



Ingo Sarlet
Juiz e professor

Plebiscito e a superação de cláusulas pétreas

Muito embora se possa, desde determinado olhar, ter por superada a

questão, considerando que a proibição da pena de morte salvo em casos de guerra declarada assume a condição de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, o fato é que as vozes que clamam pela reintrodução da pena de morte no Brasil nunca deixaram de ressoar e, vez por outra, parecem angariar uma receptividade bem superior a que se poderia imaginar, ainda mais quando decorridas praticamente as duas primeiras décadas do Século XXI. Nesse contexto, também o receio (para muitos, quem sabe, a esperança...) de que a vedação constitucional pudesse vir a ser afastada mediante recurso a expedientes cuja legitimidade constitucional seja sustentável, cresce sempre quando, no âmbito do corpo social e na esfera da classe política (e mesmo no que diz com integrantes da elite das carreiras jurídicas e — embora menos frequente — da Academia) é proposta a realização de um plebiscito em nível nacional para decidir sobre o tema.

Nessa perspectiva, calha rememorar que tal proposta, que não é nova, costuma ser justificada mediante o argumento de que, em se tratado de uma decisão tomada pelo titular da soberania estatal, o próprio povo, sem intermediação, tal decisão (seja ela qual for), corresponderia a uma expressão do poder constituinte originário, de modo a permitir a superação até mesmo dos limites materiais à reforma constitucional. Dito de outro modo, trata-se, em certa medida, de sufragar a tese da assim chamada dupla revisão, embora esta — de acordo com a doutrina que a sustenta — não dependa necessariamente do recurso a instrumentos da democracia direta (participativa), consoante, aliás, se verificou no Brasil quando dos debates em torno do procedimento e alcance da revisão constitucional prevista no ADCT e que resultou nas seis emendas constitucionais de revisão aprovadas naquele período.

Mas o problema é muito mais complexo do que por vezes se supõe, envolvendo questões de ordem material, procedimental e organizacional, e que, embora guardem conexão entre si, muitas vezes não são considerados em sua totalidade, ademais de não serem exatamente simétricos a depender do que está em causa em cada caso. Assim, mesmo que a legitimidade da superação de cláusulas pétreas esteja no centro das atenções, existem variáveis importantes a considerar, quando se trata, por exemplo, de reintroduzir a



pena de morte ou — para ficar numa constelação muito próxima — de restabelecer a pena de prisão perpétua, a primeira vedada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, a segunda, ao menos em parte, admitida. Para além disso, está em causa uma determinada concepção de Democracia e de Estado Democrático de Direito, na condição de um Estado Constitucional e, portanto, de uma Democracia Constitucional que se estruturou a partir e em torno de determinadas premissas e regras do jogo.

Quando somos confrontados com o fato de que, do ponto de vista tanto das doutrinas jusnaturalistas, com destaque para o sistema de direitos inatos e inalienáveis de John Locke e outros autores do iluminismo, quanto na perspectiva do direito constitucional positivo — como dá conta o direito constitucional norte-americano, onde o direito à vida foi pela primeira vez incluído numa declaração de direitos — o reconhecimento do direito à vida como direito humano e fundamental não implica necessariamente a vedação da pena de morte, o argumento dos que a buscam reintroduzir parece até mesmo (não no nosso entender, convém sublinhar) soar mais razoável. Além disso, sabe-se que o direito à vida, salvo no caso dos EUA, seguiu rarefeito nas declarações constitucionais de direitos até meados do Século XX, o que se deu inclusive no caso brasileiro, onde foi como tal (direito autônomo) expressamente positivado apenas em 1946.

Observando-se a evolução do reconhecimento do direito à vida e do alcance de sua proteção no plano do direito internacional dos direitos humanos, a partir da sua consagração na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no artigo III (“toda pessoa tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”), diversos outros documentos internacionais positivaram um direito específico à vida, como dá conta, num primeiro momento, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, quando, no seu artigo 6º, 1, dispõe que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”, além de prever uma série de limitações à imposição da pena de morte, tais como a previsão da pena de morte apenas para os crimes mais graves, mediante sentença judicial final, a previsão da possibilidade de indulto ou comutação da pena, a vedação da pena de morte para menores de 18 anos de idade e para mulheres grávidas (artigo 6º, 2 a 6). Importa sublinhar que, mediante o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1989, foi aprovada a abolição da pena de morte pelos Estados aderentes, à exceção dos casos de punição militar em períodos de guerra, documento que foi ratificado pelo Brasil em 2003, mas cujo teor já tinha sido incorporado pelo texto da Constituição Federal.

Já na esfera regional, assumem relevo, dentre outros instrumentos que poderiam ser colacionados, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que, no seu artigo 4º, 1, dispõe que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Além disso, o Pacto de São José da Costa Rica assegura que, nos países onde a pena de morte não foi abolida, ela apenas poderá ser aplicada a delitos mais graves, com base em sentença judicial final e nos termos da lei (artigo 4º, 2), bem como veda a reintrodução da pena de morte em países onde foi abolida (artigo 4º, 3). O Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1990, estabelece a abolição da pena de morte, ressalvada a possibilidade de exceções em caso de guerra, aditivo ratificado pelo Brasil em 1998.

No plano europeu, contudo, a vedação da pena de morte ganhou contornos ainda mais incisivos, embora,



na sua versão inicial, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) não tivesse proibido a pena de morte (registre-se, apenas para ilustrar, que a França ainda se valia do método da decapitação pela guilhotina até meados da década de 1950, e a Inglaterra, na ocasião, ainda praticava a pena de morte mediante enforcamento), isso veio a ser alterado gradativamente. Numa primeira etapa, por força do 6º Protocolo Adicional de 1983, a pena de morte passou a ser permitida apenas nos casos de guerra externa ou de atos praticados nos casos de iminente ameaça de guerra, tendo sido somente mediante a aprovação do 13º Protocolo Adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em vigor desde 2003, que a pena de morte foi proscrita em qualquer circunstância.

No âmbito da evolução constitucional brasileira, verifica-se que na Constituição de 1824, a exemplo do paradigma da França de então, não havia previsão de um direito à vida, mas apenas de um direito à segurança individual, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1934, embora o direito à vida não tenha sido expressamente agasalhado, a pena de morte, salvo em caso de guerra com país estrangeiro e nos termos da legislação militar, foi abolida (artigo 113, 29). Também na Constituição de 1937 o direito à vida não foi contemplado, ampliando-se, além disso, as hipóteses de aplicação da pena de morte (artigo 122, 13). Foi apenas na Constituição de 1946 que o direito à vida mereceu reconhecimento e proteção como direito individual (artigo 141, caput), retomando-se a técnica da Constituição de 1934, no que diz com o banimento da pena de morte salvo nos casos de guerra com nação estrangeira e nos termos da legislação militar, o que foi mantido na Constituição de 1967 (artigo 150, caput e § 11), com a ressalva de que o texto constitucional se refere ao caso de guerra externa (e não de guerra com outro país), embora a equivalência das situações, o que, por sua vez, foi reproduzido no texto resultante da alteração promovida pela EC 1/1969 (artigo 153, caput e § 11).

Na Constituição Federal, o direito à vida foi expressamente contemplado no elenco do artigo 5º, caput, na condição mesma — a teor do texto constitucional — de direito “inviolável”. Além da proteção genérica já referida, a vida encontrou proteção constitucional adicional, mediante a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, a), guardando, portanto, sintonia textual com o sistema internacional (Pacto de Direitos Civis e Políticos e Protocolo Adicional) e regional (interamericano) de proteção dos direitos humanos.

Em termos de direito constitucional comparado, a fórmula utilizada pela Constituição, todavia, diferencia-se de outras constituições, mesmo anteriores, tal como ilustra o caso da constituição portuguesa, de 1976, que, no seu artigo 24, afirma solenemente que a vida humana é inviolável e veda categoricamente qualquer modalidade de pena de morte, vedação esta que já constava na versão original da Lei Fundamental da Alemanha (artigo 102), que, neste particular, ainda que como reação ao passado marcado pela barbárie nacional-socialista e seu descaso com a vida humana, foi pioneira no âmbito do constitucionalismo ocidental;

A proibição da pena de morte, contudo, não implica que o direito à vida tenha um caráter absoluto nem impede que, em determinadas circunstâncias, a vida de alguém seja tomada sem que daí resulte uma sanção da ordem jurídica, o que se verifica nas clássicas situações da legítima defesa, do estado de necessidade e do exercício regular de um direito, mas também no caso da interrupção voluntária da gravidez, da eutanásia e do suicídio assistido, apenas para citar os casos mais emblemáticos. Aliás, precisamente o fato de o direito à vida não ser um direito de caráter absoluto (imune a qualquer intervenção) também se revela com a ressalva de que a proibição da pena de morte não se aplica aos



casos de guerra declarada, ou seja, a assim chamada guerra externa.

Já por tal razão há quem argumente que a reintrodução da pena de morte em outras situações, poderia ser justificada com base na gravidade dos delitos e do impacto de tais delitos sobre os índices de criminalidade, como, por exemplo, nos casos de homicídio qualificado, latrocínio, estupro, etc., o que, no Brasil, à vista dos mais de 62 mil casos de homicídio e latrocínio (excluídos delitos de trânsito) apenas em 2017. Que a dimensão devastadora de tais números resulta em maior receptividade em relação a pena de morte não deveria causar surpresa, retroalimentando os movimentos que buscam alterar a Constituição para tal efeito.

Com isso retornamos ao ponto de partida e à pergunta que segue não querendo calar: por mais expressiva que seja a criminalidade violenta, ultrapassando inclusive os índices de vítimas de muitos dos mais sangrentos conflitos armados (em cinco anos o número de homicídios no Brasil foi maior do que o número de vítimas fatais na Síria no mesmo período) e por mais que a causa da reintrodução da pena de morte angarie adeptos no seio da população, é possível — pelo menos em sintonia com o marco constitucional vigente — levar a efeito tal intento? No nosso entender e, pelo menos no que diz com a doutrina do direito constitucional amplamente dominante, a resposta não poderá ser outra, senão a de um sonoro e enfático não! Sem condições, contudo, de aqui aprofundar o tema e deixando de lado uma série de aspectos cruciais de natureza procedimental e organizacional, seguem alguns argumentos que dão suporte ao nosso entendimento.

Em primeiro lugar, é correta a posição advogada também entre nós pela doutrina majoritária, de que existe uma limitação constitucional implícita à assim chamada dupla revisão, que viabiliza, mediante um processo levado a efeito em duas etapas, a superação das cláusulas pétreas da Constituição, ou seja, no sentido de por meio de uma primeira reforma constitucional se excluiria um conteúdo determinado do rol dos limites materiais ao poder reformador para, na sequência e num segundo turno, suprimi-lo do próprio texto constitucional.

Ainda mais quando se trata de direitos e garantias consagrados no artigo 5º, Constituição, inexistem dúvidas relevantes a respeito do fato de que tais direitos integram o rol dos limites materiais ao poder de reforma constitucional. Assim, a desconsideração da blindagem constitucional da regra que proíbe a pena de morte, não pode ser pura e simplesmente, reduzida a uma questão de número de votos suficiente para derrubar tal vedação. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma fraude à identidade constitucional, porquanto se estaria admitindo que os poderes constituídos se colocassem acima de seus próprios limites, postos pelo poder constituinte originário.

Mas também mediante um plebiscito (consulta prévia à população), por mais que seja alcançada a quase totalidade da população, a reintrodução da pena de morte, no sistema constitucional brasileiro, não se verifica como sendo legítima. Mas isso por si só não basta para justificar a nossa posição.

Com efeito, a democracia é também um conceito que não assume um perfil linear e fechado. No caso de um Estado Constitucional como é o brasileiro, a democracia encontra sua forma de organização e funcionamento regulada, ao menos em parte, na Constituição. Assim, mesmo os instrumentos de participação direta no processo democrático-deliberativo são expressão da concepção de democracia do constituinte originário e por este são conformados e delimitados quanto ao seu alcance, posto que por



melhor concebidos e estruturados que sejam, não podem servir de instrumentos para subverter a própria ordem constitucional. Dito de outro modo, nem o povo convocado para se manifestar, pela via direta, poderá superar as cláusulas pétreas e, com isso, reintroduzir a pena de morte, ainda mais quando a vedação da pena de morte já se incorporou à tradição democrático-republicana brasileira, sendo permitida, apenas nos períodos ditatoriais e nos termos da legislação militar, inclusive nos casos de guerra interna, sob a égide das constituições de 1937, 1967 e 1969. Ademais disso, por ter ratificado os principais tratados de direitos humanos, que atualmente vedam a pena de morte salvo nos casos de guerra externa, a reintrodução da pena de morte implica violação frontal a tais tratados.

Ao fim e ao cabo, o que se sustenta é que, mesmo recorrendo a um plebiscito no qual se obtenha uma ampla maioria em prol da reintrodução da pena de morte, tal desiderato não poderá ser alcançado legitimamente do ponto de vista constitucional.

Date Created

21/12/2018