

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

Victor Melo Fabrício da Silva¹

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

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

Abstract. The 1988 Brazilian Federal Constitution provides in its art. 5, XLVII, point "a", the death penalty in wartime only, according to the Brazilian military penal code. This penalty, despite being in law, is regarded as provocative by some, once it is considered to be threatening to human dignity, in particular the life right, since it deals with the extinction of a human being, although it follows

¹ 1º Tenente do Quadro Complementar de Oficiais. Especialização em Aplicações Complementares às Ciências Militares. Escola de Administração do Exército (EsAEx), Salvador/BA, Brasil. fabdoc@bol.com.br

all the principles of this type of legal process. On the other hand, the constitutional and legal prevision of capital punishment in declared war situation has the purpose of protecting the interests of the nation towards crimes committed in a state of war, which could truly jeopardize war operations, like for example, betrayal and cowardice. The proposed debate has the objective of confronting the collective interest of a sovereignty to remain strong and keep its military values preserved in situations of conflict, like extreme crimes that actually require capital punishment as a solution, with the violator's individual interest to remain alive after tinging his nation by practicing acts against its integrity, everything on behalf of life right, a significant part of the so called human rights. This article aims to discuss the issue under the focus of legitimacy, contextualizing the death penalty in cases of declared war contrasted with the new concepts of human rights, in especially the life right, raising questions about contemporary social aspect on the subject. The methodology applied was based on a secondary literature research and the direct extensive observation carried out through a questionnaire applied to civilian and military people, in order to assess this legitimacy.

Keywords: Death penalty. Wartime. Legitimacy. Life right.

1 Introdução

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

Diante dessas novas concepções e, tendo em vista os dispositivos que preveem a pena de morte em nosso país não terem uma aplicabilidade imediata, devido à possibilidade remota de entrarmos em guerra, não há o risco dessas normas serem

consideradas inaplicáveis e perecerem com o passar do tempo?

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

Para responder a esses questionamentos acerca da aplicação da pena de morte em nosso país, apresentaremos um breve histórico, a fim de observarmos seus antecedentes no Brasil e seu amparo legal. A seguir, trataremos dos conceitos de

eficácia e legitimidade trazidos pela doutrina, passando-se à polêmica sempre presente quando se trata da questão da pena de morte *versus* a dignidade da pessoa humana.

Trataremos também nas linhas seguintes acerca da pesquisa de campo realizada, analisando os questionários respondidos pelos públicos civil e militar, dos quais trazemos os respectivos posicionamentos acerca do tema, que serviram de base para nossa conclusão ao final.

A metodologia aplicada para a efetivação da pesquisa e catalização do pensamento social foi desenvolvida mediante a realização de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias e utilizando a observação direta extensiva realizada por meio de um questionário, a fim de verificarmos posicionamentos acerca da legitimidade da aplicação da pena de morte no Brasil, em tempo de guerra.

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

2 Aplicação da Pena de Morte no Brasil

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

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

Um desses casos de erro judiciário nos é contado por Marchi (2008), no qual o fazendeiro Manoel da Motta Coqueiro, da localidade de Macabu, ao norte da então Província do Rio de Janeiro, foi injustamente acusado nos idos de 1852, julgado e condenado à morte, sendo enforcado em 1855. Sua inocência se revelaria pouco depois, fazendo com que o Imperador Pedro II, por consciência, passasse a atender

aos pedidos de graça feitos pelos condenados à morte a partir de então, o que veio a ser o primeiro passo para a extinção da pena de morte para o tempo de paz, em nosso País, ainda que temporariamente, como veremos adiante.

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

Já na Carta de 1937 a Pena Capital é revigorada, inclusive para o tempo de paz, sendo facultado ao legislador ordinário prescrever tal pena para crimes expressamente mencionados no seu art. 122, 13). Destacamos o *“homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade”*, constante na letra f) do citado dispositivo.

No ano seguinte, em 1938, por meio da Emenda Constitucional 1, de 16 de maio de 1938, deixa de ser facultativa a pena capital, passando a ser obrigatória, sendo aplicada ao delito de homicídio com a circunstância do motivo fútil, ou com extremos de perversidade.

Entretanto, o Código Penal de 1940 e o Código Penal Militar de 1944 não a prescreveram para o tempo de paz.

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

Já a Constituição de 1967, no § 11 de seu art. 150, previa a pena de morte também em tempo de paz, com a alteração feita pelo Ato Institucional n. 14, de 5 de setembro de 1969. Tal previsão foi acolhida pela Emenda

Constitucional n. 1, de 1969, presente no § 11 de seu art. 153. Como consequência, a Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei n. 898, de 29 de setembro de 1969) foi alterada para prever também a pena capital em tempo de paz.

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

2.1 Previsão na atual Constituição

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

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

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

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

há, atualmente, a prisão perpétua.

2.2 Referências da legislação ordinária

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

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

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

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

das hostilidades.

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

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

Retomando nosso Código Penal Militar, se observarmos os delitos tipificados em seu Livro II, poderemos observar que tais violações, caso ocorressem, seriam de tal monta que causariam

enorme prejuízo moral naqueles que optaram por atender ao chamado da Pátria, na ocasião de conflito, e juraram honrar e respeitar nosso ordenamento jurídico, nossa Constituição e por consequência todo o conjunto de fatores que nos conduzem ao Estado Democrático de Direito em que vivemos.

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

3 Eficácia e Legitimidade da Pena de Morte Frente à Dignidade Humana do Condenado

Segundo Soibelman (1981, p. 142), eficácia, em sentido genérico, significa validade ou

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

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

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

Eficácia seria, então, o acatamento social de uma norma

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

A norma que é válida e eficaz é dita legítima, uma vez que produz todos os efeitos a que se propôs. Segundo Franco (2006, p. 396), “Legitimidade do direito é a circunstância de o Direito ter o apoio de todos, de ser estabelecido, pelos procedimentos tradicionais ou de acordo com as normas para sua elaboração”. Assim, acompanhando o posicionamento do nobre jurista, a legitimidade seria o fato de a sociedade aceitar a norma como válida, e não somente obedecê-la por estar a mesma prevista em lei. Seria aceitar essa norma como verdadeira, pura.

Como sabemos, algumas normas surgem na sociedade derivadas dos costumes. Por outro lado, com o passar do tempo, algumas dessas normas vão perdendo sua eficácia, pelo seu desuso. É o caso, por exemplo,

dos artigos 217 (sedução) e 240 (adultério) ambos do Código Penal, revogados pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005, após tantos anos de inaplicabilidade ao caso concreto, diante das novas concepções da sociedade através dos tempos. Tais normas, apesar de sua previsão legal, já não eram aplicáveis à sociedade padecendo, portanto, de *eficácia*, não sendo igualmente consideradas *legítimas* pela sociedade atual, pois a mesma já não recorria a esses dispositivos para a solução de seus conflitos.

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

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

Quando se fala em aplicação

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

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

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

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

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

pode ser devolvida nem substituída.

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

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

Entretanto o citado autor, ferrenho defensor da ineficácia da pena de morte e da dignidade da pessoa humana (principalmente o direito à vida), quando trata do

caso de guerra declarada, considera legítima sua aplicação diante de sua previsão constitucional.

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

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

3.2 A dignidade da pessoa humana

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

Segundo Nunes (2009, p. 47)

“é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.

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

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

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

ecologicamente equilibrado. Acrescentamos ainda os demais direitos fundamentais, como a liberdade, a intimidade, a vida privada, a honra etc.

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

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

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

Poderíamos dizer ainda que a dignidade humana traduz-se no conceito de “digno” que possui o homem vivendo em sociedade,

sentimento este advindo de uma série de fatores elencados por essa mesma sociedade. Logo, não é um sentimento só dele, mas também de todo o grupo, seja para si, seja para o outro.

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

4 Da Pesquisa de Campo Sobre a Legitimidade da Aplicação da Pena Capital no Brasil em Tempo de Guerra

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

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

Cabe ressaltar que o presente

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

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

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

1) Se o questionado era a favor ou contra a pena de morte no caso de guerra declarada;

2) Se a sociedade reagiria da mesma forma no caso da condenação à pena de morte de um civil e de um militar;

3) Se a pena de morte aplicada em caso de guerra declarada ofendia a dignidade humana do condenado;

4) Quais seriam os valores jurídicos que o constituinte e o legislador ordinário quiseram

preservar mantendo esse tipo de pena;

5) Se no confronto desses valores e o direito à vida do condenado, aqueles deveriam sobrepor-se a este;

6) Considerações julgadas úteis pelo questionado.

Havia uma particularidade no questionário aplicado aos militares, fazendo-se referência aos valores jurídicos civis e militares, que somente são de conhecimento do meio militar. No questionário aplicado ao civil, havia a pergunta de ter ou não conhecimento da previsão legal da pena de morte. No mais as perguntas eram as mesmas, fazendo-se as devidas adaptações para melhor entendimento de cada público-alvo.

No meio militar, observou-se uma certa cautela no posicionamento acerca da aplicação da pena capital em caso de guerra declarada, devendo-se atentar ao caso concreto, pois há neste indivíduo a consciência de que o tempo de guerra é uma situação extrema. Certamente porque o militar, devido ao seu preparo constante para o combate, não veja o estado de beligerância como uma situação

tão remota assim e, ciente dessa possibilidade, com certeza se imagina julgando seus companheiros de farda e sendo julgado. Entretanto, apesar da cautela em sua aplicação, a aceitação da pena de morte foi predominante. Houve apenas um posicionamento contra, alegando que no lugar da pena de morte deveriam ser aplicadas somente penas restritivas de liberdade, porém mais severas.

Já no meio civil as opiniões foram diversas, uns pró pena capital e outros contra. Os que foram a favor, em princípio, a aceitaram devido à observância de sua previsão legal. Seria o aspecto sociológico da eficácia, adequando-se o indivíduo de acordo com o momento social. Os que foram contra alegaram: 1) a medida ser contrária à dignidade da pessoa humana e 2) dependeria do fundamento do conflito, se fosse legítimo ou não. Assim, um indivíduo, por dever de consciência, poderia se opor à guerra, devendo-se respeitar o foro íntimo da consciência desse indivíduo. Para embasar esse ponto de vista, lembrou o questionado a ocorrência em nossa história de exemplos de guerras que foram

oficial e legalmente declaradas e, do ponto de vista da consciência individual, foram tidas como uma violação. Cita ainda um exemplo, acerca dos alemães que, na 2ª guerra mundial, enfrentaram Hitler, sendo por consequência considerados traidores, sem que, subjetivamente o fossem. Portanto, a lei positiva não poderia ser o único critério para uma condenação. Dever-se-ia verificar se o estado de guerra é legítimo ou não, para poder ser aplicada a pena ao caso concreto.

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

situação do criminoso (se civil ou militar).

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

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

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

Referente aos valores jurídicos

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

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

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

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

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

1) Que a referida legislação

seja atualizada, a fim de atender aos anseios da sociedade contemporânea;

2) Que o tema deve ser mais discutido e apresentado à sociedade, visando a um maior conhecimento geral acerca da importância de nossa soberania;

3) Que o Exército sempre prezou e sempre prezarà a vida humana;

4) Que independentemente de qualquer coisa, uma nação deve empreender sempre uma guerra justa;

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

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

Analisados os referidos questionários, pudemos observar que as divergências acerca da aplicação da pena de morte, mesmo com amparo legal, ainda estão presentes. Entretanto, pudemos perceber uma maior aceitação dos indivíduos em

relação à sua aplicação, no caso excepcional de guerra.

5 Conclusão

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

sentido, mesmo estando em situação de guerra?

Ao concluir este trabalho, embora de forma modesta, entendemos que a pena de morte pode sim ser aplicada em nosso país em tempo de guerra, sem ofender qualquer direito do condenado, em especial o seu direito à vida.

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

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

Nesse contexto devemos, pois, discordar de Paulo Bonavides,

conforme citado acima, refutando tais argumentos, firmando nosso entendimento que a pena de morte aplicada em nosso país nos moldes em que tratamos anteriormente, não ofende de nenhuma forma a dignidade da pessoa humana.

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

Quanto à essa excepcionalidade, socorremo-nos aos ensinamentos de Barbalho (1924, p. 442 apud Romeiro, 1994, p. 166), que justificava esse

estado de exceção com vistas à pena de morte da seguinte forma:

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

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

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

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

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

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

A partir dos questionários aplicados, pudemos ainda inferir que as opiniões se norteiam pela legitimidade da aplicação da pena capital.

Enfim, demonstrou-se de uma

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

Não se busca um herói em cada soldado que incorpora ao Exército, nem uma alma pura em cada cidadão. O que se busca, na verdade, é um ser humano com um mínimo de dignidade, honra e caráter. Se for observado que determinado militar ou civil despreza tais valores e pior, for constatada a agressão grave desses valores pertencentes aos demais entes que integram a sociedade, merece viver tal criatura? A resposta a essa questão jamais poderá ser afirmativa.

Referências

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.** Brasília, DF. Disponível em: <[http://](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 maio 2009. Não paginado.

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

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

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

BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. **Dispõe**

sobre o Estatuto dos Militares. Brasília, DF.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acesso em 10 maio 2009. Não paginado.

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

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

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

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

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

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

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

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