



A PENA DE MORTE À LUZ DAS TEORIAS RETRIBUTIVAS E PREVENTIVAS E DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

THE DEATH PENALTY BASED ON RETRIBUTIVE AND PREVENTIVE THEORIES AND NIKLAS LUHMANN'S SYSTEMS THEORY

Página

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo¹

Flávia dos Santos Cabral²

Recebido em:	16/03/2023
Aprovado em:	31/07/2023

RESUMO: O presente artigo visa a realizar um estudo acerca da pena de morte, também denominada pena capital, de forma a relacioná-la diretamente à recente teoria dos sistemas

¹ ORIENTADOR. Professor-Assistente na disciplina de Teoria do Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade Salvador - UNIFACS; Professor de Processo Penal da Universidade Católica do Salvador - UCSAL; Professor Convidado da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia - FESMIP. Professor Convidado da Especialização em Ciências Criminais do JusPodivm; Professor Convidado da Especialização em Ciências Criminais da Fundação Faculdade de Direito vinculada ao PPGD-UFBA. Mestre em Direito Público pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Pós-Graduado Lato Sensu em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS. Autor dos livros: AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. A importância dos atos de comunicação para o processo penal brasileiro: o esboço de uma teoria geral e uma análise descritiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 215 p. AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O Ato de Decisão Judicial: Uma Irracionalidade Disfarçada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 311p. Área de dedicação e pesquisa: Direito Processual Penal, Filosofia do Direito, Filosofia e Sociologia.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Estagiária no Núcleo Criminal da Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE/BA). Membro do Grupo de Pesquisa em Teorias da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) pela UFBA. Pesquisadora na área de Direitos Humanos. Endereço de e-mail: flaviascabral@hotmail.com.



desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann e difundida na Teoria do Direito dos séculos XX e XXI. Para isto, adota-se a metodologia de revisão bibliográfica, com ênfase nas observações de Thomas Vesting sobre a referida teoria e, ainda, realiza-se uma análise histórica e crítica da pena de morte e da interrelação entre os sistemas sociais na contemporaneidade. Com isso, deseja-se compreender como a teoria dos sistemas pode afetar a aceitação e a aplicação da pena capital neste contexto.

Palavras-chave: Direito; pena de morte; teorias retributivas; teorias preventivas; teoria dos sistemas.

ABSTRACT: This article aims to study about the death penalty, also called capital punishment, in order to relate it directly to the recent systems theory developed by the German sociologist Niklas Luhmann and disseminated in the Theory of Law of the 20th and 21st centuries. For this, the bibliographic review methodology is adopted, with an evaluation of Thomas Vesting's analysis of the theory, and also a historical and critical analysis of the death penalty and the interrelationship between social systems in contemporary times. With this, this article wants to understand how the theory of systems can affect the acceptance and the application of capital punishment in this context.

Keywords: Law; death penalty; retributive theories; preventive theories; systems theory.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com as recentes e notáveis mudanças no Direito, diversas questões pertinentes a esta área passaram a ser compreendidas a partir de outros pontos de vista. Neste contexto, o escopo deste trabalho é analisar a validade da pena de morte após o desenvolvimento da teoria dos sistemas: é justificável, na atualidade, a aplicação da pena de morte? Este tipo de punição pode ser sustentado por argumentos que não façam parte da ordem jurídica?

Supõe-se, neste sentido, que o Direito deve ter autonomia para operar na sociedade moderna sem ser afetado por outros âmbitos desta e, por isso, a pena de morte não é justificada por argumentos de cunho religioso, moral ou quaisquer outros. Essa ótica é corroborada pela teoria dos sistemas - que norteia o presente artigo - e, apesar de incipiente, tem se mostrado bastante relevante na Teoria do Direito. Para confirmar a suposição em debate, faz-se necessário um aprofundamento nesta teoria.

Este aprofundamento se justifica porque: i) a adoção da pena de morte foi uma realidade na maior parte da história humana até então; ii) apesar do seu caráter agressivo, desumano e irreparável, esta punição ainda é aplicada em diversas sociedades modernas; iii)



validar ou não a pena de morte é uma discussão central para a atuação do Direito Penal, dentre outros motivos. Ademais, estudar este tipo de pena sob a ótica sistêmica torna-se ainda mais importante quando se compreende as contribuições desta teoria para o Direito e para a forma de pensar as sociedades do século XXI - dinâmicas, caracterizadas pela intensa e célere comunicação. Página

Dito isto, o principal objetivo deste trabalho é o de demonstrar que a pena de morte não encontra pilares, na atualidade, para se sustentar e que esta afirmação é ratificada pelos pensadores mais recentes na seara da Teoria do Direito, como Niklas Luhmann, Thomas Vesting, Norberto Bobbio, dentre outros.

Tal pretensão se desdobra em objetivos mais específicos; dentre estes, o primeiro é o de analisar questões históricas relacionadas à pena de morte e, principalmente, à defesa e à aplicação desta nos grupos sociais do passado. Nisto, dá-se ênfase ao período anterior ao Iluminismo, afinal, tal período foi demasiadamente norteados pelos dogmas da moral cristã.

Na sequência, o enfoque será dado às teorias retributivas, que, em síntese, compreendiam a aplicação da pena de morte como medida de retribuição ao mal causado pelo infrator e, dessa forma, defendiam a sua manutenção no Direito Penal, sendo o filósofo Immanuel Kant o expoente deste pensamento.

Em terceiro, objetiva-se também demonstrar que tal visão tornou-se ultrapassada a partir dos borbulhos sociais do século XVIII e da gradativa superação das teorias retributivas, ganhando força, então, o pensamento abolicionista relativo à pena de morte.

Por fim, detém-se o estudo sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, destrinchando conceitos que lhe são próprios e relacionando a forma de compreender o Direito nesta teoria com a possível inviabilidade da pena capital. Ademais, associa-se a teoria dos sistemas e, a partir dela, a pena de morte com os direitos fundamentais e o prestígio que estes devem ter na operacionalização do Direito. Dessa forma, a presente pesquisa irá aprofundar-se na teoria dos sistemas e, a partir dela, estudará aspectos relacionados ao Direito Penal - mais especificamente à pena de morte e à sua legitimidade para ser aplicada no atual



contexto histórico de comunicação e, paradoxalmente, autonomia entre os subsistemas da sociedade.

Com isso, busca-se descobrir se, de fato, a autonomia do Direito constitui um empecilho à aplicação da pena capital e se, diante das mudanças teóricas estimuladas pela teoria sistêmica, realmente não faz sentido falar em pena de morte nas sociedades modernas.

2. BREVE HISTÓRICO DA PENA DE MORTE

No que concerne ao conceito de pena de morte, é possível entendê-la como aquela que, objetivando castigar um indivíduo pelo seu comportamento ilícito, põe fim à sua vida, sendo também chamada de pena capital.

Historicamente, a pena de morte esteve presente nas comunidades humanas e foi compreendida como uma alternativa adequada e, por vezes, necessária para aqueles que cometem delitos. Esse tipo de pena foi alvo de controvérsias com o desenvolvimento do Direito e das garantias fundamentais, sendo, atualmente, bastante criticada.

A primeira expressão da pena capital ocorreu, de forma indireta, no Código de Hamurabi (RIBEIRO; MARÇAL, 2011, p. 54) - a lei penal mais antiga já registrada, cuja data é do século XXIII a. C. - a partir da defesa da retributividade nas relações sociais. Este instrumento reforçou a adoção do talião, que defendia a punição do criminoso na mesma medida do crime cometido e era comumente expresso na frase “olho por olho, dente por dente”. Desse modo, “a punição excluía o criminoso da proteção do Direito, o que era equivalente quase à pena de morte” (RIBEIRO; MARÇAL, 2011, p. 54).

Em uma sucinta análise histórica, nota-se que as penas na Antiguidade eram caracterizadas pela intensa relação com a religiosidade e pela desigualdade na aplicação, ficando os mais fracos na hierarquia social submetidos à arbitrariedade dos mais fortes nas sociedades grega e romana.

Nesta época, havia o que se chama de vinganças (ARAÚJO, 2009, p. 133): já ocorria uma manifestação do poder punitivo, mas de forma descontrolada e desvinculada do poder político que ali se estabelecia. Tal período se subdivide em três, a saber: i) vingança divina,



marcada pela recenticidade do convívio organizado em sociedade, de modo que todas as ocorrências, inclusive o delito, eram relacionadas às divindades e o delinquente merecia um castigo por ofendê-las (ARAÚJO, 2009, p. 133-134); ii) vingança privada, fase na qual acentua-se a retributividade e a agressão a um membro do grupo significa uma agressão ao grupo inteiro (ARAÚJO, 2009, p. 134-136); iii) vingança pública, que não se distingue tanto dos demais períodos - também havia a punição com a morte, mas, neste momento, o poder punitivo encontra suas bases para agir no próprio poder político (ARAÚJO, 2009, p. 136-138).

Posteriormente, a pena de morte foi amparada na religião: a Igreja Católica teve grande influência na construção do Direito Penal e defendeu a aplicação desse e de outros tipos de pena para os indivíduos que desvirtuavam da moral cristã. Nesse cenário, destaca-se “a amputação dos braços, a degola, a forca, o suplício na fogueira, queimaduras a ferro em brasa, a roda e a guilhotina [...] que proporcionavam espetáculos à população” (CARVALHO FILHO, 2002, p. 41). Notória forma de punição foram as ordálias, também chamadas de “juízos de Deus”, que consistiam em submeter o infrator a determinadas situações de perigo e resistência física, de modo que

A culpabilidade em um litígio era atribuída à parte que sucumbia ao teste físico – por uma queimadura na mão, no ordálio da água fervente e no ordálio do ferro em brasa; pelo fato de não afundar, após ser lançada em uma piscina [...] entre outras formas [...] se acreditava que Deus revelava a verdade de um caso por meio de sinais incontestes expostos naquele que não resistia à prova (FERRASIN, 2011, p. 1).

O que se observa no Período Medieval é que as penalidades aplicadas, principalmente quando influenciadas em demasia pela religião e pela ideia de justiça divina, eram bastante imprevisíveis e desrespeitavam a humanidade e a integridade do possível indivíduo delinquente.

Essa perspectiva, porém, começou a ser alterada no período do Iluminismo, o qual foi marcado pela defesa da racionalidade - com a consequente perda de importância da Igreja no papel de definidora das normas que regem a sociedade - e do ser humano enquanto



indivíduo possuidor de direitos. Nesse momento, diversos filósofos e juristas ganham destaque por expor a crueldade e a ineficácia da pena de morte; dentre eles, destaca-se Cesare Beccaria, cuja obra fundamentou argumentos em oposição a essa sanção e revolucionou o entendimento acerca da punibilidade e da sua função na sociedade.

Além disso, outro motivo impulsiona a contestação da pena capital: a mudança de perspectiva em relação às garantias que cabem aos homens, de maneira a ocorrer o desenvolvimento dos direitos fundamentais e, em âmbito internacional, dos direitos humanos. Trata-se de um rol de garantias estabelecidas em conformidade com a compreensão iluminista e cujo objetivo expresso é o de defender a dignidade dos cidadãos e protegê-los contra abusos do Estado e dos demais.

No Brasil, por exemplo, tais garantias estão listadas na Constituição da República Federativa (BRASIL, 1988) e são corroboradas por vários tratados internacionais dos quais o país é signatário. Dentre esses tratados, cita-se, devido à importância histórica, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (BRASIL, 1998) e o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 2009), que objetivam a abolição da pena de morte.

Apesar das mudanças observadas em relação a esta pena, não houve uma abolição geral e definitiva. Em respeito ao princípio da soberania dos países, estes estipulam a aceitação ou a recusa da pena de morte conforme normas do Direito interno. Enquanto alguns Estados ainda aplicam a pena capital, outros optam por aboli-la do ordenamento jurídico, como é o caso do Brasil: a Constituição de 1988 estabelece, em seu art. 5º, XLVII, a inadmissibilidade da pena de morte, “salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

Na sequência, serão analisados alguns pontos que sustentaram a defesa da pena de morte ao longo dos séculos, com ênfase na relação direta entre essa pena e a chamada teoria retributiva e a sua difusão com base em argumentos de ordem moral, principalmente.

3. A DEFESA DA PENA DE MORTE: TEORIAS RETRIBUTIVAS



A evolução histórica da pena de morte foi pautada em argumentos de diversos âmbitos, sempre na tentativa de defendê-la como uma punição adequada para os crimes graves em uma sociedade. Em vista disso, o que mais se observou foi o desenvolvimento de teorias de cunho moral, com as quais vários intelectuais contribuíram, com destaque para Immanuel Kant e Friedrich Hegel. Página

A partir disso, propagou-se a chamada teoria retributiva da pena. Os defensores desse ponto de vista acreditavam que a aplicação das leis penais dá-se no sentido de promover a justiça e de retribuir ao criminoso o mal feito para a comunidade; logo, a pena - não somente a de morte, mas qualquer sanção em decorrência de um delito - se justificava enquanto “a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis” (BITENCOURT, 2008, p. 8).

No tocante à pena de morte, o ponto de partida dessa teoria é a crença, por parte dos seus apoiadores, de que a punição moral e o afastamento do infrator do convívio social não são suficientes, havendo, então, a necessidade de sentenciá-lo a uma penalidade definitiva: a morte. Nesse sentido, Immanuel Kant surge como um ferrenho defensor da retributividade penal, relacionando o Direito com a moral e legitimando o talião (BITENCOURT, 2008, p. 84-86). O talião ou *jus talionis*, basicamente, foi o embrião do Direito Penal, a primeira forma de compreender as punições e consistia na retribuição, em qualidade e em quantidade, do delito praticado.

Kant vai além nesse raciocínio, alegando que “o dever da pena de morte cabe ao Estado e é um imperativo categórico” (in BOBBIO, 1992, p. 165). Com isso, Kant inclui a discussão sobre a pena capital na sua teoria ético-filosófica, interpretando-a como um dever moral e defendendo que sua aplicabilidade é pautada por quesitos racionais, pois deve servir para nortear o comportamento das pessoas em uma sociedade (in BOBBIO, 1992, p. 165-166) e, assim, proporcionar a realização da justiça.

Nessa mesma linha, Hegel desenvolve a sua teoria. Juridicamente fundamentada, a visão hegeliana relativa à teoria da pena dialoga de modo direto com a Filosofia dialética desse autor (NÓBREGA, 2011) e, como observa Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 87),



[...] podemos dizer, neste caso, que a ‘tese’ está representada pela vontade geral, ou, se se preferir, pela ordem jurídica; a ‘antítese’ resume-se no delito como a negação do mencionado ordenamento jurídico e, por último, a ‘síntese’ vem a ser a negação da negação, ou seja, a pena como castigo do delito.

Além de sustentar uma concepção retributiva, que interpreta a pena como um castigo pelo malefício provocado ao corpo social, Hegel acredita que é por meio desta que o criminoso é incluído no exercício do Direito (in BOBBIO, 1992, p. 166) e tem sua racionalidade e sua condição de indivíduo reconhecidas após delinquir. Dessa maneira, segundo este autor, haveria o restabelecimento da vontade geral e a retomada do equilíbrio proporcionado pelo Direito para a sociedade - ainda que, para isso, fosse preciso ceifar a vida do infrator.

Nota-se, então, que a teoria retributiva hegeliana é dirigida ao Estado, de modo que é necessário punir o indivíduo transgressor para possibilitar a reparação do sistema jurídico do Estado. Kant, por outro lado, relaciona sua teoria da retribuição ao próprio indivíduo.

Cabe salientar que, apesar de o início da Era Moderna ter sido caracterizado pela diminuição das influências de outras esferas da vida humana no Direito, não havia ainda uma autonomia, de fato, desta área do conhecimento. Por este motivo, mesmo que autores como Kant e Hegel se situem em um momento histórico marcado por um Direito que pretende ser autônomo, suas teorias tendem à retributividade penal porque ainda não se tem esta autonomia.

Porém, nos dias atuais, interpretar a sanção dessa forma, pautada no castigo correspondente ao crime, tem se mostrado um equívoco. A pena como retribuição ao crime foi o entendimento incipiente no universo jurídico, mas houve uma gradativa e necessária ampliação desse raciocínio.

É inadequado pensar a aplicação das penas somente como uma medida de retribuição: na Modernidade, o Direito Penal é defendido como um instrumento mais eficaz no controle social na medida em que exerce uma finalidade preventiva; assim, propagam-se as teorias relativas ou preventivas da pena, nas quais “[o castigo ao autor do delito] se impõe para que não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2008, p. 8).



A seguir, serão abordadas as mudanças no entendimento sobre a pena de morte, visando a demonstrar o florescimento de uma perspectiva que nega esse tipo de condenação.

4. A RECUSA DA PENA DE MORTE E A INFLUÊNCIA DE CESARE BECCARIA

Com o advento da Modernidade, o entendimento acerca da pena de morte foi reformulado. Conseqüentemente, as teorias retributivas passaram a ter sua validade questionada e a recusa desse tipo de pena torna-se, cada vez mais, uma realidade, impulsionada por um Direito que passa a ser concebido como autopoietico e dissociado da religião, da moral e das demais vertentes da sociedade. Essa recusa foi motivada por argumentos de cunho jurídico, pelo Contratualismo e pela defesa dos direitos individuais.

Neste sentido, a contribuição do italiano Cesare Beccaria foi de extrema importância. Sua principal obra, *Dos Delitos e das Penas*, trouxe à tona diversos temas do Direito Penal, promovendo uma compreensão preventiva no que tange à finalidade da pena e analisando se a condenação à morte era, de fato, útil e justa (BECCARIA, 2003, p. 51).

O ponto-chave da pena nas teorias preventivas é o objetivo de evitar a prática de novos delitos, e não apenas de punir o indivíduo pelo crime cometido (BITENCOURT, 2008, p. 89). Sob essa ótica, Beccaria conclui que não há efetividade na pena de morte: ela é instantânea e utilizada apenas para castigar o delinquente, não funcionando como uma advertência para os demais membros do corpo social (BECCARIA, 2003, p. 54-55).

Além disso, consoante ao pensamento de Beccaria (2003, p. 51-53), a teoria contratualista endossa as críticas contra a pena de morte. A partir do momento em que a sociedade é compreendida como um pacto entre os indivíduos, que renunciam parcialmente às suas liberdades para promover o bem-estar coletivo, torna-se inconcebível a ideia de que um cidadão permitiria que alguém tirasse a sua vida - principalmente quando este alguém é o Estado. Sob essa ótica, o Estado é o detentor do *jus puniendi* (ARAÚJO, 2009) nas sociedades modernas, o que o põe em uma posição de superioridade em relação à força e ao uso desta nas relações sociais.



Tal argumento é reforçado pelo autor supracitado (BECCARIA, 2003, p. 51-52) e é melhor explorado por Norberto Bobbio (1992, p. 176-177), que concebe a punição com a morte como uma incoerência com a constituição e o objetivo de uma sociedade politicamente organizada e defende que

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. [...] é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender. [...] O assassinato legal é incomparavelmente mais horrendo do que o assassinato criminoso.

Outrossim, Beccaria (2003, p. 52) invalida a legitimidade de conferir ao Estado o poder para tirar a vida de um cidadão. Para ele,

A morte de um cidadão apenas pode ser considerada necessária por duas razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder sua liberdade [...] e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda [...] atentar contra a segurança pública, podendo a sua existência acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.

Conforme já citado, a primeira ressalva trazida por Beccaria se justifica pela situação de extrema exceção e está de acordo com a compreensão firmada no ordenamento jurídico brasileiro, o qual inclui a previsão da pena de morte em caso de guerra declarada.

No tocante à segunda previsão, o presente trabalho discorda do autor italiano. A ocorrência da pena de morte em casos que o indivíduo representa um perigo para a segurança pública não há de se justificar, tendo em vista que a definição de “atentar contra a segurança pública” não é totalmente clara e, por isso, o processo de interpretação desses casos poderia dar margem à ampla aplicação da pena capital.

Ademais, destaca-se a notável observação feita por Norberto Bobbio (1992, p. 169) para a necessidade do controle e da observância que devem ser exercidos sobre a aplicação da pena de morte nos países onde ela ainda é realizada, de maneira a criar obstáculos para esta aplicação e afastá-la do tratamento cruel e degradante.

Finalmente, é importante ressaltar que as influências do Contratualismo na temática da pena de morte foram essenciais, mas nem todos os representantes desta corrente se manifestaram pela discordância com este tipo de pena. Rousseau, por exemplo, defendeu que



os criminosos eram indivíduos que desprezavam o pacto social estabelecido e, por este motivo, mereciam tratamento na condição de inimigos do Estado. Sob seu ponto de vista, ao ocorrer um conflito na seara do Direito Penal, a aplicação da pena de morte seria justificável e se “a conservação do Estado não é compatível então com a sua [do criminoso], deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão” (ROUSSEAU, 2003, p. 46). Com este tratamento, o intuito era o de manter a ordem na república e proteger os direitos dos cidadãos (PIVA; REZENDE, 2013, p. 1991). Página

5. A PENA DE MORTE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

Na esfera das ciências sociais, a experiência do século XX foi enriquecedora, com diversos autores postulando suas ideias. Aqui, destaca-se o sociólogo alemão Niklas Luhmann, que ganhou notoriedade com o desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais. Os avanços dessa teoria resultaram na evolução da Teoria do Direito enquanto área do conhecimento (VESTING, 2015, p. 32) e do Direito na condição de ciência autônoma.

Na ótica luhmanniana, as sociedades são formadas por sistemas que interagem entre si e se influenciam mutuamente, de modo a produzir um movimento contínuo de troca de informações. O Direito constitui um desses sistemas e, como todos os demais, opera sob uma lógica própria e recebe informações de outras áreas da vida humana. Ademais, “a operação do sistema [...] reage às condições específicas à sociedade do presente, no qual ‘o ordenamento é o resultado da prática [...]’” (VESTING, 2015, p. 33).

Para conquistar sua independência e se firmar como uma ciência de fato, o Direito passou por processos de codificação e de sistematização. A sistematização pressupõe a criação de uma ciência jurídica não mais escalonada (VESTING, 2015, p. 89), mas pautada na própria unidade e completude do Direito e é intrínseca à codificação, que foi, basicamente,

[...] uma elaboração sistemática do material jurídico: a colocação em correspondência de todos os conceitos e enunciados jurídicos de tal modo ‘que eles formem um sistema de regras de clareza lógica, logicamente coerente em si e, sobretudo, fundamentalmente sem lacunas’ (WEBER in VESTING, 2015, p. 91).



Cabe lembrar que a noção de sistema já havia sido trabalhada por outros autores: Aristóteles, Hobbes, Kant, Puchta e vários outros contribuíram para a sedimentação desse conceito (VESTING, 2015, p. 94-123). Todavia, o aspecto notável da teoria de Luhmann é a sua inclusão em uma conjuntura dinâmica e comunicativa, isto é, na qual a linguagem - nas suas diversas formas - provoca mudanças sociopolíticas e influencia demasiadamente o Direito e as relações que dele advêm. Página

Como observa Thomas Vesting (2015, p. 93), para ser concebido como autônomo, “o Direito codificado sistemático tinha que se libertar dessas (e de outras) tradições predeterminadas da sociedade [...]”. Em consequência, ocorreu o desligamento do campo jurídico dos demais - principalmente da moral, que, como já exposto, influenciava de maneira intensa este campo.

Com esse desligamento, moral, religião e outros tantos ramos - que também possuem uma lógica de funcionamento própria - passaram a somente realizar comunicações com o Direito, acrescentando-lhes informações e obtendo, a partir dele, contribuições. Nesse ponto, Luhmann destrincha a forma de interação entre os sistemas, abordando dois conceitos: fechamento operacional e abertura cognitiva.

Por fechamento operacional, entende-se a capacidade que o sistema tem de distinguir as comunicações que devem ser incorporadas e as que não devem e de se fechar para estas últimas. A abertura cognitiva, por sua vez, associa-se ao movimento de aceitação do que é oriundo do ambiente. Destaca-se que “é pela fixação de uma função social específica que o direito delimita aquilo que deve ser levado em consideração como operação do sistema” (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 2086), isto é, o fato de o Direito voltar-se para a resolução de problemas, os quais são resolvidos exclusivamente por ele, lhe confere uma atribuição única enquanto área de atuação e, conseqüentemente, permite este fechamento.

Urge, então, compreender como o sistema jurídico realiza essa distinção. Luhmann postula o uso de um código binário pelo Direito, a saber, o de lícito *versus* ilícito - ideias que têm, respectivamente, valores positivo e negativo. É a partir da compreensão dessa estrutura



dicotômica que esse sistema pode se abrir para as comunicações que são pertinentes para si, além de que

[...] o esquematismo binário exclui a possibilidade de advento de outro código ou a interposição de outros valores no código já existente. Desse modo, a definição do código do direito, na medida em que assegura a sua própria unidade operativa, é essencial à especificação da função de tal sistema [...] (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 2096). Página |

Em concordância com esse ponto de vista, cabe aprofundar que a designação deste código específico permite a ampliação da autonomia do Direito, a partir do momento em que a valoração típica de outros sistemas (por exemplo, as ideias de bom/ruim, de certo/errado etc.) não influencia as movimentações no âmbito jurídico.

Assim sendo, a seleção feita pelo sistema é o que proporciona a manutenção dos padrões comunicativos e sua incessante reprodução, ou, como pontuou Thomas Vesting (2015, p. 137), “designa a manutenção da estabilidade de um limite semântico”.

Por conseguinte, o resultado é um sistema autopoiético, que reproduz a si mesmo e, apesar de receber influxos de outras áreas do conhecimento, determina-se enquanto sistema e soluciona as demandas conforme sua própria lógica de funcionamento (VESTING, 2015, p. 137-138). Citando Luhmann (1997, p. 93), os sistemas sociais “só produzem informações justamente porque o ambiente não se intromete”.

Todavia, como aduzem Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Villas Bôas Filho, existe a problemática de como é possível haver a interação entre os sistemas de uma sociedade sem demasiada incompatibilidade, visto que, consoante a Luhmann, estes são autopoiéticos, comunicativos e pautados no fenômeno do fechamento operacional. Em suma, “trata-se de analisar como é possível inter-relacionar subsistemas autorreferenciais sem que isso implique ingerência de um subsistema sobre outro” (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 1446). Estes autores chamam atenção para o fato de que

No caso do sistema jurídico, que tem evidentes pretensões regulatórias, essa problemática se torna premente, obrigando a que se procurem soluções que permitam inter-relacioná-lo com os demais subsistemas, sem que isso, por



sua vez, contradiga a autorreferencialidade que lhes é própria (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 1452).

Neste ponto, o presente trabalho detém-se a analisar o debate acerca da pena de morte com maior acuidade. A partir da Idade Moderna - e da compreensão do plano jurídico separadamente das demais vertentes da vida humana -, o Direito foi afastado destas vertentes e as punições que antes eram aplicadas de forma arbitrária, em concordância com a moral e os costumes locais, passaram a ser invalidadas. Dessa forma, o controle penal pautou-se apenas no próprio sistema jurídico, visto que, de acordo com Luhmann (in GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 1462), “qualquer regulação somente pode ser autorregulação”.

É importante assimilar que esta realidade não implica em um hermetismo (VESTING, 2015, p. 137), posto que há uma constante troca de informações entre os subsistemas sociais, mas sim em uma ressalva feita pela teoria para que os limites de interferência destes sistemas sejam respeitados. Assim, não se pode conceber “qualquer pretensão de regulação direta do subsistema jurídico em outros subsistemas sociais” (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 1467) e, por via interpretativa, o oposto também é válido.

O que se busca afirmar com esta interpretação é que, assim como o Direito tem lógica de funcionamento, campo de atuação e código próprios, os demais subsistemas também os têm. Consoante ao pensamento deste sociólogo alemão, o Direito é, modernamente, validado pela positivação e pelas decisões que norteiam as condutas em uma sociedade complexa como a de hoje (GONÇALVES; FILHO, 2013, posição 1481) e, ainda assim, não possui a capacidade de interferir nas operações dos demais subsistemas. Analogamente, estes subsistemas, por mais que se relacionem com o plano jurídico por meio da abertura cognitiva já mencionada, também não têm a licença de ditar o funcionamento do Direito - motivo pelo qual, em relação às sanções impostas no âmbito penal, as concepções morais, religiosas ou quaisquer outras não devem ser atendidas. Assim, essa autonomia do Direito “[...] designa a manutenção de estabilidade de um limite semântico, a associação de Direito com Direito no



lado interno do sistema, enquanto todas as outras comunicações e todos os outros eventos permanecem insignificantes.” (VESTING, 2015, p. 137).

No que concerne à moral, é fundamental pontuar que a defesa da pena de morte pautada pelas teorias retributivas não mais se justifica: por mais que o campo moral mantenha relação com a aceitabilidade das condutas humanas, afinal, “não existe regra jurídica sem convenções sociais” (LADEUR in VESTING, 2015, p. 149), ele é relacionado ao senso comum, à liberdade e ao autoconvencimento - pretensões que não compõem o Direito, tampouco utilizam do seu código para operar e, evidentemente, à luz da teoria dos sistemas, são irrelevantes para o universo jurídico.

Em relação à influência da religião no âmbito jurídico, também houve uma drástica perda de importância devido às supracitadas autonomia e autorregulação. Se antes o Direito era visto como “as regras que Deus tinha estabelecido e ordenado aos crentes” (HESPANHA, 2012, p. 303), hoje, contudo, essas regras provêm da racionalidade humana - que cria, organiza, compila e difunde as condutas aceitáveis e as recusáveis em uma sociedade. Nessa definição de condutas, pautada no binômio licitude/ilicitude, conforme já demonstrado, não há espaço para a punição divina, nem para a aplicação de penas desumanas, como é a pena capital, pois o Direito, operando de acordo com as suas pautas, encontrou meios para fundamentar a recusa à pena de morte. Dito de outra forma, o sistema jurídico, a partir do seu fechamento operacional, admite a ideia de pena, mas não admite a pena de morte e tampouco permite as justificativas para esta penalidade com base em outros sistemas sociais, por exemplo, o da religião.

A aplicação do Direito Penal segue o princípio da *ultima ratio* ou da intervenção mínima, o qual postula que, por conta do caráter violento, deve-se recorrer a este ramo do Direito somente nas situações em que as demais formas de controle social se mostrarem insuficientes ou ineficazes (ARAÚJO, 2020). Haja vista esse caráter excepcional de ação do Direito Penal, é reforçada a aplicação de sanções aos infratores de forma menos violenta, em respeito à dignidade da pessoa humana e sem relação com a perspectiva religiosa.



Esta situação remete ao aspecto da institucionalização do Direito. A institucionalização ocorre quando a determinação de normas no plano jurídico é feita por um agente institucionalizado, com ampla influência na administração da sociedade, e relaciona-se diretamente com o respeito a essas normas, na medida em que, quanto maior o grau de institucionalização do agente, maior a concordância do corpo social (FERRAZ JR., 2018, p. 116) e, em regra, maior o respeito a elas. Ainda segundo Ferraz Jr. (2018, p. 117), esse fenômeno “depende da inserção [das normas] em grandes sistemas disciplinares”, principalmente quando se estuda a instituição Estado Moderno nos moldes de hoje. Página |

É por este motivo que, durante séculos, a Igreja Católica figurou como uma das responsáveis pela definição das condutas sociais: ela era um agente institucionalizado, diretamente envolvido com o Estado e que exercia jurisdição sobre diversas matérias (HESPANHA, 2012, p. 139-141). Todavia, com o processo de laicização dos Estados a partir da Revolução Francesa, em 1789, houve a dissociação entre as searas política, jurídica e religiosa, resultando no afastamento desta última da criação e fiscalização das normas e, por conseguinte, na diminuição gradativa da pena de morte que era adotada por influência da Igreja.

Sobre isso, é célebre a afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2018, p. 116-117) que “se o reconhecimento do caráter jurídico de uma norma depende do grau de institucionalização da relação de autoridade manifesta em seu cometimento, o fundamento do Direito não está na força [...]”, de maneira a permitir a compreensão de que a efetividade do Direito e do seu poder regulatório pouco tem a ver com o uso da força ou com a gravidade da sua aplicação, mas sim com o respeito que o corpo social terá em relação às normas estabelecidas e, para isso, a institucionalização é um fator relevante.

Neste ponto, a teoria de Ferraz Jr. espelha-se na de Luhmann e é ainda mais pertinente para o debate quando analisado o conceito de núcleos significativos trazido pelo primeiro autor. Segundo ele, há centros de sentido comuns à sociedade, coisas que são concebidas como importantes por um grande número de pessoas e proporcionam “certa unidade aceitável para as interações sociais” (FERRAZ JR., 2018, p. 120) - estes são os



núcleos significativos. As normas jurídicas, ao serem elaboradas e positivadas, levam em conta estes núcleos, os quais devem concordar com os valores, o papel social do indivíduo em uma sociedade, o conjunto destes papéis sociais, as ideologias etc., além de respeitarem procedimentos que estão institucionalizados (FERRAZ JR., 2018, p. 120-122).

O direito à vida, nessa concepção, figura como um núcleo significativo de enorme importância, sendo, possivelmente, o mais importante de todos³. Isto posto, a pena de morte torna-se um desrespeito a este núcleo e vai de encontro aos valores prezados pela comunidade e à proibição de pôr este direito humano à disponibilidade (MENDES, COELHO, BRANCO; 2009, p. 276-278), de modo que o sistema jurídico encontra, em si mesmo, a possibilidade de barrar a aplicação dessa pena.

Contudo, cabe salientar que este direito, bem como os outros direitos fundamentais, não tem caráter absoluto, havendo relativização quando necessária. Por isso, conforme observado por Bobbio (1992, p. 187),

O caráter absoluto do direito à vida não é habitualmente usado [...] como argumento em favor da abolição da pena de morte. Então, uma vez admitido que o mandamento ‘não matarás’ admite exceções, o ponto controverso é saber se a pena de morte pode ser aplicada como uma exceção. Já que é regra geral de toda controvérsia que quem defende uma exceção ao princípio geral deve justificá-la, cabe então aos defensores da pena de morte o ônus de aduzir argumentos tais que tornem aceitáveis a admissão [...]

Ademais, Ferraz Jr. (2018, p. 13) chama atenção para o fato de que os direitos fundamentais não são vistos “como um passado inaugurador do sistema, mas como um ponto jogado no futuro, como meta a ser atingida”. É primordial ter isto em mente quando se analisa o tema em discussão, de maneira a fazer da abolição da pena de morte um objetivo em consonância com o funcionamento do Direito que é, hoje, pautado por este rol de garantias e pela dignidade da pessoa humana.

³ No entendimento majoritário da doutrina, não há uma hierarquia entre os direitos fundamentais, de modo que deve haver uma igual proteção por parte da Constituição e dos demais marcos normativos que o sustentam. Contudo, quando analisada a viabilidade de garantia desses direitos, entende-se que há uma questão de prioridade lógica: não é possível defender nenhum outro direito se não houver a garantia do direito à vida, sendo este, portanto, de extrema importância.



Em conclusão, a teoria dos sistemas luhmanniana traz à luz pontos relevantes e inovadores, analisando não somente o sistema jurídico, mas também as influências que este recebe e exercita. Diante disso, tornou-se impraticável a defesa da pena de morte na Modernidade, corroborando o que foi exposto acima e delegando aos cada vez menos numerosos defensores desta pena a sua justificação em conformidade com o universo jurídico do século XXI. Página |

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que na Antiguidade, assim como na Idade Média, a pena de morte encontrava justificativas de cunho moral, filosófico e, principalmente, religioso. Nesse sentido, foram criadas as chamadas teorias retributivas, que propunham o entendimento da pena como uma retribuição aos males causados pelo infrator.

Contudo, a adoção de um ponto de vista racional e pautado na defesa da dignidade humana impulsionou a recusa à morte enquanto penalidade, especialmente após a difusão das ideias de Cesare Beccaria. O entendimento da organização social enquanto um conjunto de pessoas que abdicam dos seus direitos em prol da maior segurança jurídica, conforme exposto, corrobora este pensamento.

No século XX, tal ponto de vista foi reforçado pelo desenvolvimento da teoria dos sistemas. Esta tese, ao analisar a sociedade moderna enquanto um conjunto de sistemas autônomos e que se autorregulam, inadmite a aceitação da pena de morte no sistema do Direito. A seara jurídica comunica-se com as demais por meio dos fenômenos de fechamento operacional e abertura cognitiva, absorvendo para si somente aquilo que lhe é cabível, conforme o código binário lícito *versus* ilícito. Por isso, este sistema admite a ideia de pena, mas não mais aceita a pena de morte porque sua aplicação não tem fundamento no próprio sistema.

Deste modo, o que se conclui é que a pena de morte foi uma realidade durante séculos, mas, a partir do desenvolvimento de novas teorias sociojurídicas, tornou-se



incompatível com a sociedade moderna e vem sendo gradativamente abolida dos ordenamentos jurídicos.

REFERÊNCIAS

Página

ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático: parte geral**. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal: fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_273.pdf. Acesso em: 30 jun. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Decreto n. 2.754, de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm. Acesso em: 14 mai. 2021.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

FERRASIN, Marcelo Moreira. Ordálios, historiografia e os escritos episcopais de Agobardo e Hincmar. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 2011, São Paulo. Anais [...]. São Paulo: [s. n.], 2011. Disponível em: https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548856713_997c5e32a8f6d1c5a2898071b4ba06d2.pdf. Acesso em: 11 jun. 2021.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 10ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.



GONÇALVES, Guilherme Leite; FILHO, Orlando Villas Bôas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2013.

HESPANHA, Antonio Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

Página

LUHMANN, Niklas. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, C. B; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: UFRGS, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NÓBREGA, Francisco Pereira. **Compreender Hegel**. Petrópolis: Vozes, 2011.

PIVA, Paulo Jonas de Lima; REZENDE, Valdir Vieira. O crime compensa? Rousseau e os inimigos da República. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 8, n. 3, 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 28 jun. 2021.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; MARÇAL, Julia Dambrós. A pena de morte no mundo contemporâneo: uma reflexão do direito à vida na cultura dos povos e nos principais sistemas jurídicos. **Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. Chapecó, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/918>. Acesso em: 19 fev. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.