

A MORTE COMO PENA – *CONTRADICTIO IN TERMINIS* –, SEGUNDO O PENSAMENTO DE MIGUEL REALE

DEATH AS A PENALTY – CONTRADICTIO IN TERMINIS –, ACCORDING TO THE THOUGHT OF MIGUEL REALE

Lucas Santos Jatobá

Pós-graduado, *lato sensu*, em Direito Administrativo (UFPE) e em Direito Penal e Proc.Penal (Esmape/Fac.Mauricio de Nassau). Concluiu Curso de Preparação à Magistratura (5ª Turma – Esmape).

RESUMO: A ausência de definição, como categoria sancionatória juridicamente aceitável, para o evento morte, torna rarefeitos, imprecisos, e muitas vezes divergentes, quaisquer significados ao mesmo atribuível, inclusive nos mais diversos campos do conhecimento, sinalizando, tal inconsistência de significado, em consórcio com a imensa gama de interpretações religiosas e filosóficas indemonstráveis, para a impropriedade da utilização da morte como sanção penal, vez que desprovida do mínimo de expressão empírica plausível do seu caráter como pena, pelo desconhecimento mesmo de o evento ser ou não justificadamente servível a propósitos e fins sociais, pedagógicos e retributivos, face à conduta delituosa.

ABSTRACT: The lack of definition, as legally acceptable punitive category for the event death, becomes rarefied, innacurate, and often divergent, any meanings at the same attributable, even in the most diverse fields of knowledge, signaling, the inconsistency of meaning, in consortium with the vast range of religious and philosophical interpretations unprovable, for the improper use of death as a penalty, without the least plausible empirical expression of his character as a penalty, even for lack of knowledge if the event can be or not justifiably suitable for the purposes and social, educational and remunerative, in the face of criminal conduct.

1. INTRODUÇÃO

Objetiva-se, nestas linhas, demonstrar a importância do legado do saudoso catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo, então membro da Academia Brasileira de Letras, professor Miguel Reale (1910–2006), para o debate, longe de seu termo, que sempre se apresenta à sociedade jurídica mundial, em torno da abolição da pena capital, dada a originalidade e inegável plausibilidade de suas proposições defendidas no já longínquo ano de 1968, em *O Direito como experiência*,¹ uma de suas mais festejadas obras, precisamente no ensaio XII, intitulado *Pena de morte e mistério*.²

Com efeito, veremos que também assertivas e digressões não necessariamente jurídicas gravitam em torno da singular explanação do jusfilósofo contemporâneo acerca da imprestabilidade da sanção máxima, porquanto contrária aos valores essencialmente resguardados pelo direito, antinômica em sua ontogênese, sendo ainda largamente utilizada em inúmeros países não exclusivamente pobres, periféricos ou mesmo guiados por regimes impregnados de autoritarismos e religiosidade exacerbada, mas legitimada, ainda, pela maior potência econômica do planeta.

Espera-se, assim, trazer à baila ligeiros apontamentos sobre o específico entendimento do professor Miguel Reale quanto à análise da essencialidade mesma daquilo que se costuma apresentar a ordenamentos jurídico-penais como sanção, a saber, a morte, mas que, paradoxalmente, revela-se a própria antítese do bem jurídico mais valioso e, portanto, melhor preservado pelo direito penal ocidental, ou seja, a existência humana, repositório de características individualizadas e inalienáveis, que há de ter no direito salvaguardas institucionais para preservação da espécie *homo sapiens*, e não, ao inverso, institutos de roupagem extrajurídica que põe-na em inaceitável vulnerabilidade, para não dizer, em vias, legitimadas, de extinção de seres humanos.

Pena de morte e mistério, ensaio XII, da festejada produção do professor Miguel Reale, antes referenciada, parte da problematização da temática legitimadora da punição extrema a partir, principalmente, do enfrentamento sistemático da conceitualização racional do instituto da pena em paralelo à questão da morte, esta sendo abordada sob prismas filosóficos, daí haver o professor Reale eleito Santo Agostinho, Sêneca, Heidegger e Sartre, e respectivas doutrinas, visando demonstrar a incompatibilidade,

1 - REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

2 - *Idem*, pp. 277-287.

dada a completa ausência de parâmetros mínimos de coerência lógica, de fenômenos essencialmente díspares, antagônicos em todos os sentidos, portanto inconciliáveis, como sendo: morte e pena.

Interessa-nos, neste desprezioso estudo e no rastro dos categóricos posicionamentos jusfilosóficos do catedrático Miguel Reale, traçar algumas linhas acerca do desvirtuamento patente do instituto da pena, revelado todas as vezes que se adota instrumento inexperimentável e irrepetível como a morte, cuja decifração dos enigmas metafísicos que a envolvem passa ao largo das limitações do conhecimento humano, afigurando-se intraduzível, ignota, fonte de mistérios e conjeturas as mais descontraídas, revelando-se, como bem diz o vulgo, “a única certeza de nossas vidas”, e merecendo, *o post mortem*, tanto dos religiosos e teólogos, como dos filósofos e mesmo dos cientistas, miríades de definições e presunções, levando Shakespeare, através do “imortal” personagem Hamlet, a formular o magistral questionamento: “Ser ou não ser... Eis a questão. Que é mais nobre para a alma: suportar os dardos e arremessos do fardo sempre adverso, ou armar-se contra um mar de desventuras e dar-lhes fim tentando resistir-lhes? Morrer... dormir...mais nada... Imaginar que um sono põe remate aos sofrimentos do coração e aos golpes infinitos que constituem a natural herança da carne, é solução para almejar-se. Morrer... dormir...dormir...Talvez sonhar...É aí que bate o ponto. O não sabermos que sonhos poderá trazer o sono da morte, quando ao fim desenrolarmos toda a meada mortal, nos põe suspensos. É essa ideia que torna verdadeira calamidade a vida assim tão longa! Pois quem suportaria o escárnio e os golpes do mundo, as injustiças dos mais fortes, os maus-tratos dos tolos, a agonia do amor não retribuído, as leis amorosas, a implicância dos chefes e o desprezo da inépcia contra o mérito paciente, se estivesse em suas mãos obter sossego com um punhal? Quem fardos levaria nesta vida cansada, a suar, gemendo, se não por temer algo após a morte – terra desconhecida de cujo âmbito jamais ninguém voltou – que nos inibe a vontade, fazendo que aceitemos os males conhecidos, sem buscarmos refúgio noutros males ignorados? De todos faz covardes a consciência. Desta arte o natural frescor de nossa resolução define sob a máscara do pensamento, e empresas momentosas se desviam da meta diante dessas reflexões, e até o nome de ação perdem!”.³

2. REALE E A CONCEITUAÇÃO DE PENA. RAZÃO E EXPERIÊNCIA

A crítica realeana, formulada em *Pena de morte e mistério*, quanto ao distanciamento dos estudiosos do direito em abordar o problema da

3 - SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 74.

morte, na particular questão da sua aplicação como sanção penal, residiria, principalmente, na impossibilidade de se conceber a ciência do direito dissociada de abordagens prospectivas de fatos imanentes à condição e experiências humanas, que justamente se pretendem ver regulados pelo direito. Daí não se poder atribuir exclusividade alguma à exploração da temática da morte aos campos da filosofia, arte ou literatura, dada a dimensão universalizadora que acompanha a sua própria condição interdisciplinar, pois em que pese a implantação da pena capital se encontrar associada a questões de ordem política, a sua natureza encerra, a um só tempo, importâncias e dimensões jurídicas, mas igualmente reuniria contornos reconhecidamente filosóficos, tanto pelo seu peculiar conteúdo, quanto pela repercussão que enseja no meio social, a fomentar os mais diversos questionamentos e múltiplas reações comportamentais.

Reale explora, ainda, a discutível legitimidade do poder instituidor da pena capital conferido ao legislador, visto que a normatização, por si só e alheia aos questionamentos filosóficos de sua viabilidade, relegando aos operadores do direito a mera sujeição aos seus ditames processualísticos, apenas tem acrescido o problema de sua legitimidade, mormente quando se indaga da própria discricionariedade do órgão estatal soberano em decretar ou reinstaurar a punição em comento. Neste sentido, mister nos socorrermos da visão do grande Voltaire: “As leis não podem deixar de ressentir-se da fraqueza dos homens que as fizeram. Elas são variáveis como eles.”⁴

Importa, sobremaneira, destacar em Reale a relevância que o mesmo confere à necessidade de se partir de estudos e meditações produzidos por filósofos e pensadores de nomeada, acerca do evento morte, perseguindo, assim, o firme propósito de estabelecer, à luz da filosofia existencialista e sem qualquer menoscabo às inferências próprias da filosofia analítica - pelo contrário, dada a probabilidade de até mesmo confluírem -, balizas interpretativas que ao menos acenem para uma até então improvável “compatibilidade lógica entre o conceito de pena e o conceito de morte”.⁵

É nítida a preocupação de Miguel Reale quanto à necessidade de se buscar o conceito fundamental de pena, desde que se possa revelar capaz de identificar fielmente sua natureza e finalidades, diante de não poucas divergências suscitadas pela plêiade de teorias que se prestam a abordar problema de contornos tão multifacetados. Ainda assim, não se poderia de todo descartar a existência de liames intrínsecos aos seus aparentemente

4 - VOLTAIRE, Cândido. **O preço da justiça**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 07.

5 - REALE, Miguel. Ob.cit. (nota 1), p. 279.

dessemelhantes conteúdos e paradigmas, porventura indicadores de alguma comunhão de objetivos ou mesmo confluências em torno de um único propósito.

Alerta o estudioso, entretanto, acerca do desvirtuamento gerado pela impossibilidade, frequentemente observada, de se tentar desincompatibilizar a pena do conceito englobante e generalizante de sanção. Inadmissível, ao Direito Penal, assim se tem revelado, conceber qualquer critério exclusivista, como que originalíssimo e dissociado daquele significado comum que se atribui à sanção em um ordenamento juridicamente estabelecido.

A pena, contudo, já encerraria em si mesma a natureza da própria sanção, apenas sua aplicação se voltaria, em caráter especial, às violações de preceitos tipicamente penais, ao passo que a sanção seria tomada como elemento inerente a todo preceito jurídico, dada a sua função protetiva que exsurge na medida em que o comando expresso pela regra jurídica resta inobservado, inadimplência que redundava em violação ao ordenamento do direito como um todo.

Distinguir-se-ia a pena das outras sanções, tanto em relação a requisitos formais, mas essencialmente pela singularidade e relevância de seu conteúdo, a representar valores e interesses especificamente tutelados.

Não bastando afirmar-se como mera consequência jurídica do crime, ou mesmo simples e previsível relação de causalidade, a aplicabilidade da pena, longe de tais contornos reducionistas, exprimiria, precipuamente, todo um arcabouço, um modelo bem definido e acabado de situações valoradas e racionalmente concebidas que integraram aquele normativo especificamente afrontado.

Como categoria racional, por sua natureza e especificidade finalística, a pena supera divergências de ordem puramente conceitual, onde se lhe atribuem ou ressaltam características de cunho eminentemente preventivo, como também feição preponderantemente retributivista, havendo ainda correntes doutrinárias que apontem, a um só tempo, o seu viés repressor e preventivo. Fato é que a experiência demonstra a preponderância da racionalidade teleológica em sua concepção.

Voltada à periculosidade do agente ou associada à ideia de eticidade, quando representada pela imposição de castigo ao infrator, importa que a consequência da aplicação da pena terá, sempre, que se firmar sob um parâmetro naturalístico de mudanças em um plano juridicamente aceitável, porquanto resultado de valorações prévias da ilicitude que a precedeu e se configurou, forjadas na racionalização da experiência, como anteriormente fora colocado, donde se chegará a uma correlação lógica, de meio a fim, acorde com o paradigma escolhido.

Diante de todo um característico cenário de balizamentos teóricos predominantemente penais, restará ao penalista sopesar, segundo a lição de Miguel Reale, os critérios norteadores de ajuste e graduação da pena, fazendo-o com o concurso da razão e da experiência, e a partir das peculiaridades do bem jurídico ofendido pela lesão delituosa, considerando-se a pessoa do agente e dimensionando indicadores advindos da consciência individual e do senso comum.

Dar-se-á o emprego da razão e experiência, nessa atmosfera de justificação e aplicabilidade da sanção penal, na medida em que confluírem, de forma sistematizada, critérios científicos emanados de uma multidisciplinaridade representada, por exemplo, pelo cotejo de apanhados e experimentos dos mais variados matizes, a saber, advindos de aferições sociológicas, prospecções estatísticas, bem como originários de estudos psicológicos. Encontramos em Gustav Radbruch a seguinte ponderação: “Os argumentos decisivos contra a pena de morte devem-se buscar em planos situados mais acima e mais abaixo da filosofia do direito: por um lado, nos argumentos éticos e religiosos contra sua admissibilidade, e, por outro, nas provas estatísticas e psicológicas que a experiência nos oferece contra a sua necessidade.”⁶

Reale ensina que somente a partir de uma “racionalização concreta”⁷, cogitada a partir da experimentação pontual dos apostolados teóricos, exsurgirá uma política criminal prenhe de viabilidade e condizente com seu propósito fundamentalmente ético a que teleologicamente deverá se prestar.

3. A MORTE COMO CATEGORIA PENAL SANCIONATÓRIA: DISCUSSÕES FILOSÓFICAS SOBRE O SIGNIFICADO DA MORTE

Firmadas as premissas de ordem racional e experiencial utilizáveis na construção do conceito realiano de pena, afigurar-se-ia flagrante a literal oposição revelada em relação ao conceito de morte, aliás, única conclusão plausível, dadas as diferenciações de ordem lógica, bem como ontológica, que ambos os eventos compreendem, vez que essencial e diametralmente inconciliáveis, daí a impossibilidade de aglutinação de institutos tão díspares – antitéticos mesmo. Não há como, por completa negação lógica de um conceito em relação a outro, servir a morte como instrumental da pena e vice-versa.

Amparado na filosofia agostiniana, infere o professor Miguel Reale acerca da apenas vã tentativa de se alcançar o mínimo de consenso a respeito

6 - RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 254

7 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 280.

da decifração do enigma e mistério que permeiam o evento morte, a partir mesmo da incapacidade de se promover aferição precisa da delimitação do seu limiar, do verdadeiro “estado de morte”⁸ e do seu porvir. Pior: estaria o homem, na concepção de Santo Agostinho, em contínuo perecimento, isto desde o nascimento. Além do que, forte na doutrina de Heidegger, preconizadora do absurdo que a morte representa, pelas impossibilidades que confere à existência plena e ideal, nenhuma experiência adviria do óbito de qualquer semelhante em relação aos seus pares.

Não haveria nenhum grau ou espécie de intersubjetividade no fenômeno da morte, dado o seu peculiar caráter inexperienciável, porquanto intransmissível e reduzido a limites estritamente individualizados, na ótica de Gabriel Marcel, Roger Mehl e Ferrater Mora. A morte dos outros representaria tão-somente uma inalcançável “quase-experiência” do evento final.

A imposição da pena de morte não pode passar ao largo dos questionamentos antes colocados, essenciais à própria justificação de sua aplicação, visto que o reducionismo do alcance e significado de medida tão extrema e irreversível, traduzir-se-ia em conceber o sancionamento capital como mero instrumento de eliminação material de corpos – qual banal expurgo de membros de um tecido social estruturado sob paradigmas em tese não observados pelo agente do delito, e nem mesmo pelas relações de poder, ao não se questionar valores outros, intrínsecos à própria existencialidade humana -, pois admitida como irrelevante etapa processual já de todo vencida. Opera-se, então, sob uma moldura de pseudo racionalidade, o paroxismo da relativização da vida, de balde a total ausência de razoabilidade minimamente aceitável quanto ao severo e nunca resolvido dilema sobre a enigmática e misteriosa “destinação”⁹, a que as limitações humanas estão, até os nossos dias, subjugadas pela imperscrutável e mística aura do além e da incorporeidade.

Novamente partindo das concepções existencialistas de Heidegger e Sartre, entende o professor Miguel Reale que a contradição no emprego da modalidade de pena aqui discutida se avoluma quando, servindo a morte de instrumento penal, antecipa o ocaso de uma consequência natural de nossa existência, sem que esse episódio, por ser inato à condição humana, apresente-se sob a forma de sanção, castigo, mas de “elemento essencial da vida”.¹⁰ Injustificadamente seria, ainda, seguindo tal raciocínio, a intervenção do braço estatal em seara tão personalíssima, íntima mesmo - a própria morte do indivíduo -, insusceptível, como se é possível conjecturar, de ser conspurcada por regulações institucionalizadas, estabelecidas sob a forma de deliberações

8 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 281.

9 - *Idem*, p. 282.

10 - *Idem*, p. 283.

burocráticas acerca de um extermínio previamente estabelecido, a exemplo da eleição da data, lugar, método e horário da execução.

Com suporte em Sêneca, “*nemo moritur nisi sua morte*” e “*nemo nisi suo die moritur*”,¹¹ pondera o professor Reale que o veredicto da pena capital, por si só, representaria verdadeira substituição da pessoa do infeliz condenado, já desconsiderada na essência, tal a abrupta desconstrução que se operaria em torno da figura humana do réu, prévia e eticamente destruído, qual antecipação de uma fatalidade que sabidamente se avizinharia, numa preestabelecida sucessão de ilogicidades institucionalmente admitidas, em patente subversão à ordem natural da escala cronológica do viver terreno. A firme deliberação estatal pró-morte, só de longe revestida de qualquer objetividade científica, mais se assemelharia, segundo Miguel Reale, à instrumentalização de “insondáveis desígnios”,¹² dada a pseudo racionalidade que a integra, vazia de rigor científico juridicamente aceitável.

Visto que, assevera o jurista, inseparáveis os conceitos de morte e de pessoa, inexplicável se apresenta o emprego da morte como pena, dada a eliminação do seu próprio destinatário, além de negar a pessoa em sua plenitude, dando-lhe uma aceção de mero objeto, sem qualquer reconhecimento aos valores inerentes à própria espécie humana, à condição peculiaríssima de cada ser como realidade biopsicossocial e, a um só tempo, universal.

A efetivação da pena capital, na visão sartreana, traduzir-se-ia no total aniquilamento do homem e de suas possibilidades, a preponderância mesma de juízos de outrem sobre a própria avaliação axiológica individual, num quadro de desconstrução estatal e generalizada dos valores humanos, a qual Carnelutti,¹³ invocado por Reale, teria identificado a sua natureza expropriatória da condição humana, reduzida que fora a uma banal e distorcida projeção estigmatizante esquadrihada pelo Estado, como sendo a de um ser já de todo e precocemente espoliado do seu patrimônio ético e transcendente, excelso e objetivamente imensurável, mas inato a todos, independentemente de faltas e imperfeições que nele se possam reunir.

A morte, como vislumbra Reale, não deve ser levada à categoria de um problema, a ser racionalmente observado e equacionado, até mesmo pela impossibilidade do êxito de tal indústria. Etapa mais que previsível da própria existência, destinação imanente desta última, cerca a morte uma aura de mistério que, na verdade, envolve a própria existência, havendo igualmente que se falar também do mistério que se debruça sobre o nascimento.

11 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 283.

12 - *Idem, ibidem.*

13 - ¹³REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 283.

O estudo de Reale acerca da pena de morte possui caráter eminentemente laico, assim atestado quando se percebe o seu distanciamento relacionado a questionamentos - e que a história demonstra serem muitos - voltados para uma seara preponderantemente religiosa. Intenta o aludido luminar do direito demonstrar que as justificativas para aplicação da sanção em debate são forjadas em bases descoladas do menor substrato lógico-racional, advindo de tal constatação a imprestabilidade, como pena, da utilização da morte.

4. MORTE E DOSIMETRIA PENAL. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS QUANTIFICATIVOS. A PROPORCIONALIDADE INEXISTENTE

Aspecto brilhantemente enfocado pelo professor Reale, no intuito de apontar o absurdo da morte frente à gradação das penas em um ordenamento juridicamente estabelecido, é o da incapacidade plena de se adequar a morte a parâmetros lógicos de cômputo temporal para estipulação de pena, dada a atipicidade invencível com que a mesma se apresenta diante de qualquer modelo de dosimetria penal. Quanto à morte não haverá possibilidade matemática plausível que demonstre o acerto de uma proporcionalidade minimamente aceitável em gradação penal, levando-se em consideração que é próprio da função estatal servir-se de estimativas logicamente aferíveis para o exercício do *jus puniendi*. Ora, seria da própria natureza da justiça penal um sistema legal com previsão gradativamente criteriosa de sanções, formulado com base, principalmente, nos múltiplos aspectos que permeiam o ilícito cometido e a personalidade do infrator, dentre outros requisitos, pois, do contrário, as sanções desarrazoadamente aplicadas importariam em negação da justiça, visto que os juízos firmados sobre a infração e a pessoa do infrator seriam imprestáveis para a fixação do *quantum satis*.

Sem escalas de proporcionalidade, a pena de morte induz à quebra da lógica das gradações temporais, cronológicas, ultrapassando abruptamente o tempo da vida para o “não tempo da morte”,¹⁴ tornando-a insusceptível de submissão à qualquer fórmula de quantificação proporcional possível e razoável.

Reale não negligencia a censurável inércia do não enfrentamento dessas aporias pelos adeptos da sanção capital, que quando não apenas deixam de emitir qualquer juízo contornam a problemática homenageando opiniões de cunho unicamente subjetivista de renomados penalistas, a exemplo de Giuseppe Bettiol, citado pelo professor Miguel Reale, que longe de conceber como aceitável a imposição de “sofrimento infligido ao culpado

14 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 285.

além da exigência retributiva”¹⁵, admite que a determinados fatos de extrema gravidade “o desequilíbrio por eles produzido no seio da coletividade não pode ser compensado ou contrabalançado senão com a aplicação da pena de morte, a única que, nas circunstâncias concretas, se mostra verdadeiramente retributiva e proporcionada ao mal perpetrado”¹⁶. Mais uma vez avultaria a desproporcionalidade inata à pena capital, desprovida de critérios aferíveis de quantificação e de referência lógica e que no dizer de Reale, “na ordem social das sanções penais a pena de morte representa, na realidade, um *plus*, insuscetível de gradação objetiva”¹⁷.

5. LIMITES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO. CARRARA E AS PENAS AFLITIVAS

A Reale não se justificaria, como vimos, sob o menor fundamento, a pena de morte. Como instrumento de defesa ou prevenção sociais, buscando alijar o infrator do seio do tecido social, a reclusão duradoura ou mesmo perpétua, com todas as suas mazelas e paradoxos, num específico particular de estreita comparação com a penalidade máxima, ainda seria solução racionalmente aceitável, nunca ideal, mas capaz de proporcionar a aferição de alguma real e efetiva funcionalidade da pena, voltando-se ao estudo da personalidade do criminoso, preservando-se, a um só tempo, os valores da convivência humana. E aqui é forçoso trazer, nessa ordem de ideias e em complemento ao estudo de Reale, a igualmente bela doutrina de Carrara que pontifica, quanto às denominadas penas aflitivas - aquelas que “afligem o culpado, sem chegar-lhe a tirar a vida”¹⁸, dentre as quais a reclusão -, o seguinte ensinamento: “A pena aflitiva restringe a liberdade e impede certos atos. Mas a liberdade permanece no condenado como direito formal, não obstante limitada no objeto; e ele a atua, ressalvada a restrição em que incorreu por violar a lei. Ele conserva a liberdade de consciência, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de movimento dentro da cela. Em uma palavra, é sempre homem: não cessou a sua personalidade. Tanto isso é verdade que pode novamente delinquir. Toda essa teoria depende de um princípio capital: decidir se o homem tem na vida um fim, e qual seja este.”¹⁹

Tem-se, ainda com Francesco Carrara, desde o remoto ano de 1875, o magistério edificado em bases incondicionalmente protecionistas da espécie

15 - *Idem*, p. 286.

16 - *Idem, ibidem*.

17 - *Idem, ibidem*.

18 - CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, vol.II**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2002, p.122.

19 - *Idem*, p.115.

humana, vazado nos seguintes termos: “Somos levados a concluir pela negação do poder de matar; porque a lei da natureza é lei essencialmente conservadora. Neste sumo princípio se inspira aquela lei e constantemente a ele adere, salvo os casos em que a conservação de um ente seja atualmente incompatível com a conservação de outros seres iguais, quando então a lei que permite a destruição não contraria, mas confirma, o princípio conservador. Ora, deste magno princípio nos parece dever-se deduzir que a lei da conservação não permite a destruição de um homem, quando a necessidade presente da defesa dos outros homens não exija tanto sacrifício, assim como não a permite sequer como pena da já consumada destruição de outro ser, pois não se pode afirmar que ao assassino seja dada a morte para conservar o assassinado. Levada a disputa a esse ponto, a legitimidade da pena de morte já não é hoje sustentável. As condições atuais dos povos cultos não mais fazem (na delinquência ordinária, e nos tempos normais dos Estados) do extermínio do inimigo social uma necessidade material”.²⁰

Carnelutti, que vê na pena, como Carrara, expressão maior da lei natural, “que constitui o fundamento das leis jurídicas penais”,²¹ firmou, nos idos de 1933, em relação à pena capital, a sua posição humanística concebida a partir de substratos notadamente éticos e religiosos: “Matando um homem, diferentemente de um animal, não se corta somente uma vida, mas antecipa-se o termo fixado por Deus para o desenvolvimento de um espírito, ou seja, para a conquista de uma liberdade. Somente quem não leva em consideração o valor da vida do corpo em relação àquele desenvolvimento e àquela conquista pode ignorar que da vida de um homem nenhum outro, qualquer que seja sua autoridade e qualquer que seja sua razão, pode dispor sem usurpar o poder de Deus.”²²

Gustav Radbruch,²³ citado por Reale, argumenta acerca da impropriedade da disponibilização, pelo Estado, do direito sobre a vida e morte das pessoas, qual a concepção hegeliana exclusivamente supraindividualista, negadora, portanto, da essencialidade humana e favorável à “totalidade ética” - a todos impondo subordinação.

Etapa natural da vida humana, não se pode emprestar uma conotação de terror ao evento morte, para o fim de servir de instrumento de controle e prevenção criminais, dado não ser esse o essencial significado que deriva de toda a sua complexidade e mistério fenomênicos. Lembremos de Schopenhauer, para quem a morte, “por mais temida que seja, não pode

20 - *Idem*, p.112.

21 - CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 15.

22 - CARNELUTTI, Francesco. *Ob. cit.* (nota 21), p. 33.

23 - REALE, Miguel. *Ob. cit.* (nota 1), p. 284.

ser propriamente mal algum. Muitas vezes ela aparece até como um bem, como algo desejado, como uma amiga bem-vinda. Qualquer um que deparou com obstáculos intransponíveis para sua existência, ou para suas aspirações, que sofra doenças incuráveis, ou desgostos inconsoláveis, tem como último refúgio, que muitas vezes se oferece por si mesmo, o retorno ao ventre da natureza”.²⁴

Simmel,²⁵ festejado por Reale, concebe uma aura enigmática da morte, imperscrutável, insondável mesmo, cercada de uma intangibilidade sempre capaz de repelir os insuficientes artifícios da razão em decifrá-la. Reduzir a concepção do que seja a morte, somente para usos e fins penais, buscando um significado qualquer que exprima mera e banal desconstrução corpórea, seria imprimir censurável reducionismo hipócrita a uma essencialidade jamais humanamente compreensível. E como atribuir efeitos de natureza penal àquilo que se desconhece? Dita impossibilidade remete-nos à lembrança das palavras de Goldschmidt: “La pena capital despoja al hombre de su vida. Dicha pena es injusta por cortar el libre desarrollo de la personalidad. Pero también lo es porque desconocemos sus efectos completos, y porque no sólo es injusto atribuir impotencia por razones incognoscibles, sino porque también es injusto atribuir una impotencia incognoscible.”²⁶

6. CONCLUSÃO

Em consonância com o que aqui expusemos da teoria de Reale, acerca da fundamentação do direito de punir, não há como olvidar a célebre e secular conclusão a que chegou Tobias Barreto, quando aduz que sua base conceitual deve se erigir em substratos científicos: “O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social.”²⁷

Em seguida, o expoente da Escola do Recife igualmente pontua acerca do desvio de finalidade a que se atribui a utilização da pena: “Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica”.²⁸

24 - SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do amor, metafísica da morte**. Tradução de Martial Gueroult. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 71.

25 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 287.

26 - GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogia)**. Madrid: Aguilar, 1958, p.371.

27 - BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia. In Obras completas de Tobias Barreto**. Tomo I. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966, p. 167.

28 - *Idem*. p. 177.

Pois bem. Ainda por quanto tempo se colocará o dilema monocórdio, esse de que possa evento tão multifacetado como a morte, genuinamente polissêmico, coadunar-se com o instituto da pena, que cada vez mais procura alicerçar-se em fundamentações teórico-empíricas cientificamente demonstráveis?

O prognóstico de Mittermaier já ultrapassou mais de século, não sendo, contudo, ainda concretizado em sua inteireza: “Considerou-se, por muito tempo, indispensável a tortura, as mutilações e a pena de morte qualificada: todos esses gêneros de suplícios desapareceram, graças ao progresso da civilização e da moral. Ver-se-á desaparecer também a pena de morte.”²⁹

As palavras que seguem, em literal transcrição, são da lavra do eminente jurista Miguel Reale. Serviram como arremate do trabalho original do mestre e, em homenagem ao mesmo, fazemos uso de suas linhas para igualmente finalizar esta sucinta abordagem, a que se pretendeu enaltecere a grandeza da originalidade das ideias realeanas sobre tema tão controverso e visto, pelo catedrático, sob um enfoque de singular e erudita interpretação, cujas décadas de divulgação estão longe de alijá-las de qualquer grande debate acadêmico na atualidade, *verbis*: “Penso, em suma, que, analisada à luz de seus valores semânticos, o conceito de pena e o conceito de morte são entre si lógica e ontologicamente irreconciliáveis e que, assim sendo, ‘pena de morte’ é uma *contradictio in terminis*.”³⁰

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARRETO, Tobias. **Estudos de Filosofia**. In Obras completas de Tobias Barreto. Tomo I. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1966.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, Parte Geral, vol.II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN Editora, 2002.

DEL VALLE, Agustín Basave Fernández. **Meditación sobre la pena de muerte**. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La ciencia de la justicia (Dikelogia)**. Madrid: Aguilar, 1958.

29 - MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte**. Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004, p. 24.

30 - REALE, Miguel. Ob. cit. (nota 1), p. 287.

FALCÓNYTELLA, Fernando; FALCÓNYTELLA, Maria José. **Fundamento e finalidade da sanção. Existe um direito de castigar?** Tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. **A pena de morte.** Tradução de Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2004.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Tradução de Tadeu Antônio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEREU, Ítalo. **A morte como pena: ensaio sobre a violência legal.** Tradução de Cristina Sarteschi. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Metafísica do amor, metafísica da morte.** Tradução de Martial Gueroult. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet.** Tradução de Carlos Alberto Nunes. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.

VOLTAIRE, Cândido. **O preço da justiça.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2001.