

UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MILITAR
DIREITO PENAL MILITAR – PARTE GERAL

MARCELO VITUZZO PERCIANI

A PENA DE MORTE EM TEMPO DE GUERRA

Marcelo Vituzzo Perciani – 1º Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo e instrutor de Direito Civil do 4º ano da Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

São Paulo

Setembro de 2010

Autorização constitucional

Com o crescente aumento da criminalidade no Brasil a pena de morte é trazida por algumas pessoas como uma tentativa de solução para o problema. Porém a imposição da pena capital é proibida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inc. XLVII, alínea “a”, que prevê que *não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.*

É importante ressaltar que o artigo 5º da Constituição Federal não pode ser modificado, para criar a possibilidade de implantação da pena de morte, por se tratar de item constitucional contido dentro da temática dos direitos fundamentais, que são consideradas cláusulas pétreas da Carta Magna. Contudo, há uma exceção na mesma alínea que permite a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inc. XIX, também da Constituição Federal de 1988, que concede poderes ao Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional, para declarar guerra nos casos de agressão estrangeira. Somente seria possível a instituição da pena de morte no Brasil em tempo de paz com a promulgação de uma nova Constituição Federal, sendo que mesmo nesse caso seria discutível a supressão de algum inciso do art. 5º da Constituição de 1988, já que o Brasil é signatário de diversos acordos internacionais que protegem o dispositivo.

Da pena

Segundo Luiz Flávio Gomes *pena é uma resposta estatal ao autor de um injusto penal, consistente na privação ou restrição de direitos.* As penas definidas pelo Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei Nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, são as privativas de liberdade, privativas de direito e multa. Como exemplos das penas restritivas de liberdade temos a reclusão e a detenção, e das restritivas de direitos, a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e a interdição temporária de direitos.

Para Rogério Greco *a pena deve reprová-lo o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais*. A pena aplicada pelo estado tem dupla função: a de reeducar o apenado para que não volte a cometer delitos e a de servir de exemplo para a sociedade. Sua imposição pelo poder judiciário depende sempre de um processo norteado pelos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e outros.

Histórico da pena de morte no Brasil

A pena capital, também chamada pena de morte, é uma sentença aplicada pelo poder judiciário que consiste na execução de um indivíduo condenado pelo Estado. Com sua aplicação o estado tem a certeza de que o indivíduo não mais praticará atos ilegais. Sua função de exemplo aos demais da sociedade é considerada plena, já que é inegável o medo que espalha aos infratores quando do planejamento ou execução de um crime. Por outro lado, observa-se que em estados em que a pena de morte foi instituída não houve diminuição da criminalidade como era esperado, como é o caso do estado do Texas nos Estados Unidos da América, que é um dos estados que mais condena à pena de morte e um dos mais violentos daquele país. Uma das explicações dada por estudiosos da criminologia é que a maioria dos crimes graves, os quais são apenados com pena de morte, são praticados sob forte emoção, sendo que no momento da prática do crime, o criminoso não pensaria na pena e posteriormente à prática tentaria eliminar as testemunhas para ficar impune, gerando mais violência.

A primeira Constituição Federal Brasileira, a de 1824, previa a pena de morte através da força. Nessa época foi noticiado um caso emblemático como um erro mortal do Judiciário brasileiro, referente ao acusado Mota Coqueiro, que foi enforcado no lugar do verdadeiro criminoso e ensejou maiores cuidados e preocupações do ainda Império quanto à aplicação da pena capital.

Nas Constituições seguintes foram abolidas as possibilidades da existência da pena de morte no Brasil, com a exceção do período da Carta Magna de 1937, na

vigência do denominado Estado Novo, implantado por Getúlio Vargas, que previa em seu artigo 122, nas situações de preservação das instituições, sendo proibida novamente a partir da nova Constituição de 1946. Outra exceção ocorreu a partir de 1969, quando foi editada a Emenda Constitucional nº 1, no período de governos militares, também corroborada pelo Decreto Lei 898 daquele mesmo ano. Entretanto, nove anos depois, em 1978, foi considerada abolida por intermédio da Emenda nº11, mantendo-se apenas para o âmbito militar, em tempo de guerra.

Há uma tendência mundial em abolir a pena de morte para todos os crimes devido à grande difusão dos direitos humanos. Nenhum Estado-Membro da União Européia aplica a pena de morte, pois a Convenção Européia dos Direitos Humanos recomenda a sua proibição. Em 18 de dezembro de 2007, a Assembléia Geral das Organização das Nações Unidas aprovou, por 104 votos a favor, 54 contra e 29 abstenções, uma moratória da pena de morte. A proposta de moratória foi formulada pela Itália e endossada inicialmente pela União Européia. O documento adverte claramente os países que aboliram a pena de morte a não a reintroduzirem.

A pena de morte nos códigos militares

O Livro II do Código Penal Militar, Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que se inicia no art. 355 do referido diploma, define os crimes militares em tempo de guerra. Este livro define crimes que pela circunstância especial de proteger valores nacionais e militares em tempo de guerra, comina penas mais graves que as penas cominadas aos crimes correlatos em tempos de paz e valora a soberania nacional acima de todos os outros bens tutelados. Dentre estas penas está a pena de morte, sendo que no Brasil, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar são os únicos institutos que ainda prevêm tal pena. Ela está prevista na Parte Geral do Código Penal Militar, em seu art. 55, aliena “a”. Os artigos seguintes disciplinam a aplicação da pena que deve ser executada por fuzilamento, sete dias após a comunicação do julgamento ao

Presidente da República. Jorge Cesar de Assis, citando Silvio Martins Teixeira esclarece que a execução por fuzilamento é uma forma de executar a pena sem humilhação.

O parágrafo único do art. 57 do Código Penal Militar expõe que *se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando exigir o interesse da ordem e disciplina militares*. Assim temos duas situações, ou seja, pena imposta fora da zona de operações de guerra e em zona de operações de guerra. A partir do momento em que o militar comete um crime militar em tempo de guerra e é pego em flagrante, deve ser imediatamente preso e afastado da zona de operações. Se o processo correr com o militar em liberdade este deve ser afastado de sua função habitual para que não influencie os demais militares. Devido a circunstâncias da guerra, nem sempre será possível mandar o militar a uma prisão segura fora da zona de operações, por exemplo, quando a tropa militar brasileira estiver guerreando em solo estrangeiro. Assim, sendo o militar condenado a pena de morte pelo tribunal competente e entendendo o comandante da zona de operações que o fuzilamento imediato é necessário para a manutenção da ordem e disciplina militares, este poderá ser executado sem a necessidade de aguardar os sete dias da comunicação do julgamento ao Presidente da República.

O dispositivo retro mencionado é extremamente sábio por permitir a execução do condenado de imediato quando a pena for imposta em zona de operações de guerra. A imposição da pena durante a guerra tem forte reflexo na tropa que luta pela nação. Os militares comprometidos com a soberania nacional, que desempenham suas missões dentro do permitido legal, enxergam na execução da pena a vantagem de trabalharem bem e legalmente, sendo certo que se assim não ocorresse, os militares corretos seriam afetados pela desmotivação. Por outro lado, os militares descompromissados com a causa nacional e tendentes ao cometimento de ilícitos penais militares, ao verem seu colega sendo fuzilado, tomam outras atitudes para evitarem tais transgressões, a fim de não serem apenados com a morte. Um militar envolvido por uma forte emoção de ter sido

condenado à pena de morte poderia trazer sérios prejuízos ao exército combatente, pois tiraria da linha de combate, para fazer sua guarda, militares que poderiam atuar operacionalmente e, mais grave que isso, caso conseguisse fugir e se aliasse ao inimigo, revelaria todo o planejamento e posicionamento da tropa nacional.

O Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei Nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, traz em seus artigos 707 e 708 o rito da execução dos condenados à pena de morte. O art. 707 prescreve que *o militar que tiver de ser fuzilado sairá 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 mesmo artigo ainda garante que o civil seja fuzilado bem vestido e garante aos condenados socorro espiritual. O art. 508 determina a escrituração do ato.

Conclusão

Portanto, quando o Brasil estiver em guerra declarada contra outro estado, passa a ser possível a aplicação da pena de morte aos crimes militares em tempo de guerra. O Brasil manteve com bastante sabedoria a pena capital em tempo de guerra, pois por se tratar de uma situação com ambiente e sociedade agindo de maneira incomum, somente as penas restritivas de liberdade, que apenas os crimes mais graves em tempo de paz, seriam insuficientes para o efetivo controle de uma tropa em combate. Além disso, os valores militares nessas ocasiões devem ser preservados a qualquer custo, pois em uma guerra o que está em jogo não é somente a validade da soberania do Estado, mas sim a vida de toda a nação, que não pode ser colocada risco diante da irresponsabilidade de apenas uma pessoa.

Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em 29 de setembro de 2010;

Vade Mecum de Direito Militar. 1ª Ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2004;

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar.** 6ª Ed. Curitiba: Juruá, 2007;

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 11ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, V.1, 2009;

http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010040117133038.