

§ 33.

Extinção da pena capital (Art. 102 GG)

GRUNDGESETZ

Artigo 102 (Extinção da pena capital)

Fica abolida a pena de morte.

123. BVERFG 18, 112

(AUSLIEFERUNG I)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 30/06/1964

MATÉRIA:

Contra uma decisão de **extradição** (*Auslieferung*) do Superior Tribunal Estadual de *Frankfurt am Main*, de 1964, o reclamante volta-se, afirmando que tal decisão teria violado seu direito fundamental do Art. 16 II 2 c.c. Art. 102 GG, pois a ele poderia ser aplicada na França (país que requereu a extradição) uma pena de morte.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente. Do Art. 102 GG não se pode derivar uma proibição de extradição, porque a extinção da pena de morte é direcionada somente aos poderes estatais alemães (sobretudo ao legislador alemão, que não pode implementá-la), não tendo efeitos em face de autoridade estrangeiras.

Hoje, esta decisão tem um valor mais histórico do que reflete a dogmática vigente, pois o § 8º IRG permite a extradição somente quando

o Estado estrangeiro assegura a não execução da pena de morte. Na decisão, publicada em BVerfGE 65, 348 [354], restou em aberto se ainda se deve manter a presente decisão³⁵⁴. Não obstante, ela é relevante para mostrar a base da interpretação do Art. 102 GG pelo TCF.

O Art. 102 GG não proíbe, por excelência, a extradição por conta de um delito penal para o qual é prevista a pena de morte no Estado que a requereu.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 30 de junho de 1964

– BvR 93/64 –

(...)

RAZÕES

A.

1. O reclamante, nascido na Iugoslávia em 1937, entrou para a Legião Estrangeira em 1957, após – como ele relata – ter deixado sua terra natal por motivos políticos. Ele é procurado pelas autoridades francesas por prática de delito criminal: ele confessou que, como cabo, em 12 de junho de 1962, atacou, à noite, de surpresa, juntamente com três legionários estrangeiros a ele subordinados, uma moradia numa aldeia argeliana, atirando em vários moradores, entre os quais mulheres e crianças. Depois que o reclamante fugira de um presídio francês para a República Federal da Alemanha, a República Francesa requereu, com base em uma ordem de prisão do Tribunal Militar de Marselha de 3 de dezembro de 1962, por meio de carta de sua Embaixada de 22 de abril de 1962 [carta rogatória], sua extradição pelo homicídio qualificado de, no mínimo, onze pessoas, juntamente com lesão corporal dolosa e furto qualificado. De acordo com o Art. 302 do Código Penal francês, o homicídio qualificado é punido com a morte.

(...).

2. – 3. (...).

³⁵⁴ As duas últimas referências foram feitas por SCHWABE (*op. cit.*, p. 587), em sua coletânea.

B.

A Reclamação Constitucional é admitida, porém improcedente.

I.

(...)

II.

O direito fundamental do reclamante derivado do Art. 2 II GG não restará ainda violado pela extradição, mesmo quando, como se supõe, seja possível que ele seja condenado à morte na França e a pena de morte seja executada. A *Grundgesetz* não proíbe o poder estatal alemão de prestar auxílio jurisdicional a um outro Estado, mesmo que isto possa ter como conseqüência que o outro Estado aplique e execute a pena de morte.

A expressão no Art. 102 GG “Fica abolida a pena de morte” significa, em primeiro lugar, que o legislador alemão não pode fixar a morte como pena, o juiz alemão não pode mais aplicar a pena de morte, mesmo porque, com base numa lei pré-constitucional, o executivo alemão também não pode mais, com base em uma decisão judicial pré-constitucional, executar a pena de morte. No entanto, a questão é se o Art. 102 GG, além disso, implica um desprezo e recusa [absolutos] da pena de morte, no sentido de ser vedado ao poder estatal alemão contribuir, de alguma forma, para que a pena de morte seja aplicada e executada por um outro Estado. A resposta é negativa.

1. O teor da norma até indica, pela redação categórica “fica abolida” que, aqui, se tomou uma decisão por princípio de significado especial, definitivo: esse mesmo teor todavia não permite reconhecer que seja atribuído à prescrição um efeito que vá além do poder penal alemão.

2. A localização sistemática do Art. 102 GG não leva a qualquer outra conclusão. Ele está no Capítulo IX, “Poder Judiciário”, entre dispositivos que, em primeiro lugar, contêm regras para a conformação processual e de direitos alemães internos. Caso se quisesse anexar ao dispositivo o significado mais abrangente de um “desprezo e recusa” geral da pena de morte, aproximadamente no sentido de um direito humano geral e dele derivar – mas então de maneira procedente – uma proibição de extradição para

o caso no qual o extraditando pode sofrer a pena de morte [no exterior], então [o constituinte] deveria ter sido mais claro, pelo menos indicando-o no dispositivo especial do capítulo dos direitos fundamentais sobre extradição, [ou seja] no Art. 16 II GG. Aqui é o local sistemático da limitação constitucional da extradição. O Art. 16 II GG estabelece, porém, uma proibição de extradição em geral somente para alemães e, no mais, somente para estrangeiros que sofram perseguição política.

3. Uma conscientização do fundamento e possível alcance dessa norma constitucional não conduz a outra conclusão.

a) Todavia, a abolição da pena de morte significa para a República Federal Alemã mais do que apenas o puro afastamento juspositivo de uma das diversas penas do antigo sistema penal. Ela é uma decisão de grande importância de política estatal e de política jurídica. Ela contém um reconhecimento do valor por princípio da vida humana e de uma concepção estatal que se contrapõe, enfaticamente, às ideologias de um regime político para o qual a vida individual pouco significava e que, por isso, com direitos feitos sob medida [para estas ideologias] abusava inescrupulosamente da vida e morte do cidadão. Essa decisão deve ser compreendida a partir da especial situação histórica na qual ela foi tomada. Por isso, ela não pode significar um juízo axiológico sobre outros ordenamentos jurídicos, que não tiveram tais experiências com um sistema de injustiça e que, devido a um desenvolvimento diferente do processo histórico, a outros acontecimentos político-estatais e concepções fundamentais de filosofia estatal, não tomaram para si esta decisão.

b) Para tornar de tal forma absoluta a decisão da *Grundgesetz* contra a pena de morte, faltaria ao ordenamento jurídico alemão legitimação interior. Em face do estágio da legislação e da opinião pública em todo o mundo cultural atual, não se pode verificar que a pena de morte seja de tal forma incompatível com o estágio [atual] da³⁵⁵ civilização, que pudesse ser permitido ou até ordenado aos Estados que a aboliram impor incondicionalmente a sua concepção, valendo-se de uma superioridade moral-jurídica e discriminando ordenamentos estrangeiros nesse aspecto.³⁵⁶

(...).

³⁵⁵ Note-se: O TCF utiliza o artigo definido antes do substantivo civilização (“Stand *der* Zivilisation”, destaque do Org.) e não simplesmente a preposição “estágio *de* civilização”.

³⁵⁶ Cf. porém a observação de SCHWABE (*op. cit.*, p. 587) supra aduzida à síntese da matéria.

4. A gênese do Art. 102 GG não traz, para a questão que aqui interessa, nada decisivo (...).
 (...).
5. (...).