

## A PENA DE MORTE EM (BREVÍSSIMO) ESBOÇO POLÍTICO-CRIMINAL E DOGMÁTICO (\*)

ANDRÉ LAMAS LEITE

*Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*

Portugal goza de um património histórico ímpar no contexto das nações mundiais quanto ao tema da pena máxima <sup>(1)</sup>.

Numa sociedade dita «pós-moderna», em que o terrorismo e a criminalidade altamente organizada e especialmente violenta são fenómenos diários, assiste-se, em muitas democracias, àquilo que se vem designando por «punitive turn». Ora, não obstante na pátria lusa a pena capital não ter, nos últimos tempos, encontrado assinalável brado público, ela permanece, amiúde de jeito latente, em alguma discursividade política.

Aceitar ou não a pena capital em um ordenamento jurídico é, para além de outros pontos de vista, um problema de escolha político-criminal e de fundamentação técnico-dogmática. Se VICTOR HUGO saudou Portugal, esse «pequeno povo», augurando que «a Europa imitar[ia] Portugal», pois «a liberdade é uma cidade imensa da qual todos somos concidadãos», Autores portugueses de Oitocentos e da centúria seguinte pronunciavam-se a favor da reintrodução da pena de morte, louvando-se, *inter alia*, dos trabalhos de

---

(\*) Corresponde a uma versão bem mais reduzida do que aquela que apresentámos, como moderador, na conferência «Pena de Morte: Testemunho de um Inocente», realizada na FDUP a 14/10/2009, co-organizada pela Secção Portuguesa da Amnistia Internacional e pela Comissão Instaladora da *The European Law Students' Association* da nossa Faculdade. Atendendo aos desideratos propostos, compreende-se termos optado por um estilo enxuto e despojado de grandes referências doutrinárias. É ainda devido um sincero agradecimento pelo honroso convite.

<sup>(1)</sup> Ela terá sido executada, pela última vez, em 1834 para um crime político e em 1846 para um delito comum. Foi abolida em 1852 para os crimes políticos e, por lei de 1 de Julho de 1867 (a proposta partiu do Ministro da Justiça à época, BARJONA DE FREITAS, também Professor na Faculdade de Direito de Coimbra, tendo sido aprovada, na Câmara dos Deputados, em sessão de 21 de Junho de 1867, por 90 votos a favor e 2 votos contra (cf. *Diário de Lisboa*, de 2 de Julho de 1867), foi-o para os delitos comuns, sendo necessário esperar mais três anos para que a medida entrasse em vigor em todo o à época designado “Império Português”. Com a primeira Constituição republicana de 1911, a pena de morte foi abolida para os delitos militares, embora reintroduzida somente quanto a estes, para crimes de alta traição em teatro de guerra, aquando do I Grande Conflito Mundial. A actual Constituição de 1976 levanta à pena máxima um veto incondicional no seu art. 24.º, n.º 2, isto sem prejuízo de a sua proibição, quanto a todo e qualquer delito, ser elemento estruturante do princípio do Estado de Direito democrático (art. 2.º) e dos próprios fundamentos da República Portuguesa, pórtico de entrada da Lei Fundamental, a que acresce estarmos em face de um limite material de revisão constitucional (art. 288.º, al. d)). Vários acordos e tratados internacionais postergam a pena de morte, a qual, porém, é ainda hoje aplicada em cerca de sessenta países. Dados de 2008 apontam para 58 países; 139 abolicionistas na lei e de facto (na lei, para todos os crimes: 94; abolicionistas só para crimes comuns: 10; abolicionistas na prática: 35). Fonte: sítio da Amnistia Internacional, <http://www.amnesty.org/en/death-penalty/abolitionist-and-retentionist-countries> (acesso em Outubro de 2009).

FERRI e de TARDE <sup>(2)</sup>. FERRI <sup>(3)</sup>, p. ex., aproximou a teoria darwiniana da «evolução das espécies» à sanção capital, entendendo a sua execução como «contínua selecção operada pela morte dos que são menos aptos para a luta pela vida».

Durante largo tempo se associou esta sanção às concepções absolutas dos fins das penas. A justa retribuição do mal, ainda que entendida em perspectiva não taliónica, mas axiológico-valorativa, levaria ínsita a necessidade de, nos crimes em que a culpa fosse mais elevada, se privar o delinquente da própria vida. Como, entre outros, MARC ANCEL <sup>(4)</sup> e BETTIOL <sup>(5)</sup> advogavam, inexistente tal relação entre pena capital e teorias ético-retributivas, desde logo porquanto estas afivelam «o indivíduo como supremo valor» da intervenção penal, o que se exprime em uma concepção personalista de culpa, condição de um Estado de Direito democrático.

De um prisma preventivo-geral negativo, dir-se-á, agora, que nada mais pode afastar a comunidade do crime que a dureza e a severidade das suas sanções. BECCARIA, porventura como ninguém, lançou as bases teóricas de posição contrária, chamando a atenção para a efectividade e rapidez na aplicação sancionatória. Bases essas a que se juntam repetidos estudos criminológicos que concluem no sentido de que, introduzindo a pena de morte, após um ligeiro abaixamento da taxa de criminalidade, a mesma retorna aos habituais níveis, mercê da enorme complexidade factorial justificativa do delito. Permitimo-nos destacar, de entre esses aspectos, a fraca ou inexistente ressonância da pena capital nos ditos «criminosos por tendência», nos «criminosos por convicção» ou naqueles – realidade tão actual – que se sentem parte de um plano a eles próprios superior, de cariz religioso <sup>(6)</sup>, ideológico ou político.

Para as concepções preventivas-especiais nascidas do Positivismo, em especial, a escola italiana e a «moderna escola alemã», encarado o crime como «doença», dar a morte aos delinquentes mais perigosos era realidade que por si se justificava. O utilitarismo e o determinismo de que partiam impunham a pena capital. Tragam-se de

---

<sup>(2)</sup> É o caso de JOÃO DE LEBRE E LIMA, *Da Pena de Morte*, Paris-Lisboa: Livrarias Aillaud e Bertrand, 1920, *passim*, em esp., pp. 67-67.

<sup>(3)</sup> Na sua monumental *La Sociologie Criminelle*, Paris: Arthur Rousseau, 1893 (inicialmente publicada em 1884).

<sup>(4)</sup> Muito claramente, AA. VV., *Pena de Morte – Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, t. III, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, s/d, mas 1967, p. 66.

<sup>(5)</sup> «Sulla Pena di Morte», in: GIUSEPPE BETTIOL, *Scritti Giuridici: 1966-1980*, Padova: CEDAM, 1980, p. 19.

<sup>(6)</sup> Se bem que a posição da Igreja Católica seja hoje claramente contrária à pena de morte, baseando-se, entre outros motivos, na ideia de um Deus que é Amor e Perdão, o Velho Testamento, no Levítico (cap. XXIV), é claro ao referir-se ao talião.

novo à lembrança FERRI e GARÓFALO. Mais ainda, cite-se JOÃO DE LEBRE E LIMA <sup>(7)</sup>: «¿Pois que culpa tem o lobo de ser um animal feroz? E, no entanto, é precisamente a sua ferocidade que me obriga a apontar-lhe a carabina e a despejar-lhe na carcassa as balas precisas para o inutilizar.»

Com o trânsito para o Estado de Direito Social, o enfoque centra-se na ressocialização do agente, entendida não como imposição de uma metanóia interior, mas tão-somente como estabelecimento de condições adequadas a evitar a reincidência. Patrocinando-se tal entendimento, nascido de um optimismo antropológico, a pena de morte não encontra possibilidade lógica de defesa. Acresce a necessidade de o Estado demonstrar uma superioridade ética em relação ao próprio condenado, munindo-se de diversos instrumentos reactivos. Parafrazeando MIGUEL TORGA <sup>(8)</sup>, a pena de morte importaria «responder a um crime punível através de um crime não punido (...), pois que se abate, do mesmo passo, a parcela atacada e a soma atacante».

No tangente à irreparabilidade da pena capital e aos erros judiciários a que nenhum sistema está imune, sempre poderíamos dizer, com OSCAR WILDE <sup>(9)</sup>, que «All trials are trials for one's life as all sentences are sentences of death». Contudo, mesmo os mais encarniçados apologistas da pena em mérito julgam ser esta «a única objecção séria que (...) [contra ela] se pode aduzir» <sup>(10)</sup>.

Termino com duas interrogações. Se, parafrazeando LACASSAGNE, cada sociedade tem os criminosos que merece, estaremos preparados para assumir a responsabilidade que nos impomos quando a comunidade se pronuncia pela pena máxima? Regressando ao imortal TORGA: não nos transformaremos, desse jeito, em «um grotesco Deus de pacotilha»?

---

<sup>(7)</sup> *Da Pena de Morte*, p. 96.

<sup>(8)</sup> AA. VV., *Pena de Morte*, p. 30.

<sup>(9)</sup> «Epistola: In Carcere et Vinculis», in: OSCAR WILDE (org. IAN SMALL / RUSSELL JACKSON), *The Complete Works of Oscar Wilde*, Oxford / New York: Oxford University Press, 2005, p. 152.

<sup>(10)</sup> JOÃO DE LEBRE E LIMA, *Da Pena de Morte*, p. 118.