

VICTOR KELLESON SALES RODRIGUES

# A PENA DE MORTE

## E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO





**Victor Kellesson Sales Rodrigues**

**A PENA DE MORTE E O PRINCÍPIO DA  
VEDAÇÃO AO RETROCESSO**



**Fortaleza-CE  
2024**

© Copyright 2024 - Todos os direitos reservados.

**FICHA TÉCNICA:**

**Editor-chefe:** Vanques de Melo  
**Diagramação:** Vanques Emanuel  
**Capa:** Vanderson Xavier  
**Produção Editorial:** Editora DINCE  
**Revisão:** Do Autor

**CONSELHO EDITORIAL:**

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)  
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)  
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)  
Ma. Roberta Araújo Formighieri  
Dr. Francisco Dirceu Barro  
Prof. Raimundo Carneiro Leite  
Eduardo Porto Soares  
Alice Maria Pinto Soares  
Prof. Valdeci Cunha

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**

---

RODRIGUES, Victor Kelleson Sales

A PENA DE MORTE E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Editora DINCE 2024. 94 Digital

**ISBN: 978-85-7872-694-2**

**DOI: 10.56089/978-85-7872-694-2**

**Consulta registro DOI:** <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/consultar-doi>

1. Direito Constitucional 2. Penal de morte 3. Princípio da vedação ao retrocesso

---

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

**NOTA DA EDITORA**

---

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DO AUTOR** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

**Impressão gráfica: DIN.CE**

**CENTRAL DE ATENDIMENTO:**

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

[www.dince2editora.com](http://www.dince2editora.com)

*Dedico essa obra à minha  
amada esposa Bruna Layza  
Teixeira Silva Sales, pelo  
suporte, atenção,  
compreensão e paciência em  
todos os momentos.*

*“There was a boy  
A very strange enchanted boy  
They say he wandered very  
far, very far  
Over land and sea  
A little shy and sad of eye  
But very wise was he  
And then on day  
A magic day he passed my  
way  
And while we spoke of many  
things  
Fools and kings  
This he said to me  
The greatest thing you'll ever  
learn  
Is just to love and be loved in  
return”*

**Nature Boy – Eden Ahbez**

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1 - OS DIREITOS DO HOMEM</b> .....	15
<b>1.1 Os Direitos Fundamentais e suas dimensões</b>	15
<b>1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos</b>	22
<b>CAPÍTULO 2 - PENA DE MORTE</b> .....	31
<b>2.1 Origem histórica da pena de morte</b> .....	31
<b>2.2 Incidência nas Constituições Federais do Brasil</b> .....	33
2.2.1 Constituição de 1824.....	35
2.2.2 Constituição de 1891.....	37
2.2.3 Constituição de 1934.....	37
2.2.4 Constituição de 1937.....	38
2.2.5 Constituição de 1946.....	41
2.2.6 Constituição de 1967.....	43
2.2.7 Constituição de 1988.....	48
<b>2.3 Dados sobre a pena de morte</b> .....	52

<b>CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO OU PROIBIÇÃO DE REGRESSO...</b>	<b>57</b>
<b>3.1 Tratados internacionais que versam sobre a pena de morte.....</b>	<b>57</b>
<b>3.2 Princípio da Vedação ao Retrocesso: Efeito <i>cliquet</i> dos direitos humanos.....</b>	<b>65</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>89</b>
<b>SOBRE O AUTOR.....</b>	<b>99</b>

# APRESENTAÇÃO

Ao longo dos anos, os direitos fundamentais foram se modificando, em virtude das transformações político-sociais do mundo moderno, estando em um processo de constante evolução.

Diversos juristas passaram, então, a classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, abrindo caminho para a internacionalização dos direitos do homem, fenômeno bastante recente e que vem ultrapassando as barreiras do direito interno.

Nesse contexto, surge a controvérsia sobre a aplicabilidade da pena de morte, instituto que remonta aos primórdios da civilização, e ainda previsto em inúmeros países. Mais especificamente no Brasil, a pena de morte recebeu tratamento legal pelas Constituições Brasileiras, estando atualmente abolida, ressalvados os casos de guerra declarada, nos termos do art. 5, XLVII, 'a', da CF/88.

O objetivo deste livro foi analisar a possibilidade de aplicação da pena de morte no atual ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso.

Boa leitura!



## INTRODUÇÃO

A pena de morte, tema polêmico e controverso, vez ou outra ganha destaque entre a população, que demonstra ser favorável a este tipo de pena. O que não se sabe é que o instituto encontrou previsão legal em inúmeros textos da antiguidade, sendo considerado legítimo e até mesmo natural, já que satisfazia o desejo de vingança do governante, ao mesmo tempo que gerava temor social.

Com o passar dos anos, o pensamento humano foi se modificando e, com ele, a legislação foi sendo alterada, sendo a pena de morte cada vez menos frequente nos diplomas pelo mundo.

Em que pese o posicionamento mundial caminhar pela extinção da pena de morte, diversos países ainda a aplicam, sendo que, no Brasil, vem crescendo o apelo pela sua implantação efetiva, oriundo principalmente da violência que assola a população brasileira, que vê, na referida pena, uma forma de coibir a prática de delitos.

O que não se pode perder de vista é o avanço no reconhecimento e consolidação dos direitos humanos, num verdadeiro processo de aglutinação, que impede o Estado de retornar ao *status quo ante*, ou seja, suprimir

direitos. Este é o objetivo desta obra: analisar a possibilidade de aplicação da pena de morte no atual ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso. Para tanto, serão desenvolvidos cinco capítulos, sendo o primeiro a presente introdução.

O segundo capítulo tem como enfoque os direitos fundamentais e suas dimensões, com uma análise das clássicas três primeiras, destacando-se ainda a existência de uma quarta, quinta, sexta e até mesmo sétima dimensão que, por óbvio, são menos conhecidas e defendidas pela minoria da doutrina. Além disso, versaremos sobre a internacionalização dos direitos humanos, com destaque para a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

No terceiro capítulo, falaremos da pena de morte propriamente dita, com uma breve origem histórica do instituto, demonstrando sua incidência em todas as Constituições brasileiras. Serão apresentados, ainda, dados acerca da pena de morte, obtidos junto aos organismos nacionais e internacionais.

O princípio da vedação ao retrocesso será abordado no quarto capítulo, com uma análise dos tratados internacionais que versam sobre a pena de morte, trazendo à tona a discussão sobre a aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, ante as convenções

ratificadas pelo país e as implicações concernentes ao poder constituinte originário e derivado.

Por fim, seguem a conclusão e as referências bibliográficas.



---

# CAPÍTULO 1

## OS DIREITOS DO HOMEM

---

### 1.1 Os Direitos Fundamentais e suas dimensões

Os direitos fundamentais são os direitos que o homem livre e isolado possui em face do Estado. São unicamente os direitos da liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, inicialmente limitado, mensurável e controlável. (SCHMITT apud BONAVIDES, 2011, Pág. 561)

O tema dos direitos fundamentais é muito amplo e controverso, existindo inúmeras divergências doutrinárias, desde a nomenclatura até o seu conteúdo e abrangência. Paulo Bonavides (2011) chega a suscitar se as expressões ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ podem ser utilizadas como sinônimos, chegando à conclusão afirmativa, uma vez que o uso de cada expressão varia de acordo com a nacionalidade e o contexto histórico em que o autor se encontra inserido.

Como os direitos fundamentais vêm sofrendo constantes modificações ao longo dos anos, em virtude

das transformações político-sociais do mundo moderno, os juristas passaram a classificar os direitos fundamentais em 'gerações' ou 'dimensões', com base na teoria geracional de Karel Vasak, sendo necessário ressaltar que a expressão 'gerações' sofre inúmeras críticas, já que o termo passa uma ideia de substituição de uma geração por outra, o que não ocorre com os direitos fundamentais, que estão num processo constante de evolução, de conexão entre todas as dimensões. Assim, optamos por adotar a expressão 'dimensões', que melhor reflete a essência do instituto.

A doutrina é uníssona ao falar da existência de três dimensões de direitos, sendo eles os direitos de primeira dimensão, relacionados ao direito à liberdade, à expressão, à locomoção e à vida, que surgiu entre os séculos XII e XIX; os de segunda dimensão, formados pelos direitos sociais, culturais, econômicos, ramificações do direito à igualdade, impulsionados pela Revolução Industrial europeia; e, os de terceira dimensão, que englobam o direito à paz, a uma qualidade de vida saudável, à proteção ao consumidor e à preservação do meio ambiente. (LIMA, 2010)

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, tendo por titular o indivíduo e marcados por serem direitos de resistência perante o Estado (BONAVIDES, 2011, págs. 563-564). Considerados direitos de cunho individualista, surgindo-se e afirmando-se como do indivíduo frente ao Estado, são apresentados

como direitos de caráter negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. (SARLET, 1998, pág. 48)

Já no início do século XX, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos fizeram surgir um novo modelo de Estado, preocupado em outorgar ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação etc. A nota distintiva destes direitos de segunda dimensão é o seu enfoque positivo, posto que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social. (SARLET, 1998, pág. 49)

Os direitos fundamentais de terceira dimensão destinam-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 1998, pág. 50). Como oportunamente observa Paulo Bonavides (2011, pág. 569), os direitos de terceira dimensão, que só foram se consolidar no final do século XX, tem primeiro por destinatário o gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta, englobando o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A respeito das três dimensões dos direitos fundamentais, já houve inclusive manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF):

“Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, *DJ* de 17-11-1995.)

Demonstrada, ainda que de forma sucinta, as características gerais das três dimensões dos direitos fundamentais, reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, convém ressaltar que alguns juristas defendem a existência de uma quarta, quinta, sexta e até sétima dimensão, oportunidade em que passamos a analisar a problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais.

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta dimensão,

---

preconizados por Paulo Bonavides (2011), que consagra o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo o autor, a globalização política neoliberal caminha de forma silenciosa, cuja filosofia do poder é negativa e se move, de certa maneira, rumo à dissolução do Estado nacional, afrouxando e debilitando os laços de soberania e, ao mesmo tempo, doutrinando uma falsa despolitização da sociedade.

Não obstante a dimensão da globalização dos direitos fundamentais ser reconhecida por alguns juristas, como Pedro Lenza e Ingo Wolfgang Sarlet, sua aceitação não é unânime, estando longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e externo.

Prosseguindo no estudo das dimensões dos direitos fundamentais, alguns doutrinadores, dentre eles Uadi Lammêgo Bulos e Paulo Bonavides, vêm considerando a paz como um direito de quinta dimensão. Karel Vasak, por sua vez, classifica a paz como um direito de terceira dimensão, inserido dentre os direitos da fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento. (BONAVIDES, 2011, págs. 579-583)

A defesa da paz, inculpada no art. 4º, VI, da Constituição Federal de 1988, é um princípio constitucional norteador da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, suficiente para que seja elevada ao grau de direito fundamental de quinta dimensão, tirando-a da obscuridade a que dantes ficara confinado, enquanto direito esquecido na terceira dimensão. (BONAVIDES, 2011, pág. 592)

Além da posição externada por Paulo Bonavides, que, conforme visto, advoga ser a democracia direta o eixo da quarta dimensão, ao passo que o direito à paz poderia ser reconduzido a uma quinta dimensão, podemos identificar outras propostas que agregam uma quarta ou mesmo uma quinta dimensão às convencionalmente reconhecidas três dimensões <sup>1</sup>. (VIEGAS, 2014)

Se a quarta e quinta dimensões não são totalmente definidas e aceitas, quiçá a sexta dimensão dos direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado e exemplo de direito fundamental de terceira dimensão, vem ganhando destaque por alguns juristas, que defendem o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais. (FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino apud VIEGAS, 2014)

---

<sup>1</sup> Dentre tais propostas, colaciona-se, em caráter ilustrativo, a de José Alcebíades de Oliveira Júnior, para quem, com base na dinâmica da sociedade tecnológica, a quarta geração dos direitos incluiria os direitos relacionados ao domínio da biotecnologia e bioengenharia, os quais, por tratarem de questões ligadas à vida e à morte, requerem uma discussão ética prévia, ao passo que a quinta geração diz respeito ao campo da cibernética e da tecnologia da informação e comunicação de dados, que apresenta como característica comum a superação das fronteiras mediante o uso da internet e outras ferramentas. (Oliveira Júnior, José Alcebíades de. Teoria jurídica e novos direitos, p. 83 e ss.) (pág. 265 – Curso de Direito Constitucional – Sarlet/Marinoni/Mitidiero) (VIEGAS, 2014)

Entendeu-se que o processo de aquecimento global, desertificação e a falta de água serão os maiores problemas a serem enfrentados nas próximas décadas, de modo que o reconhecimento da água potável como um direito humano fundamental específico, de sexta dimensão, se justifica pela necessidade de uma maior proteção à água potável, bem da humanidade, a fim de que sua qualidade permaneça para garantir uma sadia qualidade de vida para os presentes e futuras gerações. (OLIVEIRA, 2016)

Os direitos fundamentais são marcados pela historicidade e pela complementação, de modo que foram surgindo diversas concepções de direitos, além das tradicionais três primeiras dimensões. Nesse contexto, feitas as devidas considerações sobre a quarta, quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico, há que se ressaltar a existência de uma sétima dimensão.

Fala-se em um direito fundamental à impunidade, à proibidade e à boa administração pública. Os defensores dessa corrente alegam que a lentidão do Judiciário e a aplicação de penas brandas são causas justificadoras para uma dimensão de direitos. É a geração do direito à impunidade. Percebe-se, por óbvio, que essa concepção de dimensão de direitos trata-se mais de uma crítica à insegurança jurídica e sensação de impunidade nos dias atuais do que uma nova dimensão propriamente dita. (OLIVEIRA, 2016)

No tocante à probidade e à boa administração pública, Leonardo Alves de Oliveira (2016) assevera que tais direitos fundamentais devem ser classificados como uma dimensão autônoma de direito fundamental, a sétima, decorrente dos demais pressupostos constantes da própria Constituição Federal de 1988, quais sejam, o princípio republicano, o princípio democrático e seus fundamentos, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, bem como dos objetivos fundamentais da República, primando pela prevalência dos direitos humanos e pela defesa da paz, além, é claro, dos demais princípios constitucionais administrativos previstos no *caput* do art. 37, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A evolução histórica representada pelo reconhecimento do processo cumulativo e aberto das dimensões dos direitos fundamentais possui estreita relação com a internacionalização dos direitos humanos, contribuindo para que os direitos da tríplice dimensão fossem positivados não em um único indivíduo, mas em todo o corpo coletivo, conforme será visto no subcapítulo seguinte.

## **1.2 A Internacionalização dos Direitos Humanos**

A crescente valorização dos direitos fundamentais influenciou no processo de internacionalização dos

direitos humanos, que passaram a ser reconhecidos por diversos países e organizações internacionais, por meio de tratados, protocolos etc., sendo que a análise de alguns dos principais marcos dessa internacionalização se fazem necessários para a melhor compreensão do tema.

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensão abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, servindo de ponto de partida para a inserção dos direitos da liberdade no ordenamento constitucional, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais (BONAVIDES, 2011, pág. 573).

Mas afinal, qual o conceito de direitos humanos? Os direitos humanos (ou direitos do homem) são modernamente entendidos como sendo aqueles direitos fundamentais que este possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política, pelo contrário, eis que esta tem o dever de consagrar e garantir (HERKENHOFF, 2011, pág. 13).

A internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno bastante recente, que teve início após a Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, a Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco no dia 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, pode ser

considerada como o pontapé inicial para a proteção dos direitos do homem, no âmbito internacional.

Isso porque, a Carta das Nações Unidas, ratificada por mais de 50 países, embora não tenha conceituado expressamente os 'direitos do homem', marcou-se pela criação das Nações Unidas, pautada na igualdade dos seus membros, resolução pacífica de conflitos e na boa-fé. Os propósitos das Nações Unidas, de acordo com o art. 1º da Carta, são:

Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;

2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o

respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.

Considerando os objetivos supracitados, pode-se concluir, com precisão, que a Carta das Nações Unidas representou um marco para a internacionalização e proteção dos direitos humanos, ultrapassando as barreiras do direito interno.

Parafraseando GODINHO (2006), a Carta das Nações Unidas deu origem aos princípios fundamentais que orientam o sistema internacional de proteção dos direitos do homem e que foram, posteriormente, codificados, densificados e concretizados, sendo que os objetivos das Nações Unidas serviram de base para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco histórico na proteção internacional dos direitos humanos, que será analisada a seguir.

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (resolução 217 A III)<sup>2</sup>, composta por 30 artigos, além do preâmbulo, que culminou por consagrar valores e princípios, além de

---

<sup>2</sup> Disponível no portal online da UNICEF:<[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em 10/03/2024.

observar as três dimensões de direitos fundamentais, estudadas no subcapítulo anterior.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem constituiu o primeiro instrumento geral de direitos humanos adotado por uma organização internacional, sendo um verdadeiro marco histórico da proteção internacional desses direitos (GODINHO, 2006, págs. 10-11).

Trata-se de verdadeiro estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano (BONAVIDES, 2011, pág. 578).

Norberto Bobbio (1992) chega a dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve solução na Declaração Universal dos Direitos do Homem que, segundo o autor, representou a manifestação da única prova através do qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Convergência de anseios e esperanças, o documento foi uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após as duas grandes guerras mundiais, que exterminaram milhões de

peças e travaram o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos (BONAVIDES, 2011, pág. 574).

O preâmbulo da Declaração de 1948<sup>3</sup> demonstra a preocupação internacional pela proteção dos direitos

---

### <sup>3</sup> “Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por

humanos, bem como o interesse dos países na adoção de medidas progressistas, visando assegurar a dignidade da pessoa humana e a igualdade entre os povos.

Já no tocante aos seus artigos, mostra-se inviável a reprodução de todos eles, mas vale ressaltar que a Declaração de 1948 preocupou-se em consagrar o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º), o direito à igualdade (art. 7º), bem como uma série de liberdades: liberdade de locomoção (art. 13); liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 18); liberdade de opinião e expressão (art. 19); e, liberdade de reunião e associação pacífica (art. 20), além de outros direitos.

Fabiana de Oliveira Godinho (2006) destaca ainda que a Declaração Universal não é um tratado internacional, mas sim uma resolução da Assembleia Geral, razão pela qual não é dotada de natureza obrigatória. Todavia, os princípios proclamados pela Declaração acabaram, na prática, tornando-se obrigatórios, sobretudo em virtude da incorporação de seus dispositivos a diversos tratados internacionais e nas Constituições de diversos Estados, assim como na jurisprudência de tribunais internacionais e nacionais.

---

promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

---

Embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem não tenha, ao menos formalmente, força obrigatória aos países, por se tratar de uma resolução, seus ideais foram o ponto de partida para a elaboração de inúmeros tratados e convenções que, assinados pelos países, dispõem de poder coercitivo.

Dentre os diplomas elaborados pós Declaração Universal, decorrentes do processo de amadurecimento e desenvolvimento dos direitos humanos, cito:

- Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952);
- Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio (1958);
- Declaração dos Direitos da Criança (1959);
- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966);
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966);
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1966);
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979);
- Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);

- Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Estes são alguns dos diplomas criados sob a influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sem a pretensão de elencar todos os documentos em que os direitos humanos foram consagrados<sup>4</sup>, muito menos estudá-los individualmente, já que alguns deles serão pormenorizadamente analisados no quarto capítulo.

Uma vez compreendida a evolução dos direitos fundamentais, através de suas dimensões, bem como demonstrada a crescente internacionalização dos direitos do homem, passamos agora à análise isolada da pena de morte, com uma abordagem conceitual e constitucional do tema, de suma importância para a compreensão do objeto central dessa obra.

---

<sup>4</sup> Todos os tratados de direitos humanos estão disponíveis no portal online das Nações Unidas de Direitos Humanos, disponível em:<<http://www.ohchr.org/EN/Pages/Home.aspx>>.

## CAPÍTULO 2

# PENA DE MORTE

---

### 2.1 Origem histórica da pena de morte

Nas palavras de PRUDENTE (2008), em decorrência de certos crimes de grande repercussão, que abalam a sociedade, atrelado à impotência estatal frente a criminalidade, ressuscitam vozes e projetos solicitando a aplicação da pena de morte, tema de abordagem delicada, complexa e controversa.

A pena de morte, aplicada desde os tempos bíblicos, sofreu algumas influências pelos ideais de Cesare Beccaria, famoso autor da obra *Dos Delitos e das Penas*, que revolucionou não só o instituto da pena de morte, mas também todo o Direito Penal e Processual Penal.

Segundo BECCARIA (1999), a origem das penas está atrelada à necessidade dos homens de viver em sociedade. O homem livre, que vivia num estado contínuo de guerra, optou em ceder parte dessa liberdade para que pudesse viver com certa segurança e tranquilidade.

Nesse contexto de repressão da selvageria e busca pela paz social, diversas penas foram criadas e aplicadas, dentre elas a pena de morte, um dos mecanismos utilizados pelo Estado para punir os delitos e impedir o restabelecimento do caos que vigorava antes do contrato social.

Norberto Bobbio (1992) afirma que a pena de morte foi considerada legítima e até mesmo natural, desde as origens da nossa civilização, encontrando previsão em inúmeros textos da antiguidade, que viam a pena capital como sendo a solução para satisfazer, ao mesmo tempo, as necessidades de vingança, de justiça e de segurança da sociedade diante do indivíduo que se havia corrompido.

Apesar da discricionariedade atribuída ao Estado na aplicação das penas, somente no século XVIII é que houve um processo de discussão e debates sobre a pena de morte, graças principalmente à Cesare Beccaria, que propôs a necessidade de haver proporção entre os delitos e as penas, chegando a afirmar, na sua principal obra<sup>5</sup>, que:

“[...] deveria existir uma escala paralela de penas, descendo da mais forte para a mais fraca, mas bastará ao sábio legislador assinalar os pontos principais, sem alterar-lhes a ordem, não cominando, para os delitos de primeiro grau, as penas do último.”  
(BECCARIA, 1999, pág. 38)

---

<sup>5</sup> Dos Delitos e das Penas

A obra de Beccaria também foi importante pelo fato de suscitar, além da discussão sobre a proporcionalidade das penas, se a pena capital era útil e justa, em um governo bem organizado. Na visão do autor, não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o homem, mas sim sua extensão, chegando a afirmar que a pena de escravidão perpétua tem mais força intimidatória do que a pena de morte (BECCARIA, 1999, págs. 90-97).

O debate sobre a pena de morte seguiu nos anos seguintes, com posicionamento de autores renomados, como Rousseau, Kant, Hegel, Foucault etc., que influenciaram na elaboração dos diplomas pelo mundo, seja acolhendo ou rejeitando a aplicação da pena de morte.

## **2.2 Incidência nas Constituições Federais do Brasil**

A Constituição é a magna carta do Estado Democrático de Direito, cujos parâmetros e diretrizes devem ser observados por todos os entes, personalizados ou não, a fim de se preservar a soberania nacional.

José Afonso da Silva (2011, pág. 38) esclarece que “*a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado*”. J.J. Gomes Canotilho, por sua vez, aduz que a Constituição:

“é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”. CANOTILHO (1991, pág. 12).

Nas palavras de CRUZ (2013), a Constituição é a norma máxima de um Estado, que serve de base para todas as demais espécies normativas, além de ser um importante instrumento de organização da sociedade e do Poder Político.

Durante a sua história, o Brasil teve sete constituições, sendo uma na monarquia e as demais no período republicano. Há controvérsia na doutrina se a Emenda Constitucional nº 1/69 foi ou não uma Constituição por si só. Sem a intenção de aprofundar na matéria, por não ser objeto deste livro, esclarecemos que o posicionamento majoritário é o de considerar tal ato como uma nova Constituição<sup>6</sup>. Todavia, como o ato se

---

<sup>6</sup> SILVA apud RIBEIRO, 2014: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto que a de 1967 se chamava apenas de Constituição do Brasil. (...) Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo tem natureza de emenda constitucional, pois tem precisamente sentido de manter a constituição emendada. Se visava destruir esta não pode ser tida como emenda, mas como ato político.”

revestiu de Emenda Constitucional, não houve o reconhecimento oficial pelo Poder Público, motivo pelo qual deixaremos de analisá-lo como um diploma autônomo.

Feita essa breve introdução, passamos agora à análise de todas as Constituições Brasileiras, com o intuito de demonstrar a abordagem da pena de morte, desde a Carta de 1824 até a Constituição Federal de 1988, bem como a evolução (ou não) do instituto com o passar dos anos.

### **2.2.1 Constituição de 1824**

A primeira Constituição Brasileira, conforme dito anteriormente, se deu no período monárquico, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, que foi marcada, sobretudo, pela existência do Poder Moderador, além dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário.

O artigo 179 da Constituição do Império (que se assemelha com o nosso atual artigo 5º da CF/1988) consagrou uma série de direitos básicos, como a

---

OLIVEIRA apud RIBEIRO, 2014: “(...) Esse fato leva à conclusão de que não se tratou de emenda, mas técnica e juridicamente de nova Constituição.”

---

liberdade, segurança, propriedade, inviolabilidade dos direitos civis e políticos etc.

Dentre esses direitos, consta no inciso XIX do referido artigo a seguinte redação: “*Art. 179 [...] - XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.*”. Fazendo uma análise literal do dispositivo citado, poder-se-ia concluir que a pena de morte não seria cabível, ante o seu caráter cruel (já que a pena de morte era aplicada mediante enforcamento, conforme artigo 39 do Código Criminal de 1830<sup>7</sup>).

Entretanto, conforme bem ressaltado por TUCUNDUVA (1976), entendeu-se, na época, que o princípio constitucional não abrangia a pena de morte, tanto que a legislação ordinária a consagrava. Contudo, destaca ainda o autor que sua aplicação era comedida, ante a existência de inúmeras regras específicas, como a não utilização em crimes políticos, a execução ser proibida em dias santos ou feriados, a destruição da forca logo após a realização, dentre outras medidas estipuladas pela Coroa e que deveriam ser cumpridas.

---

<sup>7</sup> “Art. 38. A pena de morte será dada na forca.”

### **2.2.2 Constituição de 1891**

Passados 65 anos da Constituição do Império, foi promulgada pelo Congresso a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, marcada pelo caráter liberal e federalista.

No que tange à pena de morte, o artigo 72 da Carta de 1891, em seu § 21, assim dispôs: *“Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.”* Assim, estava abolida a pena de morte, como regra. Excepcionando tal regramento, poderia o instituto ser aplicado em tempo de guerra, o qual seria executado mediante fuzilamento, conforme previa o artigo 40 do Código Penal da Armada, de 1891<sup>8</sup>.

### **2.2.3 Constituição de 1934**

Promulgada durante o governo de Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 foi a que durou menos tempo na história: apenas 3 (três) anos. Ficou marcada, ainda, por preservar a essência liberal da constituição anterior, bem

---

<sup>8</sup> “Art. 40. O condenado á morte será fuzilado.”

como pelos inúmeros direitos trabalhistas que foram consagrados, como o direito ao salário-mínimo.

Concernente as sanções penais, extrai-se do art. 113, item 29:

“Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.”

Assim, observa-se que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, proibia expressamente a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

#### **2.2.4 Constituição de 1937**

Três anos após a promulgação da Constituição de 1934, o então Presidente da República, Getúlio Vargas,

---

outorgou uma nova Carta Constitucional, ato este que ficou conhecido como o início do seu governo ditatorial, denominado de Estado Novo.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, foi claramente influenciada pelo movimento fascista europeu, tanto que ganhou o apelido de “Polaca”, ante as semelhanças com a Constituição Polonesa de 1935.

Como ocorre em todos os diplomas autoritários, a Constituição de 1937 destinou-se a concentrar o poder nas mãos de uma única pessoa, no caso o Chefe do Poder Executivo, além de suprimir uma série de direitos assegurados pelas Constituições anteriores.

Um instituto atingido pelo retrocesso ditatorial foi o da pena de morte. Isso porque, desde a proclamação da República do Brasil (1889), as Constituições passaram a suprimir a pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro, ressalvados os crimes de guerra. Entretanto, com a Constituição de 1937, a pena de morte tornou-se aplicável, não só nos casos previstos na legislação militar em tempo de guerra, mas também para uma série de outros crimes comuns.

É o que consta previsto no art. 122, item 13, *in verbis*:

“Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no

País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;

- g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;
- h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;
- i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;
- j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.”

Portanto, no período de vigência da Magna Carta de 1937, a pena de morte poderia ser aplicada, além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, nos crimes supracitados, que estavam elencados taxativamente no rol constitucional.

### **2.2.5 Constituição de 1946**

O fim da 2ª guerra mundial trouxe consigo um novo texto constitucional, consubstanciado na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, promulgada oito anos após a outorga da Carta de 1937.

Tal diploma foi elaborado visando, principalmente, redemocratizar o Estado brasileiro, restabelecendo a autonomia e independência entre os poderes – Legislativo,

Executivo e Judiciário –, bem como restaurando direitos e garantias outrora assegurados.

Disponha o art. 141, § 31, da Constituição de 1946:

“Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.”

Isto posto, evidencia-se que a pena de morte voltou a ser inadmitida pelo legislador constituinte, retornando ao *status quo ante bellum* das Constituições de 1891 e 1934.

## 2.2.6 Constituição de 1967

No dia 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a sexta da história, que oficializava a ditadura do regime militar de 1964.

Pelo contexto ditatorial em que a Carta de 1967 se encontrava inserida, podemos extrair algumas conclusões lógicas, como a presença do autoritarismo e a concentração do poder nas mãos do Chefe do Executivo.

Nas palavras de Diogo Cysne (2016), se a Constituição de 1937 foi a face legal do Estado Novo, a de 1967 foi a do regime militar (1964-85).

Concernente à pena de morte, dispunha o texto original da Carta de 1967, em seu art. 150, § 11:

“Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa.

A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.”

Interpretando o dispositivo supradito, analisamos que o tratamento legal dispensado à pena de morte não sofreu grandes mudanças, tendo aplicabilidade parecida com o texto constitucional pretérito (1946), uma vez que o instituto continuou proibido, ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa.

Não se pode perder de vista, entretanto, que a situação política no Brasil estava se agravando a cada dia, tendo sido editados diversos atos institucionais que endureciam o regime ditatorial, dentre eles, o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que foi considerado por muitos “o golpe dentro do golpe”.

Isso porque, o então Presidente da República, Costa e Silva, sob o pretexto de conter os abusos praticados pelos grupos antirrevolucionários, bem como preservar a ordem, a segurança, a harmonia política e os ideais do movimento de março de 1964, editou o referido Ato Institucional (AI-5), que autorizava o Presidente, dentre outras medidas, a decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Não bastasse o AI-5, no dia 5 de setembro de 1969 foi editado o Ato Institucional nº 14, que alterou a redação do § 11 do art. 150 da Constituição de 1967, passando a constar o seguinte:

“§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.”

Apesar de o Brasil ser um país tradicionalmente contrário à pena capital, a ampliação do cabimento da pena de morte justificava-se, segundo o governo militar, pelos crescentes movimentos revolucionários e subversivos da época (que eram contrários ao regime ditatorial), e como tradicionalmente a pena era aplicada em caso de guerra, os Ministros de Estado da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar resolveram editar o Ato Institucional nº 14 (AI-14), considerando como atos de guerra psicológica, revolucionária e subversiva os movimentos da época.

Merece destaque os ‘considerandos’ do AI-14:

“CONSIDERANDO que atos de guerra psicológica adversa e de guerra revolucionária ou subversiva, que atualmente perturbam a vida do País e o

mantém em clima de intranqüilidade e agitação, devem merecer mais severa repressão;

CONSIDERANDO que a tradição jurídica brasileira, embora contrária à pena capital, ou à prisão perpétua, admite a sua aplicação na hipótese de guerra externa, de acordo com o direito positivo pátrio, consagrado pela Constituição do Brasil, que ainda não dispõe, entretanto, sobre a sua incidência em delitos decorrentes da guerra psicológica adversa ou da guerra revolucionária ou subversiva;

CONSIDERANDO que aqueles atos atingem, mais profundamente, a segurança nacional, pela qual respondem todas as pessoas naturais e jurídicas, devendo ser preservada para o bem-estar do povo e desenvolvimento pacífico das atividades do País, resolvem editar o seguinte Ato Institucional:[...]”

Não bastasse a edição sucessiva de atos normativos, em outubro de 1969 foi editado o novo texto da Constituição Federal de 1967, através da Emenda Constitucional nº 1, outorgada pela Junta Militar, modificando de sobremaneira o texto original.

A Emenda Constitucional nº 1/69, decretada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, manteve a vigência dos atos institucionais anteriormente baixados, como o AI-5 e o AI-14, conforme se extrai do art. 153, § 11, *in verbis*:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 11. Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprêgo na Administração Pública, direta ou indireta.”

A redação do artigo supra é praticamente idêntica àquela prevista no AI-14, ou seja, mantiveram a aplicabilidade da pena de morte aos casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva, nos termos da lei.

Portanto, existindo diversas espécies de guerra, o legislador constituinte da época decidiu por bem apenas severamente os seus responsáveis, inclusive para frear os movimentos revolucionários existentes, enquadrados como ‘guerra subversiva’.

## 2.2.7 Constituição de 1988

Enfim, passados 21 anos da Carta de 1967, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elaborada por uma assembleia constituinte legalmente convocada e eleita, que cuidou do processo de redemocratização do País, recém-saído de uma ditadura militar<sup>9</sup>.

Ainda em vigor, a Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como a “Constituição Cidadã”, por consagrar uma série de direitos e garantias individuais (vide art. 5º), tendo sofrido, até 21/12/2023, 132 alterações, mediante emendas constitucionais que versam sobre diversos temas<sup>10</sup>.

No que tange à pena de morte, a Constituição de 1988 aboliu sua aplicação, retirando-a do rol de penas cabíveis, conforme art. 5º, inciso XLVI:

“XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

---

<sup>9</sup> Os historiadores consideram o ano de 1985 como o marco final da ditadura militar do Brasil.

<sup>10</sup> O inteiro teor das emendas constitucionais pode ser consultado através [do link: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro\\_emc.htm>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm). Acesso em 27/04/2024.

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;”

No inciso seguinte (XLVII), o legislador deixou expresso no texto constitucional que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da CF/88<sup>11</sup>, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, ou penas cruéis.

Em que pese não haver previsão expressa, é certo que o constituinte brasileiro, ao elencar os diversos tipos de penas passíveis de serem aplicadas, consagrou o princípio da necessidade da pena, pelo qual a aplicação da pena e a determinação de sua medida hão de se louvar pela ideia de necessidade. (MENDES, 2014, pág. 507).

A inserção da vedação à pena capital no rol dos direitos fundamentais é algo de suma importância, já que gozará da proteção insculpida no art. 60, §4º, IV (cláusula pétreia).

---

<sup>11</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;”

Uadi Lammêgo Bulos (2009) conceitua cláusula pétrea como “*aquela insuscetível de mudança formal, porque consagra o núcleo irreformável da constituição*”. Ainda segundo o autor, o legislador não poderá remover elenco específico de matérias, quais sejam, àquelas elencadas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 60 [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

Como o artigo 5º da CF/88 trata dos direitos e garantias individuais, por consequência, está incluído no rol das “cláusulas pétreas”, conforme redação do inciso IV supracitado, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos ali consagrados.

Tal posicionamento é corroborado por Gilmar Mendes, que defende a impossibilidade de emenda constitucional objetivando introduzir a pena de morte para os crimes comuns, eis que estar-se-ia diante de um postulado que não pode ser flexibilizado ou relativizado, em face da proibição constante da cláusula pétrea. (MENDES, 2014, pág. 508).

Ingo Sarlet (1998) ainda vai além, sustentando a abrangência das 'cláusulas pétreas' não só ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas também aos direitos sociais, aos direitos da nacionalidade e aos direitos políticos, que são direitos fundamentais de titularidade individual, previsto em diversos artigos do texto constitucional.

Não obstante o posicionamento majoritário da doutrina pela inconstitucionalidade da pena de morte para os crimes comuns, diversos parlamentares já apresentaram propostas de emendas ao Congresso Nacional, visando inserir no texto constitucional vigente a pena de morte para crimes comuns, através de plebiscitos e outras formas de consultas populares.

Para se ter ideia, menos de 24 horas após a promulgação da Constituição de 1988 foi apresentada a primeira proposta de emenda à constituição, de autoria do Deputado Amaral Netto, que propunha a introdução da pena capital para quem cometesse assassinato depois de estupro, roubo ou assalto.

A PEC nº 1/1988 tramitou por quase dez anos no Congresso, tendo sido arquivada em 09/03/1998, principalmente em virtude do parecer desfavorável obtido na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em que o deputado relator Adhemar de Barros Filho deu parecer pela inconstitucionalidade da proposta.

## 2.3 Dados sobre a pena de morte

Atualmente, mais da metade dos países da comunidade internacional aboliram a pena de morte para os crimes comuns. No entanto, 55 ainda a mantêm, incluindo a China, o Irã e os Estados Unidos, conforme informações divulgadas em 2022 pela *Amnesty International*<sup>12</sup>, organização não governamental focada em direitos humanos.

No referido ano (2022), houve um preocupante aumento de 53% em relação aos números de 2021 nas execuções e sentenças de morte, mais alto nos últimos cinco anos, em que ao menos 883 pessoas foram executadas em 20 países. Além disso, a pena de morte foi usada em vários países de forma a violar o direito e os padrões internacionais, com condenações e até mesmo execuções de pessoas com deficiência, menores de 18 (dezoito) anos de idade, e por delitos relacionados a drogas<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/>>. Acesso em 25/04/2024.

<sup>13</sup> Dados extraídos do portal *Amnesty International*. Disponível em: <<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/>>. Acesso em 25/04/2024.

A maioria das execuções ocorreram na China, Irã, Arábia Saudita, Egito e Estados Unidos, nesta ordem. Ressalte-se que a China, país que mais aplica a pena de morte no mundo, não divulga o número de execuções realizadas, que são classificadas como segredo de Estado. Contudo, os especialistas estimam que milhares de pessoas foram executadas no país.

De acordo com as informações divulgadas pela *Amnesty International*<sup>14</sup>:

- 112 países aboliram a pena de morte para todos os crimes;
- 9 países aboliram a pena de morte para os crimes comuns, mantendo-a apenas para os delitos graves, como os crimes de guerra;
- 23 países podem ser considerados abolicionistas na prática: mantém na legislação a pena de morte, mas não procederam a qualquer execução nos últimos 10 anos;
- Um total de 135 países aboliram a pena de morte na lei ou na prática.

O Brasil enquadra-se dentre os 23 países considerados abolicionistas na prática, já que o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal de 1988 prevê a pena de morte em caso de guerra declarada. Entretanto, a execução da última pena capital se deu há mais de 148 anos<sup>15</sup>, quando o escravo Francisco foi enforcado na

---

<sup>14</sup> Referentes a 2022.

<sup>15</sup> Conforme informações divulgadas pelo Senado Federal. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/04/04/ha>

---

cidade de Pilar, em Alagoas, em virtude de um duplo assassinato.

Apesar de ter abolido a pena de morte para os crimes comuns e a última execução remontar ao século XIX, a população brasileira ainda se divide pela aplicação ou não da pena capital. De acordo com a pesquisa feita em 2022 pelo Ipec, 42% dos entrevistados disseram ser a favor da pena de morte, enquanto 49% afirmaram ser contra<sup>16</sup>.

Em 2010, 46% da população defendia a pena de morte (31% defendem totalmente e 15%, em parte), assim como o mesmo percentual de 46% rejeitava a sua prática<sup>17</sup>. Já em 2016, 49% se mostraram favoráveis à pena de morte, enquanto 46% posicionaram-se contra.<sup>18</sup>

Extraí-se das pesquisas supracitadas, inclusive da margem de erro de dois pontos percentuais, para mais ou para menos, uma divisão clara na sociedade entre os

---

140-anos-a-ultima-pena-de-morte-do-brasil. Acesso em 25/04/2024.

<sup>16</sup> Dados extraídos da página do G1. Disponível em:< <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/09/13/ipecc-49percent-sao-contra-a-pena-de-morte-no-brasil-42percent-se-dizem-favoraveis.ghtml>>. Acesso em 25/04/2024.

<sup>17</sup> Dados extraídos da página do IstoÉ. Disponível em:< [https://istoe.com.br/169547\\_CNI+IBOPE+46+DA+POPULACAO+E+A+FAVOR+DA+PENNA+DE+MORTE/>](https://istoe.com.br/169547_CNI+IBOPE+46+DA+POPULACAO+E+A+FAVOR+DA+PENNA+DE+MORTE/>). Acesso em 25/04/2024.

<sup>18</sup> Dados extraídos da página do Ibope. Disponível em:< <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/aumenta-o-grau-de-conservadorismo-no-brasil/>>. Acesso em 25/04/2024.

que são a favor ou contra a pena de morte, a evidenciar que o assunto ainda é bastante controverso e discutível.

Outro tema correlato que merece ser abordado é a possibilidade de erros judiciais, que geram um certo temor na aplicação da pena de morte, ante a irreversibilidade do seu resultado final.

Os Estados Unidos, país que tradicionalmente faz uso da pena capital e que figurou entre os cinco maiores executores em 2022, com dezoito execuções, não a aplica em todo território estadunidense, mas somente em 27 estados, conforme dados de 2023 do *Death Penalty Information Center*<sup>19</sup>. Nos estados americanos que a aplicam, cerca de 375 réus foram inocentados desde 1989 graças ao exame de DNA, sendo que 21 dos acusados estavam condenados à morte<sup>20</sup>.

ARAS (2014) ainda reforça que a pena de morte não se revelou capaz de reduzir os índices de criminalidade em nenhum país, bastando ver que nos EUA não são raros os episódios de crimes gravíssimos cometidos em escolas, universidades, shoppings e eventos, por pessoas aparentemente pacatas, que não se intimidam com a possibilidade de serem presas, julgadas e executadas. E lá, de 1976, quando foi reinstituída a pena

---

<sup>19</sup> Dados extraídos do portal *Death Penalty Information Center*. Disponível em:<<https://deathpenaltyinfo.org/states-landing>>. Acesso em 25/04/2024.

<sup>20</sup> Dados extraídos do portal *Innocence Project*. Disponível em:<<https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>. Acesso em 25/04/2024.

capital, até abril de 2024, exatas 1586 pessoas foram executadas, segundo dados do *Death Penalty Information Center*<sup>21</sup>.

Feitas as considerações sobre a pena de morte, abordando sua origem e seu conceito, bem como a aplicação e tratamento legal dispensado pelas Constituições Brasileiras, adentramos agora no estudo do objeto central deste livro, que consiste em analisar se é possível a aplicação da pena de morte, no atual ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso.

---

<sup>21</sup> Dados extraídos do portal *Death Penalty Information Center*. Disponível em:<<https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview>>. Acesso em 25/04/2024.

## CAPÍTULO 3

# PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO OU PROIBIÇÃO DE REGRESSO

---

### **3.1 Tratados internacionais que versam sobre a pena de morte**

Antes de aprofundar no princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso, convém analisar alguns diplomas internacionais sobre direitos humanos, que versam sobre a pena de morte, seja implícita ou explicitamente, abordando a força desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), conforme dito no segundo capítulo, foi um marco na proteção e internacionalização dos direitos humanos, eis que seus dispositivos consagraram a ideia de universalidade dos direitos civis e políticos, além de garantir direitos e liberdades de caráter individual.

Conforme bem ressaltado por Norberto Bobbio (1992), a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX, sendo uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro.

Embora a Declaração de 1948 seja o diploma mais conhecido no tocante aos direitos humanos, não é o único documento existente, até mesmo porque a Declaração Universal dos Direitos do Homem influenciou a elaboração de vários pactos/tratados. Nesse sentido, HERKENHOFF (2011) aduz que há um grupo de documentos, considerados básicos, que tratam de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas e compõem a denominada Carta Internacional de Direitos Humanos, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Pacto Internacional de direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Pacto Internacional de direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo (1966).

O Pacto Internacional de direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de direitos Cívicos e Políticos possuem dispositivos similares, sendo que ambos se iniciam da mesma forma: *“Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”* (art. 1º, item 1). Os itens 2 e 3 do artigo 1º também são idênticos, assegurando o item 2 que nenhum povo pode ser privado de seus próprios meios de subsistência, enquanto o terceiro item afirma que os Estados devem promover a realização do direito à autodeterminação dos povos.

O Pacto Internacional de direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da

Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, embora não tenha tratado de forma expressa sobre a pena de morte, preocupou-se com ela de forma indireta, ao estabelecer deveres aos Estados, criando obrigações de fazer, executar, implementar etc.

Isso pode ser observado em diversos artigos do documento, por exemplo:

- Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática. – Art. 4º
- Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: (...) – Art. 7º
- Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir (...) – Art. 8º
- Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. (...) – Art. 13

Na visão de GODINHO (2006), os direitos econômicos, sociais e culturais são de natureza programática, uma vez que exigem um suporte financeiro, justificando a progressividade de sua realização. Isso significa dizer que o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê uma implantação progressiva, segundo os recursos disponíveis aos diferentes Estados partes.

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, estabelece que os direitos endereçados aos indivíduos possuem uma natureza negativa, já que impõem aos Estados uma obrigação de não fazer, preservando as liberdades individuais.

Um dos direitos individuais abordados no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos é o direito à vida, considerado como inerente à pessoa humana, devendo ser protegido pela lei. Como forma de se preservar tal direito, o referido diploma internacional versou expressamente sobre a pena de morte, oportunidade em que transcrevo o seu artigo 6º:

“ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.”

Da análise do dispositivo acima, extrai-se que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida, devendo a pena de morte ser imposta somente àqueles

crimes mais graves, desde que a condenação seja proferida por juiz competente e que a sentença tenha transitada em julgado.

O artigo também prevê a possibilidade do condenado à morte pedir indulto, ter sua pena substituída por outra ou até mesmo ser anistiado, sendo que, no último caso, a condenação será anulada e as diligências persecutórias suspensas. Ressalte-se também a impossibilidade de imposição da pena de morte aos crimes cometidos por menores de 18 (dezoito) anos, bem como às mulheres em estado de gravidez.

Por fim, observa-se no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos uma tendência pela abolição da pena de morte, que se revela incompatível aos demais direitos individuais consagrados no diploma, sendo inclusive vedado que Estado Parte do Pacto invoque alguma disposição do artigo 6º para retardar ou impedir a abolição deste tipo de pena.

No que se refere ao Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos, importante ressaltar que se tratou de resolução adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de dezembro de 1966, de suma importância na consagração do mecanismo de queixas individuais, eis que permitiu a apresentação de petições ao Comitê pelas pessoas que aleguem ser vítimas de violação a algum direito consagrado no pacto (GODINHO, 2006).

Merece destaque, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que, apesar de ter reproduzido a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos, foi e ainda é um diploma extremamente importante na internacionalização dos direitos humanos, já que elevou o direito à vida a um patamar jamais ocupado.

A Convenção, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, preocupou-se em consagrar direitos básicos, como à liberdade, à vida e à integridade pessoal, além de inúmeros direitos humanos que os Estados signatários deveriam observar e proteger. Cito, como exemplo, o art. 5º, item 2, que consagra que *“ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”*

Pode-se dizer que um dos principais objetivos da Convenção, principalmente após o protocolo adicional obtido na Conferência Interamericana de Assunção (1990), foi a abolição da pena de morte, marcando-se por consagrar expressamente o princípio da vedação ao retrocesso.

Isso porque, o art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente no seu item 3, prevê expressamente que não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. Nesse sentido:

#### “ARTIGO 4. Direito à Vida

1. 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.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.”

Logo, podemos concluir que o Pacto de São José da Costa Rica, junto com os demais diplomas citados neste e em outros capítulos, foram de grande importância para a consagração do direito à vida, bem jurídico supremo e indisponível, abrindo caminho para uma sociedade digna, justa e humana. Além disso, foram fundamentais para o surgimento e consolidação do princípio da vedação ao retrocesso no âmbito da pena de morte, já que versaram pela inaplicabilidade do instituto, seja de forma direta ou indireta, corroborando com a ideia de que os direitos do homem estão em um processo de constante evolução, vedando-se o retrocesso social.

### **3.2 Princípio da Vedação ao Retrocesso: Efeito *cliquet* dos direitos humanos**

Conforme evidenciado nos capítulos anteriores, os direitos humanos vêm ganhando cada vez mais importância no cenário internacional, sendo reconhecidos por diversos países e organizações, representando o avanço na proteção dos direitos do homem, que ganhou força principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Dentro desse contexto evolucionista dos direitos humanos, surge o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso (*effet cliquet*), pelo qual os direitos do homem, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, vedando-se a involução de direitos. Segundo CANOTILHO (1991), significa dizer que é inconstitucional

qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.

A etimologia da expressão *cliquet* remonta à França, sendo empregada pelos alpinistas para significar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, devendo prosseguir sempre para cima, designando um movimento em que só é permitida a subida no percurso (JÚNIOR, 2014).

Ainda no âmbito etimológico, tem-se a existência de várias expressões sinônimas, por exemplo: a) princípio da vedação ao retrocesso; b) proibição de regresso; c) princípio do efeito *cliquet*; d) princípio do não retrocesso social etc., podendo todas essas nomenclaturas serem usadas para se referir ao mesmo tema.

O princípio ora em estudo se concretizou, pela primeira vez no ordenamento jurídico internacional, em 1955, através do doutrinador italiano G. Balladore Pallieri. Ao tratar dos limites do legislador, o referido estudioso constatou que, uma vez alcançado determinado patamar, o direito social não poderia ser diminuído e, portanto, não poderia o legislador ordinário retornar à situação anterior (JUNIOR, 2013).

Seguindo o entendimento consagrado por Pallieri, o Tribunal Constitucional Português, no acórdão nº 39/1984, entendeu que os direitos sociais são verdadeiras

e próprias imposições constitucionais e não simples normas programáticas; que prescrevem concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas e abstratas linhas de ação, constituindo meios de realização de direitos fundamentais (BOTELHO, 2015).

O acórdão nº 39/84<sup>22</sup> foi de suma importância na valorização dos direitos sociais, já que marcou uma das primeiras manifestações jurisprudenciais acerca do princípio da vedação ao retrocesso, merecendo destaque alguns trechos:

[...] Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor.

[...]

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar, certas instituições públicas sistemas escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas, após terem sido criadas, a Constituição para a proteger a sua existência, como se já

---

<sup>22</sup> Íntegra do acórdão disponível em:<<https://dre.pt/pesquisa/-/search/384993/details/maximized>>. Acesso em 01/04/2024.

---

existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

[...]

Assim, J. J. Gomes Canotilho, na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (Coimbra, 1983), após distinguir também vários níveis de relevância jurídica dos direitos sociais («dimensão subjectiva», «dimensão programática» e «dimensão igualitária») e depois de afirmar que essa «dimensão subjectiva» resulta, além do mais, da «radicação subjectiva de direitos através da criação por lei, actos administrativos, etc., de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos», conclui pela irreversibilidade dessa concretização (aliás num enquadramento teórico mais vasto):

É neste segundo sentido que se fala de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social [ob. cit., p. 374; *itálico no original*].”

[...]

O pioneirismo da Corte Portuguesa, no sentido de reconhecer a obrigação negativa do Estado, acabou por consolidar uma teoria que, até àquele momento, era restrita a poucos doutrinadores. A partir desse momento, percebeu-se que o Estado deveria não só agir em busca do bem comum, mas também abster-se de atentar contra os direitos sociais já consagrados.

O Conselho Constitucional Francês, pela decisão 83-165 DC, proferida em 21 de janeiro de 1984, também contribuiu na difusão e propagação do princípio da vedação ao retrocesso. A referida decisão, ao aplicar o princípio, julgou inconstitucional a revogação de uma lei sobre os domínios das liberdades fundamentais, por outra que não oferecia uma garantia da eficácia no mínimo equivalente a já existente (PESEGOGINSKI, 2014).

Nas palavras de CORRÊA (2012), começou a surgir em 1984, também na aplicação do direito, e não apenas na doutrina, lastro para o princípio da proibição do retrocesso social, que pode ser sucintamente definido como a impossibilidade de que nova regulação jurídica venha a suprimir direitos fundamentais anteriormente

conquistados pelo homem, aqui inclusos os direitos sociais, sem equivalente compensação.

Nesse contexto, surge uma dúvida pertinente: e no tocante ao poder constituinte originário? Poder-se-ia suprimir direitos e garantias individuais, por exemplo, instituindo a pena de morte no ordenamento constitucional brasileiro para os crimes comuns? A resposta não é simples.

Sem o intuito de esgotar a matéria, por não ser o objeto central dessa obra literária, destaco que o poder constituinte originário se caracteriza por ser inicial, autônomo e ilimitado; logo, *a priori*, não haveria que se falar em qualquer limitação ao seu exercício, sendo inaplicável o princípio da vedação ao retrocesso. Entretanto, conforme bem aduziu BULOS (2009), o poder constituinte originário encontra vedações em seu exercício, limitando-se pelas estruturas políticas, sociais, econômicas e culturais dominantes na sociedade, bem como pelos valores ideológicos de que são portadores.

Uma das vedações defendidas pelo autor, e que estaria submetido o poder constituinte originário, são as limitações substanciais (transcendentes, imanentes e heterônomos), ligadas à dignidade da pessoa humana, a identidade do Estado e às normas de Direito Internacional. São verdadeiros imperativos éticos superiores, os quais se vinculam a uma consciência jurídica coletiva, devendo ser observados até mesmo na criação de um novo texto constitucional (BULOS, 2009, págs. 312-313).

Parafraseando Luís Roberto Barroso, o poder reformador originário, como qualquer outro poder, está submetido a limitações, muito embora seja, inicialmente, ilimitado. Os tratados e convenções internacionais relativos aos direitos humanos, uma vez incorporados no sistema normativo interno e na consciência jurídica geral, não poderiam ser revogados pela nova ordem jurídica, que deverá observar o conjunto mínimo de tais direitos (BARROSO apud JUNIOR, 2013).

A proibição do legislador constituinte originário de aniquilar, suprimir ou esvaziar o direito social já consolidado no mundo jurídico ainda é considerada minoritária, entendendo a maior parte da doutrina pela incondicionalidade do poder constituinte originário, que poderia, inclusive, suprimir direitos individuais consagrados pelas constituições anteriores.

Em relação ao poder constituinte derivado, incontroversa a existência das limitações materiais, que enumeram, no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988 uma série de direitos imodificáveis, irreformáveis e intangíveis: as cláusulas pétreas.

Cumprir destacar que o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso (efeito *cliquet*), no âmbito do direito brasileiro, encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, e decorre do princípio do Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais,

da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros (SARLET apud FERREIRA, 2015).

Nesse contexto, conforme já exarado no capítulo anterior, é juridicamente impossível, através de emenda constitucional, introduzir a pena de morte para os crimes comuns, no ordenamento jurídico brasileiro, em face da proibição constante da cláusula pétreia.

Isso porque, o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, vedou, expressamente, qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, incluindo-se, dentre eles, a pena de morte, ressalvados os casos de guerra declarada, nos termos do art. 5, XLVII, 'a', da CF/88.

Assim, em observância aos limites materiais impostos pelo texto constitucional, mostra-se juridicamente impossível emendar a Carta de 1988 para implantação da pena de morte aos crimes comuns, em tempo de paz, conclusão defendida pela doutrina majoritária.

Agora, vem ganhando destaque no ordenamento jurídico internacional, notadamente após a Carta das Nações Unidas (1945), a força normativa dos tratados ratificados pelos países, que passaram a vigorar como norma legal. Isso pode ser observado no texto constitucional brasileiro, ao prever, em seu art. 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não

excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Além disso, o art. 5º, § 3º, da CF/88 disciplina que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Logo, um tratado internacional pode entrar no ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional, desde que observados os requisitos do art. 5º, § 3º, da CF/88, ou como norma supralegal, subordinada à Constituição, mas superior às leis ordinárias.

Dentre as normas sup legais adotadas pelo Brasil, destaca-se, no tocante à pena de morte e ao princípio da vedação ao retrocesso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 1969 e ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Na referida convenção, os estados signatários resolveram tutelar ainda mais o direito à vida, disciplinando que nos países que não aboliram a pena de morte, esta só poderia ser imposta aos crimes mais graves, vedando-se inclusive a extensão de sua aplicação a delitos aos quais não se empregue atualmente (art. 4º, item 2). Além disso, o art. 4º, item 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determinou que não

se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

No âmbito do sistema regional americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na opinião consultiva nº 3/83<sup>23</sup>, proíbe absolutamente a extensão da pena de morte e que, conseqüentemente, não pode o Governo de um Estado Parte aplicá-la a delitos para os quais não estava contemplada anteriormente em sua legislação interna.

Destaque-se ainda o contexto histórico de progressão de direitos pelo qual o Pacto de São José da Costa Rica encontrava-se inserido, que pode ser observado nos artigos 26 e 29:

#### Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos

---

<sup>23</sup> Disponível

em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_03\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf)>. Acesso em 28/04/2024.

disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[...]

#### Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Desse modo, o princípio da progressividade, também chamado de máxima integridade dos direitos humanos, ao buscar o desenvolvimento e a extensão da proteção dos direitos humanos, impede a interpretação restritiva dos direitos e garantias inerentes ao ser humano, ou de forma a amesquinhar a proteção que já vinha sendo previamente aplicada.

No Brasil, conforme dito no decorrer do presente livro, houve o banimento da pena de morte aos crimes comuns, ressalvados os casos de guerra declarada<sup>24</sup>, em que seria possível a aplicação de tal modalidade de pena.

Sendo assim, em observância aos postulados do Pacto de São José da Costa Rica, notadamente seu art. 4º, item 3, ratificado pelo Brasil (Decreto 678/1992), não poderia haver o restabelecimento da pena de morte, tendo em vista que os direitos e garantias individuais conquistados não podem regredir, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico internacional.

O restabelecimento da pena capital violaria, ainda, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990 e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994, sendo posteriormente ratificado pelo Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998. Os Estados partes nesse protocolo, considerando que o artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos reconheceu o direito à vida e restringiu a aplicação da pena de morte, comprometeram-se a não aplicar em seus territórios a pena de morte a nenhuma pessoa submetida a sua jurisdição.

---

<sup>24</sup> A título de curiosidade, a pena de morte, em tais casos, é executada por fuzilamento, nos termos do art. 56 do Código Penal Militar.

Além de todos esses aspectos jurídicos que obstarão a aplicação da pena de morte no Brasil, há a notável percepção de que não é a gravidade da pena que intimida o criminoso, pois, ele não deixará de cometer um crime em razão da pena que lhe será imposta, pois, se ele tiver vontade de praticar o fato típico, irá fazê-lo mesmo que a sanção for a sua morte. Deste modo, a eficácia da pena sobre o crime dependerá da certeza de sua aplicação e não da intensidade ou gravidade que será imposta (SOUZA; CATANA apud CITTADIN, 2011).

JOBIM (2013) sustenta que, caso o Brasil tente implantar a pena de morte aos crimes comuns por meio de uma nova constituição, será passível de sofrer sanções internacionais. Tudo pelo fato de que, se o país faz parte do sistema de proteção global da ONU ou da OEA, inclusive assinando e ratificando vários tratados internacionais sobre direitos humanos, ao fazer uma nova constituição, ele terá limitações, devendo respeitar tudo o que diga respeito aos referidos direitos, englobando aí a proibição da pena de morte.

Um dos primeiros a analisar a questão, na jurisprudência pátria, foi o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, no acórdão prolatado na ADI 2065/DF, em 17/02/2000. Segundo o jurista, o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, pode ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada, mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa

ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional<sup>25</sup>.

Em 2006, o também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no voto proferido no MS 24875/DF<sup>26</sup>, abordou o tema da seguinte forma:

[...] Registro, de outro lado, que tenho igualmente presente, no exame desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição do retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário [...]

-Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham

---

<sup>25</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em 01/04/2024.

<sup>26</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86203>>. Acesso em 01/04/2024.

---

a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. [...]

O Ministro Celso de Mello, ainda em seu voto, fez referência ao Tribunal Constitucional português (acórdão nº 39/84, citado anteriormente) que, ao invocar a cláusula da proibição de retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública.

O Supremo Tribunal Federal tratou do princípio da vedação ao retrocesso social da seguinte forma:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS.

- O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.

- A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais

prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

-Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”

-Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Além do posicionamento adotado pelo ministro Celso de Mello que, em diversos votos proferidos na corte (vide ADI 3105/DF<sup>27</sup>), demonstrou que o legislador deve observar certos parâmetros constitucionais, bem como assegurar a proteção ao mínimo existencial, sendo vedado o retrocesso social, merece destaque a atuação de Luiz Fux e Rosa Weber, também ministros do STF, que já manifestaram seu posicionamento pela adoção do princípio da proibição do retrocesso social, como nos votos proferidos no bojo do ARE 709212/DF<sup>28</sup>.

Recentemente, a Suprema Corte brasileira, alinhada com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável nº 12 (consumo e produção responsáveis), 13 (ação contra a mudança global do clima), 14 (vida na água) e 15 (vida terrestre) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), vem aplicando o princípio da vedação ao retrocesso em matéria ambiental, extraíndo-o de forma implícita do art. 225 da Constituição Federal, como se observa dos julgamentos proferidos nas

---

<sup>27</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em 01/04/2024.

<sup>28</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em 01/04/2024.

---

## Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 65129, 74730, 74831 e 74932.

Embora haja controvérsia acerca do princípio da vedação ao retrocesso, pretendeu-se demonstrar a sua aplicabilidade na atual Constituição Federal e em outras que vierem a surgir, tendo por base a internacionalização dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, proibindo-se o regresso destes direitos.

Assim sendo, por haver vedação expressa na Constituição Federal de 1988, é impossível o poder constituinte derivado, através de uma emenda constitucional, implantar a pena de morte no Brasil. Há quem defenda que no poder constituinte originário tal pena poderia ser instituída aos crimes comuns, por ser este um poder autônomo e ilimitado. Todavia, existem juristas sustentando a tese da inaplicabilidade da pena de morte, ainda que no contexto de uma nova constituição, eis que afrontaria o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso, consagrado pelo ordenamento

---

<sup>29</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762578374>>. Acesso em 28/04/2024.

<sup>30</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336975&ext=.pdf>>. Acesso em 28/04/2024.

<sup>31</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15352530921&ext=.pdf>>. Acesso em 28/04/2024.

<sup>32</sup> Íntegra do acórdão disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349336976&ext=.pdf>>. Acesso em 28/04/2024.

---

jurídico internacional no art. 4º, item 3, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê que não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.



## CONCLUSÃO

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), pode-se dizer que houve o início da internacionalização dos direitos humanos, que, a partir daí, foram sendo consagrados e ganhando destaque nos diplomas internacionais.

Os direitos fundamentais, sejam em sua concepção mais pura ou analisados sob o âmbito de suas dimensões, possuem estreita relação com a difusão dos direitos do homem, contribuindo para o benefício de todo o corpo coletivo, e não só um único indivíduo.

Entretanto, nem sempre houve essa preocupação internacional pelo respeito aos direitos fundamentais, já que, em tempos mais primórdios, não existia essa consciência coletiva pela preservação da vida, o que abriu margem ao surgimento das mais variadas espécies de penas, dentre elas, a pena de morte.

A pena de morte, aplicada indistintamente em algumas civilizações, ainda encontra previsão legal em alguns países, que continuam a utilizá-la. Tal pena era considerada legítima e até mesmo natural em algumas civilizações, sendo um dos mecanismos utilizados pelo

Estado para punir os delitos e impedir o restabelecimento do caos que vigorava antes do contrato social.

Somente no século XVIII é que houve um processo de discussão e debates sobre a pena de morte, graças principalmente à Cesare Beccaria, que propôs a necessidade de haver proporção entre os delitos e as penas, questionando se a pena capital era útil e justa em um governo bem organizado.

As Constituições Brasileiras foram refletindo as mudanças de pensamento que estavam ocorrendo, sendo que, de uma forma geral, tenderam a repelir a pena de morte, seja para os crimes comuns ou políticos, ressalvados os casos de guerra externa com país estrangeiro.

A exceção encontra-se nas Constituições de 1937 e 1967, outorgadas durante o Estado Novo e a Ditadura Militar, respectivamente, que, momentaneamente, ampliaram o rol de cabimento da pena de morte, sendo que tal medida não obteve solução de continuidade, eis que superada pela Carta posterior.

A evolução dos direitos fundamentais, bem como a internacionalização dos direitos humanos, foram levando os Estados a agirem não só em busca do bem comum, mas também se abstendo de atentar contra os direitos sociais já consagrados, consubstanciando uma verdadeira obrigação negativa, no intuito de preservar as liberdades individuais.

Nesse contexto, surge o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso (efeito *cliquet*), pelo qual os direitos do homem, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, vedando-se a involução de direitos.

No âmbito do direito brasileiro, tal princípio encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, sendo juridicamente impossível, através de emenda constitucional, introduzir a pena de morte para os crimes comuns, no ordenamento jurídico brasileiro, em face da proibição constante da cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Em que pese a doutrina majoritária, pela inconstitucionalidade de eventual emenda constitucional instituindo a pena de morte aos crimes comuns, nos últimos anos, vem aumentando o clamor popular pela sua aplicação, oriundo principalmente da violência que assola a população brasileira, que vê, na referida pena, uma forma de coibir a prática de delitos.

Destaque-se que o princípio da vedação ao retrocesso também assume relevante papel quando se trata do Poder Constituinte originário que vise diminuir direito social já consagrado na ordem jurídica anterior. Isso porque, o poder reformador originário, muito embora seja, inicialmente, ilimitado, deve observar certos limites impostos pelo sistema normativo internacional, defendendo alguns doutrinadores a impossibilidade de o legislador constituinte originário aniquilar, suprimir ou esvaziar o direito social já consolidado no mundo jurídico.

Não obstante, o pensamento acima exposto ainda é considerado minoritário, entendendo a maior parte da doutrina pela incondicionalidade do poder constituinte originário, que poderia, em tese, suprimir direitos individuais consagrados pelas constituições anteriores.

Pretendeu-se demonstrar, de forma objetiva, imparcial e equidistante, a controvérsia que paira sobre o instituto da pena de morte, havendo divergências doutrinárias sobre sua aplicação, seja no âmbito do poder constituinte originário ou derivado. Ainda, existe uma corrente pela inaplicabilidade da pena de morte, ainda que no contexto de uma nova constituição, tendo por base o princípio da vedação ao retrocesso ou proibição de regresso, consagrado pelo ordenamento jurídico internacional.

Além disso, analisando os dados estatísticos e as normas do direito comparado, concluiu-se que a pena de morte não se revelou capaz de reduzir os índices de criminalidade em nenhum país, o que evidencia que não é a gravidade ou intensidade da pena que inibirá a prática da conduta delitiva, mas sim a certeza de sua aplicação.

## REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. **O efeito “*cliquet*” e a pena de morte** (2014). Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2014/07/25/o-efeito-cliquet-e-a-pena-de-morte/>>. Acesso em 01/04/2024.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.
- BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 01/04/2024.
- BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 5 de Setembro de 1969**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-14-69.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-14-69.htm#art1)>. Acesso em: 01/04/2024.

**BRASIL. Código Criminal do Imperio do Brazil (1830).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 01/04/2024.

**BRASIL. Código Penal da Armada (1891).** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegrall.action?id=49209&norma=64990>>. Acesso em: 05/04/2024.

**BRASIL. Código Penal Militar (1969).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm)>. Acesso em: 08/04/2024.

**BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de Março de 1824).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 05/04/2024.

**BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de Fevereiro de 1891).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 05/04/2024.

**BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934).**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 05/04/2024.

**BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de Novembro de 1937).**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 05/04/2024.

**BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946).**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 04/04/2024.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 04/04/2024.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04/04/2024.

**BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de Outubro de 1945.**

Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 03/04/2024.

**BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 03/04/2024.

**BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 02/04/2024.

**BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 02/04/2024.

**BRASIL. Decreto nº 2.754, de 27 de Agosto de 1998.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2754.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm)>. Acesso em: 02/04/2024.

**BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10/03/2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituições Brasileiras** (2005). Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf>. Acesso em 10/03/2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 1/1988**. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169205>. Acesso em 25/01/2024.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., total. refund. e aum. Coimbra: Almedina, 1991.

CITTADIN, Raquel. **A Morte como Pena e os Direitos Humanos**: Um Estudo dos Argumentos acerca da (In) Aplicabilidade da Pena de Morte. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina – UNESC, 2011.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. A decisão 83-165 DC do Conselho Constitucional da França e a proibição do retrocesso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[---

93](http://ambito-</a></p></div><div data-bbox=)

juridico.com.br/site/?n\_link=revista\_artigos\_leitura&artigo\_id=11843>. Acesso em 18/02/2024.

CRUZ, Vítor. **Constituição Federal: anotada para concursos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2013.

CYSNE, Diogo. **Constituição de 1967** (2016). Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/constituicao-de-1967/>>. Acesso em: 18/02/2024.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **Princípio constitucional do não retrocesso** (2015). Disponível em: <<https://jota.info/artigos/principio-constitucional-do-nao-retrocesso-06082015>>. Acesso em 25/03/ 2024.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**. Aparecida, SP: Santuário, 2011

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 48, dez 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=artigos\\_leitura\\_pdf&artigo\\_id=4528](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528)>. Acesso em 14/04/2024.

JOBIM, Jorge André Irion. **Pena De Morte, Maioridade Penal e a Vedação do Retrocesso** (2013). Disponível em: <<http://jobhim.blogspot.com.br/2013/08/pena-de-morte-maioridade-penal-e.html>>. Acesso em: 13/04/2024.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A proibição do retrocesso e o efeito “cliquet” dos Direitos Fundamentais** (2014). Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 15/04/2024.

JUNIOR, Luiz Carlos da Silva. **O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro: Uma análise pragmática** (2013). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 02/03/2024.

LIMA, Caroline Silva. **Quais são as gerações ou dimensões de direitos fundamentais mais aceitas pela doutrina?** (2010). Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2205725/quais-sao-as-geracoes-ou-dimensoes-de-direitos-fundamentais-mais-aceitas-pela-doutrina-caroline-silva-lima>>. Acesso em: 02/03/2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **A Sétima Dimensão dos Direitos Fundamentais** (2016). Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017\\_02\\_0289\\_0315.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0289_0315.pdf)>. Acesso em: 02/03/2024.

PESEGOGINSKI, Carla Rosane. **Princípio da vedação do retrocesso: “efeito cliquet”** (2014). Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/principio-da-vedacao-do-retrocesso-efeito-cliquet-436>>. Acesso em: 21/03/2024.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Um breve discurso sedicioso acerca da pena de morte. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre: IOB, v.9, n.50, p. 89-96, jun./jul. 2008.

RIBEIRO, Lane. **Emenda Constitucional ou Constituição de 1969?** (2014). Disponível em: <<https://lany.jusbrasil.com.br/artigos/143739919/emenda-constitucional-ou-constituicao-de-1969>>. Acesso em: 10/02/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vandeler Ferreira da. **Pena de Morte no Brasil**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/pena-de-morte-no-brasil/>>. Acesso em: 21/02/2024.

TUCUNDUVA, Ruy Cardoso de Mello. A Pena de Morte nas Constituições do Brasil. **Revista Justitia**, Ministério Público de São Paulo, n.093, 1976.

VIEGAS, João Alexandre. **Direitos e Garantias Fundamentais** (2014). Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/DIREITOSEGARANTIASFUNDAMENTAISJOaOALEXANDREVIEGAS.doc.>>. Acesso em: 03/01/2024.



## **SOBRE O AUTOR**

### **Victor Kelleson Sales Rodrigues**

Natural de Ipatinga/MG, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA), sendo o aluno laureado.

Especialista em Direito Civil e Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

Aprovado no concurso público para Juiz de Direito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA). Atualmente ocupa o cargo de Assessor de Juiz.

