

Evocação dos 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal

Chaves, 15 de junho de 2017

Daniel Torres Gonçalves *Uma abordagem ético-jurídica à pena de morte*

1. A abolição da pena de morte em Portugal

A *Reforma penal e de prisões*, publicada em 1 de julho de 1867, dispunha no seu artigo 1.º “Fica abolida a pena de morte”. O artigo 3.º da mesma Lei determinava que “Aos crimes a que pelo código penal era applicavel a pena de morte, será applicada a pena de prisão cellular perpetua”. Por força do artigo 64.º da mesma Lei, a abolição da pena de morte foi desde logo aplicável aos processos pendentes, sendo que esta seria também a pena aplicada aos (pela Lei designados) réus nesses processos.

Portugal é uma referência por este facto, sob, pelo menos, duas perspetivas. Por um lado, aquela reforma foi um dos primeiros exemplos de abolição da pena de morte num sistema judicial nacional e que perdurou até aos nossos dias.¹ Tal motivou, nomeadamente, uma pronta reação de Victor Hugo que, em carta de 2 de julho de 1867 (enviada ao Diário de Notícia e aí publicada em 10 de julho do mesmo ano), referiu “Está pois a pena de morte abolida nesse nobre Portugal, pequeno povo que tem uma grande história (...) Portugal dá o exemplo à Europa”.²

Por outro lado, é digna de menção a motivação que conduziu à abolição da pena de morte em Portugal, que se justificou por princípios humanistas. Na verdade, a vontade do Rei D. Luís I em abolir a pena de morte já vinha de trás:

“Perante as Cortes, no discurso da coroa a 2 de Janeiro de 1864, o rei D. Luís I anunciou que seriam submetidas à apreciação do poder legislativo propostas para a abolição e substituição da pena de morte no Reino. Volvida uma semana, o Ministro da Justiça, Gaspar Pereira apresentou à Câmara a proposta

¹ Este foi um dos fundamentos para que, em 2015, aquela Carta de Lei viesse a ser classificada, pela União Europeia, com a Marca do Património Europeu: “*The Charter of Law of Abolition of the Death Penalty in Portugal (1867), preserved in the National Archive of Torre do Tombo in Lisbon, is one of the first examples of inscription of a law on the abolition of the death penalty for civilian crimes within a national legal system in a permanent manner*” (cfr. Relatório de 2014 da European Heritage Label de 19 de dezembro de 2014, disponível em

<https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/sites/creative-europe/files/library/ehl-2014-panel-report.pdf>)

²

<http://www.dn.pt/portugal/interior/quando-victor-hugo-elogiou-portugal-por-abolir-a-pena-de-morte-5580047.html>

*publicamente comunicada pelo monarca: pela inviolabilidade da vida humana, e pelo carácter irreparável do homicídio legal, deve abolir-se totalmente a pena capital em Portugal”.*³

As considerações éticas que se podem fazer sobre a pena de morte estarão necessariamente ligadas às finalidades das sanções penais. Na verdade, a pena de morte será a mais gravosa das penas - apesar de se poder discutir se, eticamente, as penas que consistam em castigos corporais não possam, em alguns casos, ser consideradas mais censuráveis do que a própria morte.

A ser aplicada, a pena de morte viola objetivamente um direito do condenado (direito à vida). Tal violação só poderá ser eticamente aceitável no caso de visar proteger um valor que se possa considerar superior. Este valor relativo decorrerá, ou não, da finalidade que se pretenda atingir com a imposição da pena de morte.

2. Os fundamentos para a pena de morte

Classicamente, a justificação ética para a pena de morte parte de uma de, ou da articulação entre, quatro teorias. Como ponto prévio, cabe esclarecer que num Estado de Direito democrático, como aquele em que vivemos, a vida humana é digna de proteção jurídica e, deverá ser, em princípio, inviolável. Significa que para que possa vigorar a pena de morte, é a sua introdução que terá de ser justificada e não o inverso. Isto é, o ónus para a justificação da pena de morte incumbe a quem defende a implementação da solução.⁴ Quem se opõe a ela, terá de contestar os argumentos apresentados. Isto é, não são estes que têm de demonstrar que a pena de morte carece de fundamento. Numa palavra, o ónus para a defesa da solução cabe a quem a propõe. Note-se que entendemos que esta posição não é afetada pela circunstância de, historicamente, muitas sociedades, a que podemos aplicar o epíteto de civilizadas, terem aplicado a pena de morte.⁵

O objetivo da presente intervenção é, de forma sumária, apresentar as características de cada uma destas teorias, esclarecendo, desde já, que procuraremos adotar uma postura cientificamente aberta, mas crítica da solução ora em crise.

³ Barroqueiro, T. J. Da Pena de Morte em Portugal.

⁴ FINKELSTEIN, C. Death and Retribution (Criminal Justice Ethics 21, 2002), 20

⁵ Começando pelas civilizações Grega, Egípcia e Romana.

a. As teorias da dissuasão

Um primeiro grupo de teorias procura o fundamento ético para a pena de morte na circunstância desta, alegadamente, constituir o meio mais eficiente de dissuadir os restantes elementos de uma dada comunidade de praticarem crimes, nomeadamente incutindo medo pela sanção aplicável.⁶ Estas teorias podem ser condensadas no que na doutrina penal se designa por prevenção geral negativa: “a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um ‘contra-motivo’ suficientemente forte para os afastar da prática do crime”.⁷

Esta tentativa de justificar a pena de morte é criticável. Em primeiro lugar, não é claro que a pena de morte seja efetivamente um meio eficiente de dissuasão da prática de crimes. Existem sérias e fundadas dúvidas quanto a esta realidade, sendo que não escasseiam estudos empíricos que contrariam tal asserção.⁸

Em segundo lugar, estas teorias deverão ser rejeitadas independentemente de serem efetivamente dissuasoras do crime.

Além de se entender que a pena é intrinsecamente indefensável, conforme se defenderá abaixo, utilizá-la para dissuadir os restantes elementos da comunidade constitui uma utilização abusiva da autonomia daquele agente individualmente considerado, constituindo uma abordagem utilitarista da pena, que conduzirá no concreto a aplicações injustas da pena - porque a finalidade é a mensagem que é transmitida à comunidade.

Ainda que a função dissuasora tenha lugar em qualquer sistema penal, não se demonstra que a vantagem que se retira da utilização da pena de morte, face à utilização de outras penas, justifique a violação do direito à vida.

b. As teorias da incapacitação

⁶ “(...) the key thesis of the deterrence-oriented rationale for capital punishment is that executions are more effective than are any gentler sanctions in lowering the incidence of murders by inducing people to fear the consequences of perpetrating such crimes” - KRAMER, M. H. *The Ethics of Capital Punishment* (Oxford University Press, 2011), p.20

⁷ DIAS, J.F. *Direito Penal - Tomo I* (Coimbra Editora, 2004), p.49

⁸ SUSTEIN, C., VERMEULE, A. Is Capital Punishment Morally Required? Acts, Omissions, and Life-Life Tradeoffs (*Stanford Law Review* 58, 2005), p.711.

O segundo grupo de teorias a abordar funda-se na incapacitação do criminoso que deriva da pena de morte. O fundamento ético da pena de morte seria, assim, a eliminação dos criminosos mais perigosos, de forma a que não pudessem reincidir na prática de crimes.

*“The most remarkable feature in the punishment of death, and that which it possesses in the greatest perfection, is the **taking from the offender the power of doing further injury**”.*⁹ Na doutrina penal, este grupo de teorias integra-se na denominada **prevenção especial negativa**: *“The purpose (...) is nothing other than to prevent the offender from doing fresh harm to his fellows (...)”.*¹⁰

Parece problemático o argumento que ora se considera. Na verdade, se o fundamento para a pena de morte é eliminar aquele que é um perigo para a comunidade, é indiferente se este cometeu ou não um crime. Isto é, aceitar o fundamento da incapacitação legitima a atribuição ao Estado do poder de, concluindo quem faz perigar a comunidade, aplicar a pena de morte, independentemente de o fazer como consequência da prática de um crime.

Ao mesmo tempo, esta abordagem é frágil, porque a incapacitação do criminoso não tem necessariamente de fazer-se através da sua morte. Isto é, poderá haver penas menos gravosas que atinjam o mesmo objetivo de incapacitar o indivíduo de cometer novos crimes - como por exemplo, a pena de prisão perpétua ou a esterilização em caso de crimes de natureza sexual.¹¹

c. As teorias da censura pela comunidade

O terceiro grupo de teorias procura fundamentar a legitimidade da pena de morte, como sendo uma forma da comunidade exprimir a censura à prática de um crime muito grave. Neste caso, a pena de morte constituiria a materialização daquela censura, ao manifestar *repulsa* pela prática daqueles crimes. Este seria, então, o meio que a comunidade encontraria para reabilitar os bens jurídicos violados pelo crime em causa.¹²

⁹ BENTHAM, J. Principles of Penal Law (Russel & Russel, 1962), p.444

¹⁰ BECCARIA, C. On Crimes and Punishment (Cambridge University Press, 1995), p.31.

¹¹ Não se defendem estas soluções - apresentam-se por abalarem o argumento das teorias em crise.

¹² KRAMER, M. H. The Ethics of Capital Punishment (Oxford University Press, 2011), p.12

De alguma forma, na doutrina penal este raciocínio encontra eco nas teorias que consubstanciam uma abordagem de prevenção geral positiva. Segundo esta abordagem, a aplicação de uma pena consistiria numa atuação estatal sobre os membro de uma comunidade, para que estes não praticassem crimes. Fazendo-o através da ameaça penal, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução. Tal atuação estatal, segundo a prevenção geral positiva, visaria a integração dos bens jurídicos violados.¹³

Note-se que, segundo o Professor Figueiredo Dias, a prevenção geral positiva será o ponto de partida para a determinação da finalidade das penas criminais - “*é a prevenção geral positiva que fornece uma moldura de prevenção dentro de cujos limites podem e devem actuar considerações de prevenção especial*” - **servindo para determinar um limiar mínimo da pena a aplicar** - “*abaixo do qual já não é comunitariamente suportável a fixação da pena sem se pôr irremediavelmente em causa a sua função tutelar de bens jurídicos*”.¹⁴

Significará que o modelo de finalidade das penas, de acordo com a nossa doutrina, admitiria a aplicação da pena de morte? Ora, só admitiria se concluíssemos que, para determinados crimes, para que os bens jurídicos a tutelar não ficassem *irremediavelmente em causa*, seria necessária a morte do agente do crime; pois outra solução não seria *suportável* para aquela comunidade. Este não será o caso, até pela crítica que se tecerá adiante.

Além disso, são diversas as debilidades desta abordagem à defesa da pena de morte. Desde logo, não é claro que a aplicação desta pena contribuiria para que a comunidade considerasse reabilitados os bens jurídicos violados.¹⁵ Também não resulta demonstrado que a pena de morte seria a sanção mais leve a conseguir este desiderato.¹⁶ Além disto, há críticos desta abordagem que defendem que o argumento permitiria a execução de um inocente, desde que a comunidade estivesse

¹³ DIAS, J.F. Direito Penal - Tomo I (Coimbra Editora, 2004), pp.48-51

¹⁴ DIAS, J.F. Direito Penal - Tomo I (Coimbra Editora, 2004), pp.76-78

¹⁵ “*Normative validation through exemplary punishment has never actually been shown to exist (...)*” - LEMPERT, R. Desert and Deterrence: An Assessment of the Moral Bases of the Case for Capital Punishment (Michigan Law Review 79, 1981)

¹⁶ “*(...) why should [normative validation] be weaker in a society whose harshest and most feared penalty is (say) life without parole than in one that employs the death penalty?*” - DOLINKO, D. Foreword: How to Criticize the Death Penalty (Journal of Criminal Law & Criminology 77, 1986), p.589

absolutamente convencida de que ele havia cometido o crime, mesmo que não se tivesse verificado.¹⁷

d. As teorias da retribuição

Por fim, temos as teorias que admitem a pena de morte como uma forma de retribuição pelo crime cometido. Esta solução admite que, tendo sido cometido um determinado crime grave, o agente merecerá ser morto.

Encontra-se subjacente a estas teorias a *lex talionis*, que encontra o seu precursor no Código de Hamurabi.¹⁸ A pena seria, assim, aplicada por representar um equivalente ao crime cometido. Em resumo, a pena de morte seria aplicada porque o agente que praticou o crime a merecia!

Na teoria penal, esta abordagem representa as teorias absolutas, tendo a pena como mero instrumento de retribuição.

Estas teorias serão de recusar, desde logo por violarem um direito fundamental, como o direito à vida sem que tal se deva à defesa de um valor maior. A pena, neste caso, vale por si mesma - como uma retribuição. Estaríamos a tirar a vida do criminoso não para defender a comunidade - não para reabilitar os bens violados ou o futuro da comunidade - mas, tão somente, para produzir um efeito sobre aquele em quem a pena seria aplicada. Estaríamos a atribuir ao Estado um poder violador dos direitos dos membros da comunidade que se bastaria a si mesmo.

O Professor Figueiredo Dias discorre sobre a recusa da retribuição como fundamento para a finalidade das penas, que podemos adaptar como recusa da retribuição como fundamento ético para a pena de morte:

“A doutrina da retribuição deve ser recusada ainda pela sua inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal. Estas podem apenas resultar da necessidade, que ao Estado incumbe satisfazer, de proporcionar as condições de existência comunitária, assegurando a cada pessoa o espaço possível de realização livre da sua personalidade. Só isto pode justificar que o Estado furte a cada pessoa o mínimo indispensável de direitos, liberdades e garantias para assegurar os direitos dos outros e, com eles, da

¹⁷ KRAMER, M. H. *The Ethics of Capital Punishment* (Oxford University Press, 2011), pp.164-167

¹⁸ Que, na formulação mais popular da *lex talionis*, dispunha no ponto 196: *Se um homem arrancar o olho de outro homem, o olho do primeiro deverá ser arrancado.*

*comunidade. Para cumprimento de uma tal função a retribuição, a expiação ou a compensação do mal do crime constituem meios inidóneos e ilegítimos”.*¹⁹

3. A dignidade da pessoa humana e a recusa da natureza intrínseca da pena de morte

Acabámos de analisar, muito sumariamente, aquelas que são classicamente as teorias que procuram um fundamento ético para a aplicação da pena de morte. Tais teorias são, na maior parte das vezes, o mero ponto de partida para construções mais elaboradas - no sentido em que, autores que defendem a sustentabilidade ética desta pena, articulam duas ou mais teorias, tentando evitar as críticas que lhes são feitas.²⁰ O objetivo, ao refutar cada uma das teorias base, é concluir que todas as articulações entre as várias teorias são insustentáveis e, por isso, qualquer solução que dali parta, por mais elaborada que seja, será sempre de recusar.

Contudo, será de procurar dar um passo mais nesta recusa da opção pela pena de morte. Será de afirmar que, independentemente da fundamentação que se procure buscar para defender a pena de morte, a necessidade de recusar aquela solução deriva de uma característica que lhe é intrínseca - logo, inultrapassável para qualquer fundamentação extrínseca que se possa ensaiar. Tal característica intrínseca da pena de morte reside na circunstância de tal solução ser, por natureza, violadora da dignidade da pessoa humana.

O preâmbulo da Carta da Organização das Nações Unidas refere: “*Nós, os povos da Nações Unidas, decididos (...) a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana (...)*”

A Declaração Universal dos Direitos do Homem tem como artigo 1.º “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.*”

A Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia refere, no seu preâmbulo: “*Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano (...)*”. **E tem como artigo 1.º** que “*A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida*”.

¹⁹ DIAS, J.F. *Direito Penal - Tomo I* (Coimbra Editora, 2004), p.46

²⁰ ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. Q. L. Algumas notas sobre a determinação da medida judicial da pena no Código Penal Português (*Revista da Ordem dos Advogados* 2, 1993), pp.455-475

Curiosamente, a **Convenção Europeia dos Direitos do Homem** só refere a **dignidade** no seu **Protocolo n.º13**,²¹ em que refere “*Convictos de que o direito à vida é um valor fundamental numa sociedade democrática e que a abolição da pena de morte é essencial à protecção deste direito e ao pleno reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos*”. Ou seja, a **menção à dignidade da pessoa humana na CEDH surge associada, exatamente à pena de morte.**

Já o **artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa**, que tem como epígrafe “**República Portuguesa**”, **inicia com;** “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)*”.

A **dignidade da pessoa humana não é protegida pela República, não é um objetivo da República... A dignidade da pessoa humana é o pilar fundamental sobre o qual assenta a República. Esta depende do respeito pela dignidade da pessoa humana. Ao atentarmos contra a dignidade da pessoa humana, não estamos a exigir uma reação do nosso sistema democrático; estamos, verdadeiramente, a colocar em causa este sistema democrático. Podemos, então, dizer que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado de Direito democrático.**

Desta situação decorre que “*é a pessoa que é um fim em si, enquanto indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou entidade transpersonalista (...)*”.²²

A **dignidade da pessoa humana tem subjacente** “*a ideia de igual dignidade assente no valor moral supremo reconhecido a cada pessoa pelo facto de o ser, independentemente de características particulares, de comportamentos e de contextos relacionais*” (negrito nosso).²³ **Depreende-se, assim, que mesmo um criminoso - isto é, alguém que tenha cometido um crime grave - goza de igual dignidade dos demais. A dignidade não se conquista, mas é inerente a cada pessoa:**

“(...) *all persons, simply by virtue of being persons, have moral rights that must always be respected and that there is something necessarily morally wrong about the death penalty because it refuses by its very nature to acknowledge the intrinsic moral worth of any and every human being*”.²⁴

²¹ Protocolo n.º13 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias

²² NOVAIS, J.R. A Dignidade da pessoa humana vol.I (Almedina, 2015), p.59

²³ NOVAIS, J.R. A Dignidade da pessoa humana vol.I (Almedina, 2015), p.60

²⁴ Jacquette, D. Dialogues on the ethics of capital punishment (Rowman & Littlefield, 2009), p.10

A defesa da dignidade do criminoso não afeta a possibilidade de lhe ser imputada uma sanção. Na determinação desta sanção deve ser assegurada a tutela tanto do bem jurídico violado com o crime, como a salvaguarda da dignidade do criminoso. Sendo, assim, de recusar a instrumentalização da pessoa, que seria a consequência de uma visão utilitarista da pena de morte, como parece brotar de todas as abordagens analisadas acima.²⁵ Há, então, que exigir uma fundamentação ética sustentada para a aplicação das penas, que fará afastar a opção pela pena de morte.

Na verdade, as finalidades das sanções penais deverão ser a prevenção geral positiva (visando o “restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime”), a prevenção especial positiva (no esforço comunitário de socialização do criminoso), tendo a culpa como limite da pena (“pressuposto necessário e limite inultrapassável”).²⁶ Todas as sanções que se determinem, e que poderão (e, provavelmente irão) afetar a liberdade de autodeterminação do criminoso, não poderão ser “igualitária, arbitrárias, desproporcionais ou desrazoáveis”.²⁷

Ora, a pena de morte não será defensável porque a sua aplicação envolve um grau e um tipo de sofrimento que é incompatível com os valores morais de uma sociedade justa.²⁸

4. Conclusão: da abordagem crítica para uma recusa convicta

No nosso contexto, parece distante e inverosímil uma realidade em que seja reintroduzida a pena de morte. Isto, graças à nossa história, ao consenso alargado na sociedade portuguesa, à cultura tolerante e de respeito pelos direitos humanos, bem como ao contexto europeu de defesa intransigente desta posição. É de louvar que assim seja. Devemos, porém, cultivar esta postura crítica e de rejeição da pena de morte, através de uma abordagem positiva - de manifestação do respeito pela vida humana e, em particular, pela dignidade da pessoa.

²⁵ “Só não se verificará essa instrumentalização, a degradação da pessoa de fim a meio, se a pena tiver uma base ética e não puramente utilitária” - VAZ PATTO, P. M. G. Os fins das penas e a prática judiciária – algumas questões (Jornadas de Direito Penal e Processual Penal, 1 de julho de 2011, disponível em

http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/OS%20FINS%20DAS%20PENAS_PRATICA%20JUDICIARIA.pdf

²⁶ DIAS, J.F. Direito Penal - Tomo I (Coimbra Editora, 2004), pp.76-79

²⁷ NOVAIS, J.R. A Dignidade da pessoa humana vol.I (Almedina, 2015), p.63

²⁸ Jacquette, D. Dialogues on the ethics of capital punishment (Rowman & Littlefield, 2009), p.13

Só não desistindo de reforçar a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana, poderemos ultrapassar tempos tão conturbados como o atual, sem que os nossos valores mais altos sejam afetados. Só estando convictos da nossa posição em defesa da tolerância, da autonomia privada, da liberdade e, mais uma vez, da dignidade da pessoa humana seremos capazes de, enquanto comunidade, afastar um mal tão presente na discussão mais superficial sobre a pena de morte - o populismo. Este fornece respostas redutoras e acríticas, habitualmente assentes num discurso dicotómico que visa ser facilmente apreendido e que, ilusoriamente, aparenta fornecer respostas cabais, simples e diretas. Contudo, tais respostas visam responder a problemas altamente complexos, dependentes de fatores não controláveis (nomeadamente, por agentes políticos) e metamorfósicos. Problemas que então, entenda-se, não são suscetíveis de respostas simples. Exemplo paradigmático de um destes problemas é o terrorismo. Resposta populista paradigmática, que deve ser afastada numa base ética sólida e convicta, é a pena de morte.

Não nos devemos, então, confortar com a situação da rejeição da pena de morte ser amplamente consensual entre nós. Não nos devemos bastar com a asserção pouco esforçada de que a pena de morte é uma má solução, sem reconhecermos que há quem defenda essa solução com argumentos respeitáveis. Pelo contrário, devemos, de forma racional e crítica, encontrar os verdadeiros fundamentos para recusarmos esta solução e defendermos com toda a convicção o seu afastamento do enquadramento jurídico e ético na nossa sociedade.