YEARS OF THE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY IN PORTUGAL

ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN BRASIL. VIEJAS Y NUEVAS PERSPECTIVAS. HOMENAJE A 150 DE LA ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN PORTUGAL

FABIO ROBERTO D'AVILA

<http://orcid.org/0000-0001-7695-7448> / <http://lattes.cnpq.br/1877876661108314> / fabio.davila@pucrs.br

Professor Titular da Escola de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Doutor em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutorado em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Frankfurt am Main, Alemanha. Porto Alegre, RS, Brasil.

RESUMO

O presente texto corresponde, com alterações de pormenor, à comunicação feita por ocasião do Colóquio Comemorativo aos Cento e Cinquenta Anos da Abolição da Pena de Morte em Portugal, ocorrido em outubro de 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A partir de uma breve digressão à história da pena de morte no Brasil, defende-se, em termos essenciais, e em oposição à compreensão por muitos defendida quando do seu centenário, o enfrentamento da pena de morte enquanto problema fundamentalmente jurídico, e não meramente político: a morte não é pena; e a pena, enquanto sanção jurídica, não pode ser morte. O aniquilamento do sujeito a ser punido não é, e não pode ambicionar a ser, uma sanção jurídico-criminal.

Palavras-chave: Abolição da pena de morte; Pena; Pena de morte; Pena de morte no Brasil; Sanção jurídico-criminal.

ABSTRACT

This text corresponds, with minor changes, to the communication made at the Colloquium Commemorating the One Hundred and Fifty Years of Abolition of Death Penalty in Portugal, held in October 2017 at the Faculty of Law of the University of Coimbra. From a brief digression to the history of the death penalty in Brazil, it defends, essentially, and opposing the understanding defended by many during its centenary, the confrontation of the death penalty as a fundamentally legal problem, and not merely political: death is not a penalty; and punishment, as a legal sanction, cannot be death. The annihilation of the subject to be punished is not, and cannot aspire to be, a criminal sanction.

Keywords: Abolition of the death penalty; Penalty; Death penalty; Death penalty in Brazil; Criminal sanction.

¹ A versão final do presente escrito conta com o valioso contributo do Mestre em Ciências Criminais Lucas Minorelli, a quem registro a minha sincera gratidão.

RESUMEN

El presente texto corresponde, con pocas modificaciones, a la comunicación hecha con ocasión del Coloquio conmemorativo a los Ciento y Cincuenta años de la abolición de la pena de muerte en Portugal, celebrada en de octubre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. A partir de una breve digresión a la historia de la pena de muerte en Brasil, se defiende, en términos esenciales, y en oposición a la comprensión por muchos defendida en su centenario, el enfrentamiento de la pena de muerte como problema fundamentalmente jurídico, y no meramente político: la muerte no es pena; y la pena, como sanción jurídica, no puede ser muerte. El aniquilamiento del sujeto a ser castigado no es, y no puede ambicionar a ser, una sanción jurídica-criminal.

Palabras clave: Abolición de la pena de muerte; Pena; Pena de muerte; Pena de muerte em Brasil; Sanción jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A PENA DE MORTE NO BRASIL; 2 A MORTE ENQUANTO PENA. UMA CONTRADIÇÃO INVENCÍVEL; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Há 150 anos, quando a abolição da pena de morte não passava de romântica ilusão a animar os espíritos mais liberais, o povo português, com olhos para além do seu tempo, colocava por terra uma das mais funestas faces do direito penal: o pretendido direito de matar. Em admirável ato de coragem e autonomia, Portugal antecipava-se ao que viria a ser uma incontornável tendência das democracias do mundo - a abolição da pena de morte.

Hoje, passado um século e meio, com o peso das decisões consolidadas pelo tempo, é preciso celebrar! É preciso celebrar o pioneirismo, a altivez humanitária dessa nação, mas acima de tudo o início de um novo tempo, em que povos ao redor do mundo viriam a reconhecer e a garantir a cada cidadão, na forte expressão de Miguel Torga, “o direito de morrer a sua própria morte”².

A bem da verdade, a abolição da pena de morte insere-se hoje dentre os legados civilizatórios mais emblemáticos das democracias contemporâneas. É algo muito maior do que ela própria. Arrasta consigo todo um ideário, toda uma forma de ver o mundo e as coisas do direito. Algo que desperta o incomum sentimento de definitivo, de acabado, de posto; um patrimônio, assim queremos, intocável da nossa cultura.

O nosso tempo, contudo, tristemente, insiste em lançar sombras sobre tudo isso. Vivemos dias cinzentos, tempos difíceis para os direitos humanos e para as liberdades. Tempos que nos levam a duvidar da perenidade das nossas conquistas ou ao menos do seu alcance. Vivemos tempos difíceis mesmo para aquilo que sempre acreditamos inquestionável. As

² TORGA, Miguel. Pena de morte. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. I. p. 05.

evidências já não parecem tão evidentes assim. As liberdades parecem ganhar demasiada fluidez. Tempos em que pululam nas democracias atos de indisfarçável autoritarismo, a nos fazer desconfiar da solidez de nossos passos.

Celebrar os 150 anos da abolição da pena de morte é, por isso, nesse preciso horizonte, também um convite à reflexão acerca do sentido e do lugar que deve ela assumir nos quadros do pensamento penal contemporâneo. O que se propõe aqui é, pois, um voltar de olhos, ainda que breve e fragmentado, a essa precisa questão, tendo em conta alguns elementos históricos e a evolução legislativa da pena de morte no Brasil.

Para tanto, em um primeiro momento, importa destacar alguns aspectos da experiência brasileira, para então, em um segundo, já mais propositivo, trazer alguma reflexão acerca da pena de morte enquanto sanção.

1 A PENA DE MORTE NO BRASIL

Permitam-me contar uma história:

A mais célebre execução à morte em terras brasileiras deu-se em 6 de março de 1855, em decorrência da chacina de uma família inteira de agricultores no município de Macaé, no litoral fluminense. Esse fato, envolto a mitos e curiosidades, conta a história de um rico fazendeiro, de nome Manuel da Motta Coqueiro, que se envolve em uma relação extraconjugal com a filha de um agricultor que habitava suas terras e com quem tinha um acordo para a exploração da propriedade.³

A inesperada gravidez da menina associada a desentendimentos acerca do uso da terra levaram a uma série de atritos entre Motta Coqueiro, que queria se ver livre daquela família, e o agricultor Francisco Benedito, que pretendia lucrar com a gravidez da filha. O conflito chegou a assumir a forma de ameaças recíprocas, emboscadas e tentativas de agressão, as quais, todavia, não tiveram maiores consequências.⁴

Ocorre que, em meio a esse ambiente de hostilidades, em 11 de setembro de 1852, a família de Francisco Benedito torna-se vítima de um cruel massacre “perpetrado por um grupo

³ MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 28.

⁴ MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 28; MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. A história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 133.

de 6 a 8 homens armados de paus, facões e foices”⁵. Morreram oito pessoas. Ninguém foi poupado. Homens e mulheres, adultos e crianças, todos foram mortos de forma impiedosa.⁶ A suspeita, como era de se esperar, recaiu imediatamente sobre Motta Coqueiro, o qual chega a fugir, mas é posteriormente capturado e preso.⁷

Esse fato ganhou uma extraordinária exposição nos jornais da época. Foi já naquele tempo o que poderíamos chamar de “fato midiático”, com grande impacto na opinião pública que clamava por “justiça”. Motta Coqueiro passou a ser denominado de a “fera de Macabu”⁸. Enfraquecido pelo clamor popular, tornou-se então presa fácil para os interesses escusos de seus inúmeros inimigos. O mundo desmoronava para Motta Coqueiro. E o resultado de tudo isso não poderia ser outro. O fazendeiro foi submetido a um julgamento de obscura condução, eivado de nulidades, o qual acabaria, fatalmente, por conduzi-lo à forca.⁹

Após a execução, porém, o fato sofre uma importante reviravolta.

Novos elementos vêm à tona e uma grande dúvida passa a pairar sobre a condenação. Não teria sido Motta Coqueiro o mandante da execução, mas, possivelmente, a sua esposa. O fato ganha amplo espaço nas crônicas criminais do país, inclusive pela obra de homens ilustres como José do Patrocínio.¹⁰ É referida, por alguns, como erro judiciário, por outros, de forma mais aguda, como assassinato político.

⁵ MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 27.

⁶ O relatório do exame de corpo de delito teria identificado apenas sete mortos. Segundo Marchi, o relatório “feito no dia 16 atestava: ‘Acharam sete corpos mortos - Francisco e sua mulher, duas filhas maiores de 14 anos, duas de 7 anos mais ou menos e a outra menor de 3 anos. Uma de 14 anos com um braço quebrado a pau e não foi possível o exame nos outros corpos, em razão de se acharem bastante danificados pelo fogo’”. Contudo, observa o autor que o equívoco no número de vítimas decorre de uma falha na investigação. Os peritos não teriam mencionado o cadáver do filho mais velho, José Benedito, “que estava caído no mato próximo” (MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. A história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 157). A mesma nota pode também ser encontrada em MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 27.

⁷ MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 30.

⁸ MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 31.

⁹ MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. A história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 210; MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 36.

¹⁰ “Decorridos vinte anos da data da execução de Motta Coqueiro, o jovem José do Patrocínio, com apenas vinte e um anos de idade, percebe que o crime de Macabu apresentava um extraordinário

Mas não só. A condenação de Motta Coqueiro passa a ser registrada pela literatura nacional como *o marco de virada na história da pena de morte em terras brasileiras*. Teria sido esta a última vez em que a pena capital viria a ser executada no Brasil. A grave injustiça praticada contra Motta Coqueiro teria sensibilizado o imperador D. Pedro II que, desde então, passaria sistematicamente a comutar a pena de morte. Vale dizer: a pena de morte no Brasil teria encontrado o seu fim, trágico fim, no remoto ano de 1855, em razão da condenação de um homem inocente.

Essa é a história. E assim ela vem sendo contada por muitos, ao longo do tempo.

Por ocasião das comemorações aos 100 anos da abolição da pena de morte em Portugal, e, portanto, há 50 anos, em célebre colóquio sediado pela Universidade de Coimbra¹¹, Nelson Hungria viria a relatar esse mesmo fato, atribuindo a ele esses exatos contornos.¹² Heleno Fragoso, por sua vez, na mesma oportunidade, conquanto por outros caminhos, viria também a destacar a “larga tradição” brasileira “de repúdio à pena de morte”. Seria ela “incompatível com a índole de nosso povo”.¹³

Há aqui, todavia, dois elementos que merecem a nossa atenção.

O primeiro, um equívoco histórico. Ao que tudo indica, o mito se fez mais forte que o fato.

Em que pese a injustiça praticada, após a execução de Motta Coqueiro, mais 61 pessoas foram condenadas à morte no Brasil, dentre elas 20 homens livres. A última execução que se tem notícia não é a de Motta Coqueiro, em 1855, mas a de um escravo de nome Francisco, em

potencial para dar visibilidade à luta que empreendia contra o instituto da pena de morte” (MÖLLER, Renato Cesar. *A Fera de Macabu*. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 10).

¹¹ O *Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal* foi um evento grandioso. Realizado nos dias 11 a 16 de setembro de 1967, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reuniu mais de seis dezenas dos mais destacados penalistas e pensadores da época e resultou em uma das mais ricas publicações sobre a temática que se tem conhecimento. Dentre os brasileiros que acorreram ao evento estão os nomes de Paulo José da Costa Júnior, Heleno Cláudio Fragoso, Nelson Hungria e Miguel Reale. Os anais, reunidos em três volumes, encontram-se publicados pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o mesmo título atribuído ao evento: *Pena de morte. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal*.

¹² HUNGRIA, Nelson. A pena de morte no Brasil. In: AA. VV. *Pena de morte*. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. II. p. 176.

¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pena de morte. In: AA. VV. *Pena de morte*. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. II. p. 64.

28 de abril de 1876 (no Estado do Rio de Janeiro)¹⁴, quando, então, e somente então, a pena de morte passaria a ser comutada sistematicamente. Nem a injustiça cometida, nem o erro judiciário foram, em verdade, suficientes para o seu abandono.¹⁵

Segundo, tendo em conta os nossos últimos 50 anos, não teria eu tanta convicção nessa larga tradição brasileira de repúdio à pena de morte.

É verdade que tivemos um bom começo.

Por influência, dentre outros, dos ideais liberais e humanitários defendidos nessa Universidade (Universidade de Coimbra), onde então ecoava os ensinamentos do renomado Pascoal de Mello Freire, as primeiras leis do Brasil tiveram a marca da vanguarda humanista.¹⁶ A Constituição do Império de 1824 proclamou a abolição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e das penas cruéis (art. XIX), assegurou a pessoalidade das penas e buscou humanizar a execução. O Código Penal de 1830, por sua vez, com a decisiva participação de dois egressos de Coimbra¹⁷, Bernardo Pereira de Vasconcelos e Clemente Pereira¹⁸, consolidou o forte acento liberal da nova legislação, e viria a ser considerado uma das mais qualificadas e influentes codificações da época.¹⁹ Aliás, a pena de morte só não foi abolida na altura em razão de uma

¹⁴ CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: o erro em torno do erro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 261-274, 2001. p. 261, 267 e 270; MÖLLER, Renato Cesar. *A Fera de Macabu*. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 93 (Quadro 1).

¹⁵ MÖLLER, Renato Cesar. *A Fera de Macabu*. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007. p. 20 e 86.

¹⁶ Ver PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 68.

¹⁷ GAUER, Ruth. *A construção do estado-nação no Brasil*. A contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2001. p. 305.

¹⁸ “O primeiro projeto brasileiro de Código Penal foi apresentado à Câmara dos Deputados em 4 de maio de 1827, por Bernardo Pereira de Vasconcelos. Dias depois, em 15 de maio, o também Deputado José Clemente Pereira apresenta um projeto de bases para o Código Penal, para, no dia seguinte, levar à Câmara o seu próprio projeto de Código”, o qual, todavia, embora tenha tido relevo, não obteve o mesmo sucesso do Projeto Bernardo Pereira, “este sim decisivo para os trabalhos legislativos que culminaram na promulgação do Código Penal de 1830” (D’AVILA, Fabio Roberto. Antecedentes históricos do Código Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, v. 10, n. 43, p. 117-134, 2011. p. 119). Também, PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 66; BRUNO, Anibal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I. p. 178; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1952. t. I. v. I. p. 122.

¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950. t. I. p. 1046; BRUNO, Anibal. *Direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I. p. 178; GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. São Paulo: Max Limonad, 1952. t. I. v. I. p. 123; PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

Ocorre que nem mesmo o advento da Constituição Cidadã de 1988, que inaugura um “novo Brasil”, um novo *ethos* jurídico-político, teria sucesso em encerrar de uma vez por todas a história legislativa da pena de morte no Brasil. Conquanto comprometida com um modelo de Estado plural, multicultural, tolerante e não liberticida, a Constituição Federal de 1988, que recepcionou, sem tergiversar, a inviolabilidade da vida, não foi forte o suficiente para fazer da pena de morte um mero dado histórico.

Nos bastidores da constituinte, mais uma vez, reiterada vez, faziam-se ouvir os velhos argumentos, fundados no horror de certos crimes, só aplacáveis com a pena de morte; no caráter desumano, animalesco de certos criminosos²⁴, indignos da condição de ser humano²⁵; na sua impossível correção; no seu elevado custo²⁶; na necessidade de servir de exemplo para a contenção da criminalidade. Até mesmo argumentos de cunho religioso (com base em passagens do Deuteronômio), por mais incrível que isso possa parecer, foram utilizados. Com isso, pretendiam os adeptos da pena capital obter, ao menos, uma consulta popular, o que, todavia, não viria a ser realizada.

A nova Ordem Constitucional, ao fim e ao cabo, garantiu apenas o essencial. Obteve-se a abolição da pena de morte para crimes comuns; remanesceu, porém, lamentavelmente, para crimes militares em tempos de guerra. Hipótese essa que conforma hoje mais de três dezenas de tipos penais, crimes que vão da traição (art. 355 do Código Penal Militar - CPM) à cobardia qualificada (art. 364 CPM).

É bem possível, em contrapartida, dada a nossa história, que a pena capital nunca venha a ser aplicada no Brasil. Mas não é isso que está aqui em questão, e sim a sua simples presença na Carta constitucional e tudo o que essa presença implica e significa. Somos, nesse particular, uma democracia capenga, incompleta, pela metade.²⁷ Uma democracia que, por isso, não se surpreende quando pesquisas de opinião sobre a pena de morte atestam, ainda hoje, um país dividido, claudicante, meio-a-meio.²⁸

²⁴ “O que vamos fazer com esses monstros?” AMARAL NETTO, Fidélis dos Santos. **Assembléia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 296, p. 12855.

²⁵ “[...] o pai de Anneliese diz que esses bandidos não são seres humanos.” ALMEIDA, Francisco Rossi. **Assembléia Nacional Constituinte**, Brasília, ano I, n. 48, p. 1459.

²⁶ “Dar-lhes um hotel formidável, uma penitenciária linda, junto com pessoas que roubaram uma galinha ou bateram uma carteira, junto com elas, com piscina, com tudo, mais ar refrigerado, ou colocá-los sob a pena de morte, que é o de que o Brasil está precisando?” AMARAL NETTO, Fidélis dos Santos. **Assembléia Nacional Constituinte**, Brasília, ano II, n. 296, p. 12855.

²⁷ Como se percebe, e pelas razões expostas na última parte do presente texto, não estamos aqui a nos referir à democracia em sua dimensão puramente formal.

²⁸ “A população brasileira está dividida quanto à adoção da pena de morte. Dentre os entrevistados, 46% mostram-se a favor (31% totalmente e 15% parcialmente), outros 46% são contrários (34% totalmente e 12

Tudo a reforçar, por um lado, a minha mais sincera admiração pelo grandioso feito que, neste país, há 150 anos, tinha lugar. Por outro, a minha falta de convicção de que tenhamos, em termos culturais, sepultado, de uma vez por todas, a pena de morte. Maior esperança talvez se possa e se deva creditar ao direito, na pena de morte como problema eminentemente jurídico, e, nesse preciso campo, buscar a sua definitiva extinção. Lancemos, pois, um breve olhar sobre essa questão.

2 A MORTE ENQUANTO PENA. UMA CONTRADIÇÃO INVENCÍVEL

A pena de morte, se bem vejo, encerra uma contradição invencível. Morte não é pena; pena, em seu sentido jurídico, não pode ser morte.

A pena criminal, enquanto modalidade de sanção que se abre ao Estado, pressupõe aquele que a suporta e a sofre. É ela, irremediavelmente, *afirmação de liberdade e responsabilidade*.²⁹ Ato *essencialmente comunicacional*, que se abre, sem dúvida, à comunidade, mas não sem antes, e fundamentalmente, abrir-se ao próprio condenado. Expressão daquilo que pretende ser a *justa resposta* ao crime cometido; ainda que de uma justiça humana e, por isso, histórica, datada e imperfeita. É, pois, por exigência lógica, manifestação que não pode se projetar para além do limite das forças e da capacidade daquele que a recebe.

Aniquilar quem deveria sofrer a sanção é subtrair da pena o seu sentido primeiro, é privá-la da sua *ratio* mais profunda, do diálogo íntimo, único e irrepetível que deve ela manter com a pessoa do condenado. É transfigurá-la, de sanção jurídica, plena de fundamento, razão e fins, em um macabro espetáculo que, na ausência daquele que confere sentido à sua aplicação, não passa de alimento ao perverso deleite de alguns.³⁰

% parcialmente)” PESQUISA CNI-IBOPE: Retratos da sociedade brasileira: segurança pública (Outubro 2011). Brasília: CNI, 2011. Disponível em: <http://www4.ibope.com.br/download/111019_cni_seguranca.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018. p. 26.

²⁹ “Porque sou livre e autônomo. Porque sou pessoa (indivíduo) sou responsável. Respondo por aquilo que faço, por aquilo que fiz. Logo, a pena aplicada ou a aplicar tem que ser envolvida pelo olhar que quer ver o pretérito.” FARIA COSTA, José de. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: FARIA COSTA, José de. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 226-227.

³⁰ Na forte expressão de Victor Hugo, “espectadores ávidos e cruéis” (HUGO, Victor. *O último dia de um condenado*. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 151). Sobre a pena de morte na literatura, ver os comentários de Henriete Karam às obras de Vitor Hugo (O último dia de um condenado), Herman Melville (Billy Budd) e Leonardo Sciascia (Portas abertas) (KARAM, Henriete. A pena de morte como instituto antidemocrático. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 14, n. 20, p.49-69, 2016).

Espetáculo em que sai de cena o sujeito e entra a coisa. Na morte não há diálogo, mas um sombrio monólogo. Monólogo no qual a pessoa - bem lembrava Miguel Reale, há 50 anos, nesta mesma Casa - “é negada enquanto tal”, no qual a pessoa é “convertida em coisa”³¹. Odioso processo de reificação, em manifesta afronta ao que nos há de mais caro em uma democracia, em manifesta afronta a dignidade humana.

Não há, pois, nesses estreitos limites, como reivindicar à pena de morte um lugar legítimo no seio da juridicidade. E isso, a despeito da compreensão que a ela se empreste, seja de orientação preventiva, seja retribucionista. Simplesmente não há aqui uma pena. Pode haver vingança, sem dúvida, até guerra, a depender da perspectiva da qual se parte, mas não uma pena. O aniquilamento do sujeito a ser punido não é, e não pode ambicionar a ser, uma sanção jurídico-criminal.

Mas ainda que assim não fosse. Ainda que a razão não nos desse guarida e fosse legítimo, sim, conceber na destruição do condenado uma forma de sanção, isto é, de uma sanção que, de costas para alguém já sem futuro, falasse apenas à comunidade; ainda assim, repito, seria preciso interrogar: o que, afinal, pretenderia o Estado; o que, afinal, estaria o Estado a dizer?

Seria legítimo ao Estado de Direito, sem estiolar por completo os limites da lógica, defender a inviolabilidade da vida e, ao mesmo tempo, resguardar o direito de matar? Seria possível, em prol da vida, promover a morte; matar, para punir o homicídio. Seria possível, para defender a ordem, violar os mesmos valores que sustentam e animam essa mesma ordem?

Bem diria Vitor Hugo, pela boca de seu condenado a morte: “*Miserável! Que crime cometi eu e que crime faço eu cometer a sociedade!*”³²

Sejamos, pois, diretos. O que aqui se quer defender, sem rodeios, é que a questão da pena de morte não é, ou ao menos não deve ser, uma questão política, como assim pretendia Manzini³³ e, há 50 anos, encontrava eco nos contributos de Heleno Fragoso³⁴ e Sebastián Soler³⁵; mas, sim, inexoravelmente, uma questão jurídica.

³¹ REALE, Miguel. Pena de morte e mistério. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. I. p. 47.

³² HUGO, Victor. **O último dia de um condenado**. Tradução de Joana Canêdo. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. p. 104.

³³ MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di diritto penale italiano**. 7. ed. Padova: CEDAM, 1941. p. 219; posição também destacada por Miguel Reale e a partir da qual ele abre as suas reflexões sobre o tema (ver REALE, Miguel. Pena de morte e mistério. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. I. p. 41).

³⁴ “Estamos entre os que entendem que a matéria não é jurídica. A disputa em torno da legitimidade da pena de morte não tem sentido no plano jurídico e não pode ser resolvida nesse terreno. Os juristas do século passado, que procuravam discutir esse aspecto da questão, tinham de desloca-lo, necessariamente,

Uma questão que se abre, sem dúvida, também à política, mas que deve encontrar definitiva conformação e delimitação nos estritos limites da juridicidade. Uma questão que interroga sobre o que há de mais íntimo na existência humana, sobre aquilo que somos e o porquê de assim sermos, sobre o *eu* e o *outro*, sobre a vida e a morte, e, assim, também sobre o sentido último da sanção criminal e os limites do próprio Estado de Direito. Aqui, não há lugar para deliberações de conveniência, para proposições de praticidade ou eficiência, para o atendimento de custos ou índices de criminalidade.

Nesse preciso horizonte compreensivo, e só a partir dele, se bem vejo, alcança a abolição da pena de morte o seu verdadeiro lugar na história do pensamento penal contemporâneo. Torna-se, finalmente, um marco a consubstanciar, de forma derradeira e definitiva, o processo de humanização das penas. A permitir que se diga, sem erro, que a história da pena criminal é, e sempre será, a história da sua mitigação e humanização.

Um marco não só a apontar os excessos do passado, mas a permitir um quase ilimitado processo de humanização da pena, a ter como único e extremo limite, o limite lógico de ser ela um *não*, uma resposta de *signo negativo*, a afirmação de uma proibição. Ato a comunicar o desvalor de uma ação delitativa e a correspondente e necessária responsabilidade que a coexistência comunitária encerra, mas sem que, para tanto, seja necessário extirpar vidas, derramar sangue, docificar corpos ou aniquilar espíritos. É dizer, em língua alemã, se me permitem, menos *Peinliches Recht* e mais *Strafrecht*.

E se a história não nos permite confiar na perenidade de nossas conquistas, o que resta ao direito enquanto ciência é servir de porto seguro do legado humanitário que nos identifica para que, ainda que em tempos mais duros, seja o Direito o primeiro a denunciar e constranger pretensões autoritárias do Estado. Direito que, na bela imagem de Mia Couto, no inverno da existência, torna-se “semente” da nossa humanidade, “sonho a engravidar o tempo”, terra a “guardar inteiras as nossas vozes”³⁶.

Parabéns a Portugal, parabéns à Universidade de Coimbra, por 150 anos de uma vanguarda que inspirou e inspira o mundo!

para o campo do direito natural. A eliminação da vida humana, como perda de um bem, pode constituir perfeitamente pena. A questão da pena de morte é política e é, sobretudo, cultural.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. Pena de morte. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. II. p. 69; e, do mesmo autor, **Direito penal e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 169.

³⁵ “En conclusión, pues, el problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano. Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro.” SOLER, Sebastián. Sobre la pena de muerte. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967. v. II. p. 62.

³⁶ COUTO, Mia. **Estórias abensonhadas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 3.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1950. t. I.
- KARAM, Henriete. A pena de morte como instituto antidemocrático. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 14, n. 20, p. 49-69, 2016.
- MANZINI, Vincenzo. **Instituzioni di diritto penale italiano**. 7. ed. Padova: CEDAM, 1941.
- MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. A história e o romance de um condenado à morte. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- MÖLLER, Renato Cesar. **A Fera de Macabu**. Memórias de um crime, uma pena de morte e uma maldição. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.
- PESQUISA CNI-IBOPE: Retratos da sociedade brasileira: segurança pública (Outubro 2011). Brasília: CNI, 2011. Disponível em: <http://www4.ibope.com.br/download/111019_cni_seguranca.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**. Evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. Pena de morte e mistério. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967, p. 41-51. v. I.
- SOLER, Sebastián. Sobre la pena de muerte. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967, p. 49-62. v. II.
- TORGA, Miguel. Pena de morte. In: AA. VV. **Pena de morte**. Colóquio internacional comemorativo do centenário da abolição da pena de morte em Portugal. Coimbra: FDUC, 1967, p. 1-5. v. I.

Recebido em: 13.04.2018 / Aprovado em: 22.05.2018 / Publicado em: 30.08.2018

COMO FAZER A REFERÊNCIA DO ARTIGO (ABNT):

D'AVILA, Fabio Roberto. Abolição da pena de morte no Brasil: velhos e novos olhares - homenagem aos 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 775-787, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32189>>. Acesso em: dia mês. ano.
doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432189> .