Pena de Morte: 150 anos depois da sua abolição em Portugal – O Estado e a pena de morte*

ANA PAULA CABRAL**
ISCET

RESUMO

Após uma reflexão de cariz geral sobre a pena de morte, abordam-se as Teorias das Finalidades das Penas, destacando-se a adotada pelo Direito português. Estabelece-se a relação entre a aplicação das penas, obrigação do Estado no exercício do poder judicial e a sua missão de proteção dos direitos fundamentais. Conclui-se pela defesa da proibição da pena de morte, tal como se encontra consagrada no ordenamento jurídico português, aliás reflexo dos valores subjacentes à civilização Europeia.

PALAVRAS-CHAVE

Pena de morte; vida; direitos fundamentais; Estado; teorias dos fins das penas.

ABSTRACT

After a general reflection on the death penalty we are approached the Theories of the Purposes of Penalties (Teorias das Finalidades das Penas), highlighting the adopted by the Portuguese Law. It is established the relationship between the application of penalties, which is an obligation of the State in the exercise of judicial power and its mission to protect fundamental rights. The conclusion of the defense of the prohibition of the death penalty, as it is enshrined in the Portuguese legal system as a reflection of the values underlying European civilization.

KEYWORDS

Death penalty; life; fundamental rights; State; Theories of the Purposes of Penalties.

INTRODUÇÃO

O presente artigo constitui *grosso modo* uma adaptação da nossa comunicação no Seminário que teve lugar no ISCET, comemorando os 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal.

Para este seminário foi-me lançado o repto de tecer algumas considerações sobre o Estado e a pena de morte.

A título de agenda, começarei por tecer algumas considerações sobre a pena de morte, 150 anos após a sua abolição em Portugal; depois, farei uma abordagem sobre as Teorias das Finalidades das Penas, procedendo à sua concretização apresentando a adotada pelo ordenamento jurídico português; seguir-se-á uma abordagem sobre a relação entre a aplicação das penas, como obrigação que pertence ao Estado, através do exercício do poder judicial, e a sua missão de proteção dos Direitos Fundamentais, que igualmente lhe pertence; chegaremos por fim a uma conclusão.

1. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA DE MORTE

Começamos por refletir sobre a relevância e interesse desta temática, considerando que a pena de morte não existe no ordenamento jurídico português. Com efeito, este seminário foi despoletado pelo facto de se terem comemorado os 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal.

Daremos início à nossa reflexão com a afirmação do saudoso Professor Doutor Cavaleiro Ferreira, aquando da sessão comemorativa da abolição da pena de morte em Portugal, na Academia das Ciências, em Lisboa, em 1 de julho de 1967.

Afirmou então o nosso mestre que:

* ISCET, 23 de maio de 2017.

** Assistente, Especialista em Direito. acabral@iscet.pt.

"A abolição da pena de morte não é apenas um facto histórico enquanto pertence ao passado; é uma instituição, um valor moral integrado na ordem jurídica e social. Os valores morais não se contemplam para os admirar como coisas mortas; conquistam-se e carecem de renovada defesa em cada geração pela ação individual ou coletiva".

No seguimento desta afirmação defendemos que a reflexão sobre este tema, não obstante não vigorar a pena capital no nosso ordenamento jurídico, continua a ter atualidade, por diversos motivos. Quer porque as conquistas valorativas devem ser reafirmadas, quer porque, com a alteração axiológica que se vai vivendo, há que afirmar esses valores de modo a evitar algum desleixo nesta matéria; por fim, atendendo aos factos que têm pintado de negro a história da nossa civilização na atualidade, importa que seja feita uma reflexão sobre este tema, no momento em que algumas atrocidades que têm vindo a ser cometidas poderão espicaçar as consciências e levar a pensar na adoção desta pena em ordenamentos onde já há muito foi abolida. Tal facto, a acontecer, constituiria sem dúvida, em nosso entender, um retrocesso civilizacional.

Com a Carta de Lei de 1867, foi abolida a pena de morte em Portugal continental nesse ano, embora a declaração da sua abolição nas províncias ultramarinas tenha ocorrido apenas em 1870.

Há que notar também que, embora a data correspondente à extinção da pena de morte em Portugal seja 1867, desde 1846 não era tal pena executada.

Além disso, já em 1852 tinha sido proibida a pena de morte para os crimes políticos. É curioso este facto, mas o devido enquadramento histórico torna facilmente compreensível que, antes da abolição da pena de morte para os crimes civis, esta tenha sido abolida para os crimes políticos.

Numa abordagem objetiva e desapaixonada, facilmente se podem agregar argumentos contra e a favor da pena de morte.

Num tema tão sensível como este, onde as crenças e valores de quem sobre ele se debruça ressaltam, e precisamente por isso, começamos por apresentar apenas dois argumentos favoráveis à sua adoção, ou seja, a sua alegada eficácia social e menor crueldade, e um conjunto bem mais alargado de argumentos que justificam a sua abolição.

Assim, podemos elencar como argumentos contra a pena de morte, desde logo, a incerteza, em termos de prevenção, que a aplicação desta pena pode conseguir; depois, sem dúvida alguma, as situações irreparáveis que daqui resultarão. Ninguém pode dar vida a alguém a quem é infligida esta pena. Outro argumento passa pelo facto de a pena de morte constituir a concretização de uma ação atroz do Estado. Depois, os argumentos de cariz religioso pesam sempre nesta reflexão, determinando que, pelo menos quem professa o cristianismo, não pode deixar de considerar que só quem pode conferir a vida deve poder retirá-la. Ora, os homens não têm esse poder e por isso não têm legitimidade para retirar a vida uns aos outros, mesmo que legitimados por uma lei, a título de pena pela prática de um crime, isto é, não podem ceifar uma vida, seja em que contexto for. Destacamos também como um dos argumentos de grande relevo contra a pena de morte a possibilidade dos erros judiciários, que historicamente se vão conhecendo. Por outro lado, é notória a dimensão de tortura sempre que a pena de morte a que alguém é condenado sofre adiamentos. Por fim, questiona-se a ineficácia da aplicação desta pena e mesmo a possibilidade, ainda que em situações raras e difíceis, de recuperação do agente infrator, o que material e obviamente é impossível quando se lhe retira a vida.

2. TEORIAS DOS FINS DAS PENAS

A reflexão sobre a pena de morte e o Estado, em matéria de teoria geral do Direito Penal, pressupõe a referência às Teorias da Finalidade das Penas.

Esquematicamente podemos distingui-las entre Teorias Absolutas ou da Retribuição, onde a pena surge como castigo, uma verdadeira "expiação", e as Teorias Relativas, que excluem a natureza de castigo e retribuição à pena, fazendo-lhe corresponder uma função mais digna de eficácia na prevenção de novos crimes. Na verdade, a finalidade visada com a aplicação das penas, segundo estas últimas teorias, é fundamentalmente de prevenção, seja geral ou especial. A prevenção geral divide-se entre

prevenção negativa ou de intimidação, na medida em que, quando é aplicada uma pena, a sociedade em geral evitará cometer o correspondente crime, para não vir a ser objeto dessa cominação; e prevenção positiva ou de integração, no sentido de que essa mesma sociedade, quando se apercebe de que os criminosos são punidos, constata o bom funcionamento do sistema jurídico e ganha confiança no mesmo, numa palavra, na justiça, concretamente na justiça penal.

As teorias relativas, que visam a prevenção especial, defendem que a aplicação de uma pena desempenha uma função de prevenção negativa, quando o específico agente que pratica um crime evita no futuro praticá-lo, para que não volte a ser sujeito à cominação correspondente; a função de prevenção especial positiva faz corresponder à pena a finalidade de integração do sujeito específico a que for aplicada.

O nosso Código Penal, concretamente o seu artigo 40.º, com a epígrafe "Finalidades das penas e das medidas de segurança", consagra:

> "1 – A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.
> 2 – Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa.
> 3 – A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente".

Após a sua análise, defendemos que, no número 1 deste preceito, se adota a teoria relativa da prevenção geral e especial, na medida em que o nosso legislador afirma considerar que a aplicação das penas visa a proteção de bens jurídicos. Igualmente aí se consagra a defesa da reintegração do agente na sociedade, ou seja, a sua recuperação e ressocialização.

Porém, na medida em que, no número 2 deste preceito, se faz referência à medida da pena, não podemos deixar de chamar a atenção para que, ao consagrar o princípio da culpa, dada a afirmação de que a pena jamais pode ultrapassar a medida da culpa, o legislador quis marcar a presença, ainda que ténue e esbatida, da Teoria Absoluta da Retribuição em matéria de finalidade das penas.

3. A DUPLA OBRIGAÇÃO DO ESTADO: APLICAÇÃO DAS PENAS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. "DUAS FACES DA MESMA MOEDA"?

A abordagem à relação entre a pena de morte e o Estado será por nós encarada na perspetiva duma dupla tarefa a cargo do Estado. Concretamente cabe ao Estado a proteção de valores fundamentais, como sejam o mínimo ético jurídico fundamental, cuja violação constitui crime, conforme tipificação legal, podendo-lhe fazer corresponder, caso o ordenamento jurídico o permita, a pena de morte; mas também constitui uma tarefa fundamental, a seu cargo, a proteção e defesa dos direitos fundamentais, num sistema como o consagrado na Constituição da República Portuguesa (CRP), fundado na dignidade da pessoa humana. Ou seja, cabe ao Estado a tutela dos direitos fundamentais de todos os sujeitos jurídicos, quer das eventuais vítimas dos crimes, quer dos agentes que os praticaram que, por esse facto, não perdem esta titularidade e também os seus direitos carecem da proteção, que incumbe igualmente ao Estado.

Senão vejamos:

Logo no artigo 1.º da Lei Fundamental se consagra que:

> *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*

Prossegue o legislador, na alínea b) do artigo 9.º, quando estabelece as tarefas fundamentais do Estado, a consagrar como uma delas *garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático*.

Depois, ou melhor, em termos valorativos antes de tudo, o direito à vida (artigo 24.º) surge na CRP como direito fundamental, o primeiro e último fundamento da proibição da pena de morte. Mais especificamente e para excluir qualquer dúvida, neste mesmo preceito consagra-se, no seu n.º 1, que a vida humana é inviolável e, no n.º 2, que em caso algum haverá pena de morte.

Nem outra podia ser a solução, confirmada pelo disposto no artigo 25.º, ou seja, que a integridade moral e física das pessoas é inviolável e que ninguém pode ser

submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Seguindo com a nossa análise da CRP, podemos constatar que, no artigo 33.º, concretamente no seu n.º 1, se estabelece que não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional, nem admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (n.º 6).

Mesmo em situações extremas, os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 19.º, n.º 1).[1]

A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afetar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião (art. 19.º, n.º 6).

Facilmente se constata, a partir da análise destes preceitos da CRP, que o texto fundamental exclui qualquer possibilidade de aplicação da pena de morte. Desde logo, porque cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais, cuja lista está encabeçada pelo direito à vida. Estes direitos são da titularidade de todos os sujeitos, mesmo daqueles que possam ter cometido algum crime mais grave. Obviamente que também é tarefa do Estado, através do exercício do poder judicial, aplicar as sanções correspondentes à prática dos crimes cujo julgamento compete aos tribunais, como órgãos de soberania, mas sempre com a salvaguarda do direito à vida. Logo, nunca podendo admitir a pena de morte.

CONCLUSÃO

Portugal surgiu como um percursor do movimento abolicionista e um exemplo na defesa dos Direitos Fundamentais, ao abolir a pena de morte, reconhecido internacionalmente, ao tempo e nos dias de hoje.

Talvez a justificação para tal feito notável se deva à índole humanitária que sempre foi marca do povo português.

A problemática da pena de morte continua a ser um tema atual e apaixonante, foco de reflexão interdisciplinar, levada a cabo por criminalistas, políticos, sociólogos, filósofos, teólogos, psiquiatras, intelectuais em geral.

Empilham-se argumentos diversos no sentido abolicionista e retencionista, sendo que a balança tende para o sentido abolicionista.

A Carta de Lei de Abolição da pena de morte foi reconhecida como marca do património europeu, por força da consagração de valores comuns à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como é o caso da tolerância e do respeito pela vida humana.

Assim, em jeito de síntese, afirmamos a relação intrínseca e antagónica entre as obrigações do Estado, a quem cabe a proteção e defesa dos direitos fundamentais das potenciais vítimas de crimes mais graves, mas também dos agentes que os praticam.

Referimos aqui especificamente aqueles direitos fundamentais que podem ter diretamente a ver com a aplicação efetiva ou potencial da pena de morte, como é o caso do direito à vida e do direito à integridade pessoal.

Segue-se a referência à dignidade da pessoa humana, base do nosso sistema de direitos fundamentais, de natureza antropológica e a tarefa fundamental do Estado de garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Relativamente às penas, reiteramos a consagração da teoria da prevenção geral positiva (e de algum modo negativa) e a prevenção especial positiva sob a forma de reintegração do agente.

Com efeito, é necessário combater a criminalidade sem desprezar a pessoa do agente criminoso, também ele uma pessoa, com direitos fundamentais, cuja proteção igualmente cabe ao Estado.

A conclusão desta nossa reflexão não pode senão ser a da proibição da pena de morte, da tortura, de tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos, conforme se consagra na CRP.

NOTAS

[1] E mesmo aí têm que ser declarados conforme previsto na Constituição.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, José Carlos Vieira de (2009), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina.

COSTA, José Faria (2007), *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

GUERRA, Ronaldo José (2009), *Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa da Liberdade*, Dissertação de Mestrado, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

SITES CONSULTADOS

150 Anos da Abolição da Pena de Morte em Portugal [Consult. a 20/05/2017]. Disponível em: http://150anosdaabolicaodapenademorteemportugal.dglab.gov.pt/evento/morte-a-morte-150-anos-da-abolicao-da-pena-de-morte-em-portugal-1867 2017/?instance_id=103.

Amnistia Internacional [Consult. a 20/05/2017]. Disponível em: http://www.amnistia.pt/.