

# Não basta dizer: ‘morte à morte’

Nos 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal, pioneiro nessa medida humanista, o seu significado, o que representou e representa, a questão da pena capital vista à luz de hoje, quando ainda existe em vários países e em outros há quem a queira ver reintroduzida, aqui analisados e perspetivados por um reputado jurista e penalista, atual Provedor de Justiça, prof. catedrático da Faculdade de Direito da Un. de Coimbra – e também poeta, com o nome literário Francisco d'Eulália

JOSÉ DE FARIA COSTA

N

Neste ano comemoram-se os 150 anos daquele que foi um dos momentos mais significativos e emblemáticos da história moderna do nosso direito: a abolição da pena capital. Na prática, a pena de morte já não era executada, entre nós, desde 1846, tendo sido constitucionalmente eliminada para os crimes políticos em 1852. Mas é apenas com a lei de 1 de julho de 1867 que aquela atroz modalidade de castigo viria a ser suprimida do ordenamento jurídico pátrio, assumindo Portugal, deste jeito, um lugar de destaque na vanguarda europeia do direito penitenciário (sendo certo que a Constituição de 1911, após a revisão de 1916, previa a possibilidade de aplicação da pena capital aos crimes militares cometidos no teatro de guerra com país estrangeiro, exceção que voltaria a aparecer na Constituição de 1933 e que só seria afastada pela Constituição de 1976).

Não é preciso ou até seria redundante dizer que a abolição da pena de morte representou e continua a representar um avanço civilizacional inestimável da nossa cultura jurídica. E afirmar isto não é cair em arrebatado e infértil sentimentalismo ou em inapropriado e inconsequente otimismo, atitudes de espírito, aliás, que devem estar totalmente afastadas, porque viciadas e obnubilantes, quando refletimos sobre um tema desta grandeza. Bem ao contrário. Afinal, aquela rutura veio cobrir a imagem de um Direito Penal que alguns, em que me incluo sem titubear, insistem em ver ainda ligado, indelevelmente, aos quadros do programa de humanização engendrado e levado a cabo sob os auspícios da Ilustração. Das várias Ilustrações.

Como em tantas outras encruzilhadas do nosso modo-de-ser comunitário, principalmente ali onde nos deparamos com questões de vida e de morte, também nas coisas do Direito Penal é preciso contar com algum sentido de humildade histórica. Ao longo dos tempos, e desde as suas mais primeiras formas de organização, as diversas comunidades de homens e mulheres nunca conseguiram prescindir da pena criminal como último recurso de



A pena de morte, em pintura de Pisanello

conservação dos laços que enlaçam as condições mínimas necessárias para uma livre e segura convivência. Sendo certo que durante um considerável período daquele arco cronológico muitos povos encontraram na pena capital uma medida apropriada para a proteção dos interesses do indivíduo e do Estado, principalmente no crime de homicídio (assassinato) e nos crimes sexuais (violação, adultério, homossexualismo), bem como nos delitos de corrupção político-militar (espionagem e traição).

Relativamente ao delito de homicídio, a inflicção da pena de morte pôde encontrar amparo teórico, a dada altura, no registo formal e linear do "olho por olho, dente por dente", uma máxima hoje a vários títulos insustentável, ao menos no horizonte cultural europeu. Por outro lado, não seria intelectualmente honesto ignorar que, em termos de desenvolvimento dos povos e das estruturas de racionalização do exercício do *jus puniendi*, a Lei de Talião, na sua formulação pura e dura ("quem matou, morra por isso!"), não pode deixar de ser vista como um inegável avanço civilizacional. Porque o *jus talionis*, a despeito da sua brutal cruza, as-

sumia já uma certa ideia de proporção, em tudo contrária à desmesura, à desmedida da vingança, à "hybris", de que o canto XXII da *Odisséia* de Homero é um dos exemplos mais ilustrativos, não obstante toda a beleza literária. Se não fosse esse exórdio de proporcionalidade, a lógica de responsabilização coletiva ou a compreensão de deixar à solta todos os demónios, toda a insolência, todo o ultraje, toda a humilhação quando se quer punir, até então pertença do mais fundo viver daquelas comunidades, simplesmente levaria a espécie humana ao seu desaparecimento.

Tudo isso para mostrar que a reflexão sobre a pena de morte não pode sair desesperadamente à procura de uma qualquer verdade eterna en-simesmadamente preocupada em postular a sua validade para todos os mundos possíveis; o que importa saber, pragmaticamente, aqui e agora, é se a sanção capital terá algum espaço no nosso mundo de hoje, por sobre tudo ali onde já se defende, em alto e bom som, para quem quiser ouvir, que a pena de morte deve retornar, expiada dos seus originais pecados e santificada pela sua finalidade, como promissor instru-



José Faria e Costa "Refletir sobre a pena de morte significa refletir sobre o mal irreversível"



**Os 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal devem ser lembrados e festejados, com orgulho do nosso passado e com esperança quanto ao nosso futuro temos uma excelente oportunidade para renovar o comprometimento de defender o inspirador legado humanista e liberal da mensagem que Portugal naquela altura levou a todos os cantos do mundo**

mento de combate às mais variadas formas de terrorismo. Um canto de sereia alimentado não só pelo discurso consequencialista do custo-benefício — do ponto de vista da prevenção da criminalidade, o extermínio de um delincente condenado tem mais vantagens do que desvantagens — mas também pela narrativa deontológica da despersonalização (quem se coloca definitivamente do lado do ilícito já não merece ser tratado como cidadão, devendo aceitar o seu extermínio como resultado da sua própria escolha).

Ora, tenho a convicção de que é preciso resistir a estes ventos de tormenta

civilizacional. Resistência moral que passa, obrigatoriamente, por procurar abrigo firme e inabalável naquilo que de mais fundo reside na memória do nosso modo de ser comunitário: por mais louváveis e prementes que se possam figurar os propósitos da punição, a sanção capital constitui, na sua barbáridade, um candidato negativo daquele processo de alquimia axiológica que, transformando o mal em bem, justifica a imposição de uma pena criminal. Ao menos nos quadrantes do Estado de direito democrático, nenhuma estrutura de argumentação jurídica tem o condão de salvar a semântica da nadificação individual definitiva que aquele brutal e anacrónico castigo carrega. Estamos perante um *definitional stop*, uma barreira absoluta ou incondicional, para além da qual nenhuma consideração utilitarista dos efeitos da punição pode avançar e que tão pouco pode ser revertida por um discurso que converte a dignidade humana em uma mera qualidade externa que o Estado atribui a certos indivíduos, estando tal concessão sujeita a uma cláusula de merecimento pessoal.

Refletir sobre a pena de morte significa, pois, refletir sobre o mal irreversível, não como entidade metafísica ou transcendente que está para além do tempo e do espaço, que está para lá da história, mas antes como manifestação profunda, constante e inafastável de uma historicidade que é a nossa e da qual, em circunstância alguma podemos fugir. O apelo fácil, ou pelo menos mais fácil, de se tentar responder a todas as questões colocadas pelo mal atira-nos teoricamente para os lugares límpidos e frios da pura abstração, onde tudo é perfeito e onde tudo, por conseguinte, se justifica. Urge ter a coragem de pensar a questão da pena como vivência real de um quotidiano doloroso, imperfeito. Contingente este que se torna ainda mais doloroso porque trazemos sempre, na nossa memória viva, a dor de todos os que, com a inocência do corpo e da alma, sofreram e morreram. Só com a consciência crítica e desperta por este contínuo cuidado nos podemos libertar da memória — porque a vida é sempre libertação, libertação de qualquer coisa —, assumindo-a como património espiritual que não é puro e obscuro passado, mas presente aberto a infinitas possibilidades de realização do bem e da justiça. Memória que, por infortúnio nosso, não é sempre libertadora. Bem ao contrário. Não poucas vezes é ela geradora de outras dores, de outros males, de outras injustiças. Que serão, neste contínuo crescente de raiva, de afastamento,

de autismo, de irreconhecimento do «outro», as pontes privilegiadas para o bloqueamento de qualquer outro tipo de libertação. Chamar a memória não é por si só libertador. Infelizmente.

É preciso sempre mais qualquer coisa. É absolutamente necessário que se chame a memória à consciência crítica da sua própria rememoração. Recordar por recordar não tem sentido. O trazer o passado ao presente da nossa existência, enquanto memória, é valioso; só é axiologicamente denso se, por este ato, conseguimos que o memento seja já e de maneira definitiva um memento sem história. E sem história porque jamais pode ser "recordado". Todavia, nada se apaga. Os factos que se recordaram estão lá. Ninguém os quer esconder. Só que o rememorar, enquanto atitude de libertação — que pressupõe que, no futuro, os factos odiosos se não repitam — faz com que eles se transformem em sombras de si próprios, em pedaços sem textura nem densidade. Em factos vazios de história porque já recordados. Em qualquer coisa que se não pode recordar, porque não há nada para recordar, não porque tudo foi esquecido ou enterrado mas antes porque tudo foi libertado. Libertou-se a memória para a realização do bem e da justiça, para que a injustiça não volte a acontecer. Pode-se sempre olhar para trás. Mergulhar. Porém, depois de termos libertado a memória, o que se leva a cabo já não é recordar mas sim "visitar". Entramos na memória como se entra na casa dos amigos. Sem temor. Sem peias. Em liberdade. Crítica, por certo. Atenta, sem dúvida. Mas acompanhados agora da solidariedade e da *amicitia* que são a pedra de toque e o horizonte de todos os encontros, de todas as partilhas.

Por tudo isso e também por continuarmos a acreditar, sem a menor hesitação ou tibieza de espírito, que a eliminação da pena capital é um bem que deve ser recordado e resguardado de maneira tão veemente quanto possível, é que os 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal devem ser relembrados e festejados, com orgulho do nosso passado e com esperança quanto ao nosso futuro. Por tudo isso e para esconjurar os perigos que emanam da tendência de relaxamento verificada em outras latitudes vizinhas — e tanto mais vizinhas, porque vivemos em um mundo global — onde quase se exalta ou glorifica a pena de morte, é que, 150 anos depois, temos diante de nós uma excelente oportunidade para renovar, de maneira inconsútil, o compromisso de continuarmos a defender, sem transigências, o subido e inspirador legado humanista e liberal da mensagem que Portugal naquela altura levou, por força de variáveis que só a história pode justificar, a todos os cantos do mundo.

Assim, já não basta gritar, em transe ou arroubo eivado de romantismo, "morte à morte". É preciso ir mais longe e mais fundo. É preciso e urgente não ceder e quotidianamente defender o direito inabalável de, em qualquer comunidade organizada politicamente, tornar claro e irreversível aquilo que a nossa Constituição, no seu art. 24<sup>o</sup>, n.º 2, de maneira particularmente feliz, consagrou: "Em caso algum haverá pena de morte" .JL