

REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL

PEDRO CAEIRO

Separata da
Revista Portuguesa de Ciência Criminal
Ano 11 • Fasc. 1.º • Janeiro-Março 2001

“UT PURAS SERVARET MANUS”



AS VINDAS ADONDES

Coimbra Editora

Execução Gráfica
Coimbra Editora, Lda.
Rua do Arnado — Coimbra

I.D.P.E.E.

“UT PURAS SERVARET MANUS”

Alegações contra a assunção, pelo Estado Português,
da obrigação de entrega ao Tribunal Penal Internacional
de um cidadão que possa ter de cumprir uma pena
de prisão perpétua (*)

Pedro Caeiro

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

“a máxima felicidade repartida pelo maior número”

Cesare Beccaria

“the public do not appreciate what a life sentence means”

Lord Goff

1. De acordo com as notícias vindas a lume nos últimos meses, Portugal prepara-se para aprovar e ratificar o Estatuto de Roma, de 17 de Julho de 1998, que institui o Tribunal Penal Internacional, criado sob os auspícios das Nações Unidas para julgar os crimes cuja gravidade faz os sinos dobrar por todos nós: o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5.º do Estatuto).

O art. 77.º do Estatuto prevê a aplicabilidade da pena de prisão perpétua aos crimes que caíam sob a jurisdição do Tribunal.

(*) Recordo, com emocionada saudade, Orlando de Carvalho, jurista e homem de liberdade.

E os parlamentares de 1884, que, ao abolirem a pena de prisão perpétua, compreenderam o essencial.

Sobre os Estados Partes impende um dever geral de cooperação (art. 86.º), que inclui, nomeadamente, o dever de entregar uma pessoa procurada pelo Tribunal.

Ao aprovar e ratificar o Estatuto, Portugal assumirá o compromisso de entregar ao Tribunal uma pessoa, eventualmente de nacionalidade portuguesa, a quem pode vir a ser aplicada uma pena de prisão perpétua, susceptível de cumprimento integral.

Trata-se de um retrocesso histórico, que lamento como jurista, como português e como cidadão.

2. Não curarei aqui de saber se a instituição *deste* Tribunal Penal Internacional é, ou não, em geral, um avanço civilizacional; admita-se, como um dado, que é juridicamente legítima e político-criminalmente conveniente. Procurarei apenas alinhar as razões por que entendo que o Estado Português não deve assumir aquele compromisso — mesmo que, no limite, essa recusa tenha de significar a não ratificação do Estatuto.

II. A tradição humanista do sistema sancionatório português e a recusa da prisão perpétua

A) A tradição humanista do sistema sancionatório português

1. Algumas das vozes que se têm erguido publicamente a favor da ratificação do Estatuto consideram que a aplicabilidade da pena de prisão perpétua aí prevista não desvirtua a tradição humanista do sistema penal português, porque essa tradição seria, na realidade, um puro mito, destinado à consolação de espíritos pouco exigentes. O argumento, além de absurdo (a alegada inexistência de uma tradição humanista no direito penal nacional justificaria... a persistência na desumanidade?!), parte de uma premissa falsa, como tentarei mostrar nas considerações seguintes.

2. Um dos princípios estruturantes do sistema sancionatório português é o *princípio da humanidade das penas* (1), que comporta duas dimensões diversas (2).

(1) Refiro-me principalmente, no trecho que se segue, à selecção da panóplia de penas por parte do legislador (cf. TERESA BELEZA, *Direito Penal I*, 1984, p. 55; FIGUEI-

A primeira entrelaça-se com o princípio liberal da *necessidade* das penas, posto de forma insuperável por Beccaria, e impõe a rejeição das penas desnecessárias em atenção à humanidade de quem as sofre. Por outras palavras: a pena desnecessária é ilegítima porque provoca um défice de felicidade inútil para a humanidade considerada em globo. Nesta dimensão, o princípio da humanidade é *imane*nte ao sistema jurídico-penal, pois actua em correlação com os restantes princípios do programa político-criminal (*maxime*, como se disse, com o da necessidade).

A segunda dimensão tem uma génese mais recente (3) e *transcende* o sistema jurídico-penal. Se o fim último do Direito e do Estado é a garantia da eminente dignidade da pessoa humana (art. 1.º da Constituição da República), o núcleo essencial da humanidade de cada um não pode, em caso algum, ser termo de relação com outros fins imediatos da Cidade. Esse núcleo constitui um limite, uma barreira heterónoma

REDO DIAS, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, 1993, § 20); sobre a específica refração do princípio na execução da pena de prisão, cf. ANABELA RODRIGUES, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade*, 1982, pp. 12 e ss., e *passim*, e *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*, 2000, pp. 66 e ss., e *passim*.

(2) Em sentido coincidente, utilizando uma distinção sobreponível à que se faz em texto, DIRK VAN ZYL SMIT ("Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective", *Criminal Law Forum* 9 [1999], pp. 30 e ss.) expõe as duas formas de incompatibilidade das penas com os direitos humanos: as que são "radicalmente" ou "grosseiramente" desproporcionadas com o crime" e as que são "bárbaras em si próprias", por causa da sua "hediondez intrínseca".

(3) É certo que BECCARIA (*Dos Delitos e das Penas* [trad. de José de Faria Costa], 1998, p. 118), ao contestar a pena de morte, começa por colocar o problema num plano extra-, ou pré-sistémico: "que direito podem os homens atribuir-se de trucidarem os seus semelhantes? Não é certamente aquele de que resultam a soberania e as leis"; porém, a argumentação logo deriva para o plano intra-sistémico da utilidade e da necessidade: "mas se eu demonstrar que a morte não é nem útil nem necessária, terei ganho a causa da humanidade" (*últ. loc. cit.*). Notando esta inflexão, BRAGA DA CRUZ, "O movimento abolicionista e a abolição da pena de morte em Portugal", in: *Pena de Morte. Colóquio Internacional Comemorativo do Centenário da Abolição da Pena de Morte em Portugal*, II, pp. 445 e ss. Próxima do que se defende em texto está a intervenção de AYRES DE GOUVEIA na sessão parlamentar em que se aboliu a pena de morte (in: *Diário de Lisboa*, n.º 141, de 26 de Junho de 1867, p. 2022, 2.ª col.).

à organização política e não é, por isso, susceptível de ponderação ou transacção. É, neste sentido, um reduto sagrado, porque subtraído à esfera de acção dos leigos.

Quer dizer: uma comunidade cujas regras admitam o sacrifício daquele núcleo intangível pode ser um agregado de homens — mas não é, em rigor, uma sociedade humana. E a invocação da necessidade desse sacrifício mais não é do que o reconhecimento implícito da falência de um projecto humano de sociedade.

2. Qualquer estudo de mediana profundidade rapidamente concluirá que Portugal tem, comparativamente com os países da sua órbita cultural, um estatuto pioneiro na consolidação de um sistema sancionatório humanista ⁽⁴⁾.

2.1. No plano do *direito positivo*, lembro apenas:

- a) a Constituição de 1822, que impôs a proporcionalidade e a intransmissibilidade das penas, ao mesmo tempo que aboliu a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente e “todas as mais penas cruéis e infamantes”;
- b) a Carta Constitucional de 1826, que proibiu a confiscação de bens e ordenou que as cadeias fossem “limpas e bem arejadas”;
- c) as sucessivas abolições das várias espécies de penas de morte (para os crimes políticos em 1852, para os crimes comuns em 1867 e, por fim, em 1976, para os crimes militares praticados em teatro de operações);
- d) a Nova Reforma Penal de 1884, que aboliu todas as penas perpétuas (prisão, trabalhos públicos, degredo, expulsão do Reino e perda dos direitos políticos e civis);
- e) a elevação da idade da imputabilidade penal (dos 10 anos, ou

⁽⁴⁾ No notável *Relatório* que precede a Proposta de Lei que deu origem à Nova Reforma Penal de 1884, LOPO VAZ DE SAMPAIO E MELO invoca bastas vezes o princípio da humanidade para justificar as arrojadas inovações que aí se continham em matéria de penas: cf., v. g., *infra* B), 2.; no sentido do texto, FIGUEIREDO DIAS (1993), § 20.

14, se o menor tivesse actuado sem discernimento, no Código de 1852, para os 16 anos, em 1911) e a resistência, contra o “ar do tempo”, em aceder a baixá-la, no Código de 1982 (e suas revisões de 1995 e 1998) e na recente Lei Tutelar Educativa;

- f) a constância da organização do sistema penitenciário a partir da ideia central da recuperação social do condenado ⁽⁵⁾: veja-se o *Projecto de Lei acerca das Prisões Centrais Penitenciárias* de José Maria Grande (1840), os *Projectos de Levy Maria Jordão* de 1861-64, a Lei de 1 de Julho de 1867, a Nova Reforma Penal de 1884, os Decretos n.º 12.549, de 10 de Novembro de 1927, e n.º 26.643, de 28 de Maio de 1936 (instituição do sistema progressivo) e, por fim, o Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto;
- g) a instituição precoce da liberdade condicional (em 1871 para menores e em 1893 para adultos) e da suspensão condicional da pena (1893);
- h) a substancial redução da generalidade das molduras penais no Código de 1982 (embora não tão substancial como se propunha no *Projecto Eduardo Correia*);
- i) a recente introdução, pela Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto, da libertação antecipada de reclusos que se encontrem atingidos por doença grave e irreversível em fase terminal.

2.2. A tendência humanista que se surpreende na evolução do sistema sancionatório positivo torna-se ainda mais marcada se atentarmos no conspecto da *praxis* e da doutrina nacionais — que integram, também elas, a tradição penal portuguesa.

Por um lado, várias reformas legais tiveram lugar apenas para formalizar a revogação de disposições que a prática havia deixado de

⁽⁵⁾ Sublinhando essa fidelidade constante à prevenção especial de ressocialização, em contraste com outros países onde dominaram já neste século (e, em alguns casos, dominam ainda) a prevenção de inocuidade, a procura da metanóia dos “inimigos do povo”, o modelo médico e a pura exclusão securitária do *just deserts*, ANABELA RODRIGUES (2000), pp. 14 e s.

cumprir, nos seus exactos termos, por repugnarem aos aplicadores, ou para evitar que essa repugnância redundasse em perversão da lei ⁽⁶⁾. Assim, o Alvará de 5 de Março de 1790, § 12.º, reconhece já que os tormentos haviam caído em desuso, 32 anos antes da sua abolição ⁽⁷⁾; de acordo com Henriques Seco ⁽⁸⁾, a pena de galés veio, na prática, a transformar-se na pena de trabalhos públicos ⁽⁹⁾; a pena de morte para crimes políticos, abolida em 1852, deixara de se executar em 1834 ⁽¹⁰⁾ e a pena de morte para crimes comuns, abolida em 1867, foi executada pela última vez em 1846 ⁽¹¹⁾. Enfim, ao propor a abolição das penas perpétuas, Lopo Vaz de Sampaio e Melo ⁽¹²⁾ explicava aos deputados: “o que vos proponho é unicamente a conversão em estado de legalidade do que é geralmente observado contra a lei escripta em nome da suavidade dos costumes, e dos dictames da justiça não escripta”: ao que parece, a pena de trabalhos públicos, por força da humilhação que causava, nunca era executada ⁽¹³⁾; o mesmo sucedia com a pena de prisão celular perpétua, que nunca terá sido executada ⁽¹⁴⁾, e a de perda de direitos políticos que era, pura e simplesmente, “letra morta” ⁽¹⁵⁾; enfim, a perpetuidade das penas tinha por

⁽⁶⁾ Segundo BRAGA DA CRUZ, *cit.*, pp. 424, 432 e s., já no período das Ordenações os praxistas e os tribunais se tinham encarregado de fazer com que, “na prática, o quadro da justiça penal do chamado ‘Antigo Regime’ fosse entre nós muito menos sombrio do que o pintavam as leis e que ficasse, sobretudo, muito longe da rigidez e dos extremos atingidos no mesmo período noutros países da Europa”.

⁽⁷⁾ Cf. EDUARDO CORREIA, *Estudos sobre a Evolução das Penas no Direito Português*, vol. I, p. 65 (nota 1).

⁽⁸⁾ HENRIQUES SECO, “História do direito criminal português, desde os tempos mais remotos”, *RLJ* 4, p. 581.

⁽⁹⁾ Que, por sua vez, também não era executada *qua tale*: cf. já a seguir no texto.

⁽¹⁰⁾ Cf. BRAGA DA CRUZ, *cit.*, pp. 490 e s. (em nota).

⁽¹¹⁾ *Id.*, *ibidem*. A última execução por sentença de tribunal militar terá ocorrido em 1849 (*Id.*, *ibidem*, p. 489 [em nota], e ELIANA GERSÃO, “Acerca da abolição da pena de morte nos crimes militares”, in: *Pena de Morte...*, *cit.*, pp. 212 e s.).

⁽¹²⁾ *Relatorio* da Proposta de Lei n.º 34-C, reproduzido no *Diario das Sessões da Camara dos Senhores Deputados*, sessão de 4 de Abril de 1884, p. 1028.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 1015.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 1023.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 1028.

efeito, de acordo com o Ministro, levar o júri a impor ao juiz a aplicação de circunstâncias atenuantes inexistentes ou, no limite, a pronunciar-se pela impunidade do criminoso para evitar a aplicação da pena (perpétua) prevista ⁽¹⁶⁾.

Por outro lado, a *doutrina* portuguesa caminhou sempre à frente da lei na humanização do sistema penal. Fazer uma lista completa de autores e obras, com vista a firmar esta proposição, seria tarefa ociosa, quando não descabida. Relembrei apenas, no plano das penas, a preocupação de Francisco d’Almeida ⁽¹⁷⁾ e de Ayres de Gouveia ⁽¹⁸⁾ com a reforma, por razões humanitárias, do sistema penitenciário português; a contestação da necessidade da pena de morte por Ribeiro dos Santos, logo em 1815 ⁽¹⁹⁾, que haveria de frutificar na viva e consistente oposição desenvolvida por Silva Ferrão ⁽²⁰⁾ e na diatribe inflamada de Ayres de Gouveia contra o “assassinato-legal” ⁽²¹⁾; a crença basilar na recuperação social do condenado, presente, como trave-mestra, na obra de Levy Maria Jordão, Beleza dos Santos, Eduardo Correia, Figueiredo Dias e Anabela Rodrigues; a tentativa do Autor do Projecto de 1963 de retirar a legitimação da lei penal às medidas de segurança impostas aos autores de crimes políticos durante o Estado Novo ⁽²²⁾.

3. A inegável tradição humanista do sistema penal português, atrás esboçada nas suas linhas principais, não pode, num plano científico, considerar-se elidida pela actividade repressiva do Estado em matéria de “crimes” políticos durante a ditadura instaurada com o golpe de 1926.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 1015.

⁽¹⁷⁾ FRANCISCO D’ALMEIDA, *Breves Considerações sobre a Necessidade e Meios de Melhorar as Prisões em Portugal*, 1834.

⁽¹⁸⁾ AYRES DE GOUVEIA, *A Reforma das Cadeias em Portugal*, 1860.

⁽¹⁹⁾ ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, “Discurso sobre a pena de morte, e reflexões sobre alguns crimes”, *Jornal de Coimbra*, vol. 7, n.º 33, Parte II, pp. 101 e ss.

⁽²⁰⁾ SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal Applicada ao Código Penal Portuguez*, vol. II, 1856, pp. 17 e ss.

⁽²¹⁾ AYRES DE GOUVEIA, *cit.*, pp. 59 e ss. e 73 e ss.

⁽²²⁾ Desenvolvidamente, PEDRO CAEIRO, “Nótula antes do artigo 325.º”, §§ 4 e ss., in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, vol. III, 2001.

Isto porque, por um lado, a supressão das liberdades e a forte repressão dos “crimes” políticos se dava sobretudo num plano pré- ou para-judicial, por intervenção da polícia política (23); por outro, porque o observador não pode tomar a parte pelo todo — e esse todo mantinha, em geral, e descontado o tratamento dos “criminosos” políticos, “os pressupostos garantísticos essenciais: o princípio da legalidade, da culpabilidade e da humanização do sistema punitivo” (24). Com efeito, a ditadura política não transformou o sistema penal, globalmente considerado, em algo próximo do que vigorou na Itália fascista, na Alemanha nacional-socialista ou na União Soviética. Assim, a condenação do regime do Estado Novo e das implicações que teve sobre as liberdades fundamentais não deve confundir-se com a negação do património humanista do direito penal português.

B) A recusa da prisão perpétua

1. O humanismo do sistema sancionatório português explica ainda a abolição precoce, em 1884, da pena de prisão perpétua, prevista no Código de 1852 e, posteriormente, em substituição da pena de morte, na Lei de 1 de Julho de 1867 (pena de prisão celular perpétua).

Uma vez mais, a prática precedeu a lei e, de acordo com os relatos da época, a pena de prisão perpétua foi escassamente aplicada (muito menos vezes do que o importaria a estrita obediência à lei), sendo certo que a prisão celular perpétua nunca foi executada (25).

A doutrina portuguesa mais autorizada produzia também longos requisitórios contra as penas perpétuas, em especial a de prisão, diver-

(23) *Vd. últ. loc. cit.* Sobre as relações entre o crime político e as medidas de segurança no Estado Novo, veja-se, com muito interesse, ANTÓNIO RICARDO HENRIQUES GASPAR, *A Repressão da Actividade Política durante o período do Estado Novo — o Crime Político e as Medidas de Segurança* (Prémio da Fundação Salgado Zenha, 2000; trabalho não publicado; manuscrito gentilmente cedido pelo Autor).

(24) FIGUEIREDO DIAS, *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, 1999, pp. 122 e s.

(25) Como informa LOPO VAZ DE SAMPAIO E MELO no seu *Relatorio*, in: *Diario das Sessões da Câmara dos Deputados*, sessão de 4 de Abril de 1884, pp. 1022 e ss.

gindo dos autores estrangeiros coevos (Chauveau e Hélie, Rossi) que em tantos outros pontos acompanhava; assim, logo em 1856, Silva Ferrão afirma que as penas perpétuas, “por sua natureza *exterminadora*, não curam, nem podem curar, e, por tanto, não tem, em regra a qualidade de remedio penal, se não forem sempre acompanhadas da esperança, *proxima ou remota*, de uma reabilitação. Serão *repressivas*, mas não *reparadoras*, na ampla significação desta palavra” (*itálicos no original*) (26) e opina, serenamente, que “tanto a pena de morte, como as mais penas perpétuas, e as dos trabalhos publicos, são incompatíveis com os princípios de humanidade consignados na Carta” (27).

2. Tudo o que explica a razão pela qual a abolição das penas perpétuas foi consensualmente aprovada no dia 28 de Abril de 1884. Quem ler os *Diarios das Sessões*, verificará que a discussão da Nova Reforma Penal raramente versa a questão da abolição, espalhando-se antes por outros aspectos da proposta. Retomando, em substância, os argumentos que haviam sido aduzidos para abolir a pena de morte em 1867 (injustiça e desnecessidade da pena), escreve Lopo Vaz de Sampaio e Melo (28) no seu *Relatorio*: “não posso deixar de propor-vos a abolição da pena de prisão celular perpétua, que reputo injusta como castigo, excessiva como meio de intimidação e contraposta às leis da natureza moral do homem segundo as quaes a remodelação das más tendencias e a regeneração dos espiritos, ainda os mais perversos, é sempre presumptivamente possível”.

Finalmente, em 1971, a recusa da pena de prisão perpétua ganhou foros de constitucionalidade, ao lado da proibição da pena de morte (29).

3. Mas o direito português contemporâneo não se limitou a recusar a aplicação interna da pena de prisão perpétua. Com efeito, ainda antes

(26) SILVA FERRÃO, *cit.*, p. 8 (em nota).

(27) SILVA FERRÃO, *cit.*, p. 136.

(28) LOPO VAZ DE SAMPAIO E MELO, *cit.*, p. 1022.

(29) Atribuindo à norma constitucional portuguesa um carácter matricial na recusa das penas de prisão perpétua e de duração indefinida, depois reflectida em outros ordenamentos jurídicos, cf. DIRK VAN ZYL SMIT, *cit.*, pp. 29 e s.

da entrada em vigor da Constituição democrática, o art. 4.º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de Agosto (primeira regulamentação interna do instituto da extradição), proibia a extradição quando ao facto fosse aplicável, pela lei do Estado requerente, a pena de morte ou a pena de prisão perpétua (embora se admitisse a limitação da proibição através da prestação de garantias).

Na vigência da Constituição de 1976 e do Decreto-Lei n.º 43/91, de 22 de Janeiro, e até à Lei Constitucional n.º 1/97, a jurisprudência e a doutrina discutiram longamente se a proibição de extraditar por factos a que fosse aplicável a prisão perpétua tinha consagração constitucional ou meramente legal⁽³⁰⁾. Em meu entender, tal proibição gozava, de facto, de guarida constitucional implícita, por aplicação analógica da norma que proibia a extradição por factos a que correspondesse pena de morte: o art. 33.º, n.º 3, da Constituição (versão anterior à LC 1/97) mais não era do que uma cristalização positiva de um princípio geral segundo o qual o Estado Português se encontra impedido de colaborar em procedimentos penais de que possa concretamente resultar a aplicação de penas desumanas⁽³¹⁾. O fundamento da analogia não residia, como é evidente, na natureza dos direitos atingidos pelas penas, mas sim na ofensa que a dita colaboração causaria à *ordem pública internacional* do Estado Português.

A consagração expressa das proibições relativas à aplicabilidade da pena de prisão perpétua e de penas de que resulte lesão irreversível da integridade física, operada pela LC 1/97, mais não fez, portanto, do que expor outras mostrações do dito princípio, subordinando-as a regi-

⁽³⁰⁾ Uma história crítica desta discussão pode ver-se no bem elaborado estudo de MÁRIO MENDES SERRANO, "Extradição. Regime e Praxis", in: AA. VV., *Cooperação Internacional Penal. Extradição. Transfêrência de Pessoas Condenadas*, Centro de Estudos Judiciários, 2000.

⁽³¹⁾ Cf. PEDRO CAEIRO, "Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável", *RPCC* 8 (1998), pp. 7 e ss.; concordantemente, ANABELA RODRIGUES, *O Tribunal Penal Internacional e a prisão perpétua — que futuro?* (intervenção oral no *Colóquio sobre o Tribunal Penal Internacional*, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Fevereiro de 2001; manuscrito gentilmente cedido pela Autora).

mes diferenciados. Assim, caso a lei do Estado requerente preveja a aplicabilidade da pena de prisão perpétua ao facto, Portugal só pode proceder à extradição se a pena tiver sido comutada, se o Estado requerente aceitar a sua conversão por um tribunal nacional, ou se, existindo condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, o Estado requerente prestar garantias suficientes de que a pena não será aplicada ou executada⁽³²⁾.

Sublinhe-se que a admissão da prestação de garantias suficientes pelo Estado requerente para fazer cessar a proibição de extradição relativa à prisão perpétua não significa uma maior contemporização do Estado Português com esta pena. Por um lado, ao invés da jurisprudência então firmada pelo Tribunal Constitucional, a interpretação do direito anterior a 1997 que proporcionava o ponto óptimo da concórdia prática entre os interesses conflitantes conduzia já a este resultado⁽³³⁾. Por outro lado, porque o direito português continua a impedir o Estado de colaborar em procedimentos de que possa resultar uma aplicação e execução efectiva da pena de prisão perpétua⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Sobre a diversidade dos regimes contidos nos n.ºs 4 e 5 do art. 33.º da CRP, na sua redacção actual, cf. logo PEDRO CAEIRO (1998), pp. 21 e ss.; em sentido concordante, MÁRIO MENDES SERRANO, *cit.*, pp. 56 e s., e o recente *Acórdão* do Tribunal Constitucional n.º 1/2001 (processo n.º 742/99).

⁽³³⁾ Cf. PEDRO CAEIRO (1998), pp. 18 e ss. e 22 e s.

⁽³⁴⁾ Refira-se, incidentalmente, que o texto do art. 5.º do Acordo de Adesão de Portugal à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen — segundo o qual o Estado Português se compromete a extraditar uma pessoa por factos a que seja aplicável a pena de prisão perpétua desde que o Estado requerente "assegure promover, nos termos da sua legislação e da sua prática em matéria de execução das penas, as medidas de alteração de que poderia beneficiar a pessoa reclamada" — não se afigura inteiramente coincidente com o texto constitucional, pois essa "garantia" (uma espécie de "obrigação de meios") não consiste, forçosamente, na garantia, *constitucionalmente exigida*, de que a pena não será aplicada ou executada ("obrigação de resultado"). Claro que tal obrigação de resultado não implica um regresso à "impossibilidade jurídica" de a prisão perpétua ser aplicada ou executada, sobre a qual o Tribunal Constitucional erigiu a jurisprudência criticada no texto — e que hoje se encontra, inquestionavelmente, prejudicada pelo novo texto do art. 33.º, n.º 5, da CRP. Todavia, esta dissemelhança poderá levar a questionar a validade constitucional do citado art. 5.º do Acordo de Adesão, quando essa disposição seja interpretada de maneira a permitir a

4. Actualmente, a rejeição da prisão perpétua inscreve-se logo, em minha opinião, naquele *plano trans-sistémico* do princípio da humanidade das penas, cumprindo mais uma etapa do processo evolutivo do sistema sancionatório no sentido da abolição das penas que atentam contra a dignidade da pessoa. Nas palavras de Bemann (35), ou não se leva a prisão perpétua a sério e se permite ao recluso regressar, num qualquer momento incerto, à liberdade — e então a pena é totalmente indeterminada e, por isso, injusta; ou se deixa o recluso a aguardar o fim da vida, sem esperança, atrás dos muros — e então a pena é uma horrível barbaridade ("eine schreckliche Barbarei"). Com efeito, "por mais hediondos que sejam os crimes cometidos [...], não nos compete banir definitivamente uma pessoa da sociedade".

Mas, contra aqueles que não vêem, do prisma da defesa da humanidade do condenado, a "diferença elementar" (36) que existe entre a prisão perpétua e qualquer outra pena de prisão, ainda que longa, sempre se argumentará, num plano *intra-sistémico*, que aquela pena é *particularmente* inadequada para punir os crimes que caem sob a jurisdição do Estatuto.

No plano da *prevenção geral de intimidação*, parece evidente que não é a gravidade da pena cominada que inibirá os potenciais autores

extradição sem que o Estado requerente se tenha inequivocamente obrigado a não aplicar ou a não executar a pena de prisão perpétua.

É curioso notar que, ao aprovar a Convenção de Dublin, a Assembleia da República ressaltou, na declaração que então formulou, "as disposições pertinentes da sua Constituição, conforme interpretadas pelo seu Tribunal Constitucional", reiterando porém os compromissos assumidos no Acordo de Adesão à Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Mas a ausência de uma declaração semelhante no Acordo não o exime, como é evidente, do exame de constitucionalidade pelos tribunais portugueses, *maxime* pelo Tribunal Constitucional. Não deve excluir-se, *de plano*, a possibilidade de uma interpretação da norma internacional conforme à Constituição — sendo certo que tal interpretação restringirá, inevitavelmente, o seu âmbito. Referindo-se também à não coincidência dos dois textos legais, embora em pontos ligeiramente diversos daquele que aqui se foca, cf. MÁRIO MENDES SERRANO, *cit.*, pp. 88 e ss.

(35) GÜNTER BEMMANN, "Für und wider die Vereinheitlichung der Freiheitsstrafe", *GA* 1967, p. 139.

(36) GERALD GRÜNWARD, "Das Rechtsfolgensystem des Alternativ-Entwurfs", *ZStW* 18 (1968), p. 99.

de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou de agressão: trata-se quase sempre de indivíduos que, em virtude do seu estatuto, agem motivados pela impunidade de que supõem poder vir a gozar, pelo que a severidade da pena, enquanto contra-motivo do cometimento da infracção, é aqui particularmente irrelevante. Alguém sustentará, de boa fé, que a possibilidade de Auschwitz, Srebrenica e Butare se repetirem é menor pelo facto de o Estatuto admitir a prisão perpétua em vez de uma pena máxima de, por exemplo, 25 ou 30 anos de prisão? Creio que a proposição político-criminal segundo a qual a "certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade" (37), firmada por Montesquieu e Beccaria numa época em que isso não era evidente — e que a boa doutrina não se tem cansado, desde então, de repetir —, pode ser, no que toca a estes crimes, bem mais eficaz.

Na sua dimensão *positiva*, a prevenção geral também não exige, para a restauração da confiança da comunidade na ordem jurídica, a pena de prisão perpétua. O principal anseio da comunidade internacional em relação aos casos em apreço é o de que os autores dos crimes respondam pelos seus actos e sejam condenados — desiderato já de si difícil e cuja realização resulta, portanto, especialmente satisfatória. A gravidade da pena tem uma relevância meramente lateral, porquanto qualquer pretensão de proporção positiva entre uma pena (qualquer que ela seja, aí se incluindo a pena de morte) e o *inominável* se encontra, à partida, excluída. Além disso, o circunstancialismo *sui generis* que envolve o cometimento destes crimes (crimes cometidos em obediência a ordens, ou em teatro de guerra, etc.) e a sua apreciação judicial (forte selectividade do sistema, dificuldades acrescidas na obtenção do material probatório, etc.) leva a que o Tribunal pratique, na melhor das hipóteses, a justiça possível — que nem sempre será uma justiça certa. Esse inegável défice do sentimento de segurança na boa administração da justiça aconselha a que o restabelecimento do direito não se faça através de decisões que limitam drasticamente os direitos dos condenados.

(37) BECCARIA, *cit.*, p. 115.

Em terceiro lugar, afastado que está, por definição, o fim de *ressocialização* que a pena deveria cumprir ⁽³⁸⁾, a prisão perpétua só pode ter um sentido de prevenção especial negativa de *inocuidade* do condenado, ao serviço da defesa da sociedade contra a *perigosidade* do mesmo. E também aqui a pena se mostra desajustada da realidade que pretende reger. Por um lado, porque, a partir do momento temporal em que as exigências de prevenção geral (negativa e positiva) devam considerar-se satisfeitas, a capa da pena abriga uma verdadeira *medida de segurança* ⁽³⁹⁾, que todavia se não liga a pressupostos de perigosidade, nem no momento da condenação, nem no momento da execução ⁽⁴⁰⁾; depois, porque é pouco crível que o autor de um crime de genocídio, de um crime contra a humanidade ou de um crime de guerra mantenha, após 25 ou 30 anos de prisão, as condições que lhe permitam reincidir: o homem pode permanecer o mesmo, animado pelas mesmas convicções criminosas — mas o mundo será certamente outro.

III. Argumentos a favor da ratificação do Estatuto, nos seus exactos termos, e sua refutação

1. As alegações precedentes procuraram retratar o repúdio que o direito português tradicionalmente nutre pela prisão perpétua, enquadrado no princípio humanista que rege o sistema sancionatório nacional.

De tão intenso, este sentimento de repugnância participa também, como vimos, da ordem pública internacional do Estado Português, enquanto conjunto de regras internas que define as nossas relações jurídico-políticas com a comunidade internacional — e aí se funda a proibição de extraditar alguém que possa ser efectivamente sancionado

⁽³⁸⁾ Sobre a pura inexistência de critérios de avaliação da ressocialização no procedimento de reexame da situação do condenado, com vista à sua libertação, previsto no art. 110.º, n.ºs 3 e 4, do Estatuto, cf. *infra*, III, 2.1., al. c).

⁽³⁹⁾ Assim GUNTHER ARZT, "Die Delikte gegen das Leben", *ZStW* 21 (1971), pp. 23 e s., a propósito da pena de prisão perpétua prevista pelo direito alemão.

⁽⁴⁰⁾ Cf. *infra*, III, 2.1., al. c).

com uma pena de prisão perpétua, ao lado das proibições de extraditar em virtude da aplicabilidade da pena de morte, de penas de que resultem lesões da integridade pessoal, ou de penas cruéis ou desumanas.

2. Ainda assim, as vozes que se têm erguido em favor da ratificação deste Estatuto procuram *desvalorizar* a questão da aplicabilidade da prisão perpétua, avançando argumentos que podem agrupar-se em dois núcleos principais. O primeiro prende-se com a consideração da pena de prisão perpétua propriamente dita (*infra*, 2.1.); o segundo diz respeito às responsabilidades que o Estado Português pode vir a ter em procedimentos que culminem com a aplicação da mesma (*infra*, 2.2.).

2.1. Uma das vertentes que a polémica tem assumido entre nós assenta numa súbita — e em tantos casos inesperada — *complacência* com a prisão perpétua.

a) No seio dessa corrente, o argumento mais extraordinário que se tem utilizado, com surpreendente insistência, para desvalorizar o significado da prisão perpétua é, sem dúvida, o de que *a prisão perpétua não é a mesma coisa que a pena de morte*, assim se insinuando, através do contraste, a "civilidade" da primeira. E prossegue-se, na justificação desta tese, com exercícios de entomofilia, quase reeditando as preocupações classificatórias do positivismo oitocentista: a primeira não colhe a vida, mas tão-só a liberdade; não é, ao contrário da segunda, irreversível; etc.

Ora, parece suficientemente evidente, até para os leigos, que a prisão perpétua não equivale à pena de morte. Tal como as penas de decepamento de membros, flagelação no pelourinho, trabalhos forçados ou perda definitiva dos direitos políticos são muito diferentes da pena de morte. Mas a diversidade do conteúdo destas penas (e dos direitos por elas afectadas) não impede a subsistência de um fundamento comum à recusa de todas elas, pelo que é legítimo invocar as razões que impõem a recusa da pena de morte, enquanto pena desumana, para rejeitar também a prisão perpétua, sem que isso signifique qualquer confusão entre as duas sanções.

b) A complacência perante a "condenação até à morte" (41) é, por outro lado, uma consequência natural da ideologia securitária propagandeada pela chamada "Nova Penologia" norte-americana, prontamente importada pelos poderes europeus na última década (42), a que se junta uma certa visão dos direitos humanos muito em voga, *sc.*, aquela que, provindo histórica e ideologicamente de uma mundividência liberal, ergue agora com determinação a bandeira dos direitos dos cidadãos conformistas *contra* os direitos dos criminosos e dos reclusos — como se de direitos diferentes se tratasse (43). Assim, não espanta que entidades com responsabilidades políticas, científicas e cívicas no nosso País tenham aproveitado o ensejo para declarar que a prisão perpétua se compreendia, no contexto do Estatuto, em atenção ao carácter extremamente grave dos crimes em questão (posição mais moderada), ou que não se oporiam a uma eventual reintrodução daquela pena no ordenamento português para certos crimes (onde, para alguns, se deveriam incluir o tráfico de droga e, inevitavelmente, as actuais *bêtes noires* da fenomenologia criminal: a criminalidade organizada (?) e a pedofilia).

(41) A expressão é retirada do título da obra de ARNO PILGRAM, *Endet mit dem Tode: die lebenslange Strafe in Österreich*.

(42) Diversamente do que se poderia supor, o fascínio pelo "tough on crime" não contaminou apenas os sectores conservadores da esfera sócio-política europeia: aprofundadamente sobre o processo de importação (em sentido literal, *sc.*: comercial) das estratégias e métodos securitários norte-americanos por parte de governos e *lobbies* de opinião europeus de todos os quadrantes ideológicos, *vd.* LOIC WACQUANT, *As Prisões da Miséria* (trad. de Miguel Serras Pereira), 2000. Portugal tem condições para se tornar em campo fértil da ideologia securitária: em 1997, era o país da União Europeia com a mais elevada taxa de prisionalização (145 reclusos por 100.000 habitantes; a Grécia apresentava a taxa mais baixa — 45 reclusos por 100.000 habitantes; números ainda distantes, todavia, dos 648 reclusos por 100.000 habitantes recenseados nos EUA. Fontes: Bureau of Justice Statistics, *Prison and Jail Inmate at Mid-Year 1998*, Gov. Printing Office, 1999, e PIERRE TOURNIER, *Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe, Enquête 1997*, Conselho da Europa).

(43) *Vd.* a famosa peça "Républicains, n'ayons pas peur!", publicada pelo jornal *Le Monde* em 4-9-1998.

Ora, no plano da defesa dos direitos humanos (44), sempre se oferece perguntar: se o homem é essencialmente liberdade, haverá algo de mais contrário à dignidade humana do que viver confinado entre paredes *por força da lei*, com a diuturna consciência de que elas traçam o desenho exacto do tempo e do espaço do resto da própria vida? A ninguém assiste o *direito* de reduzir a vida alheia a uma antecâmara da morte, sepultando o condenado, "para sempre, em um abysmo insondável de expiação" (45) e dando-lhe "uma espécie de morte da personalidade" (46): esse é um peso imponderável pela balança da justiça.

c) Enfim, pretende-se ainda que o desenho da prisão perpétua estabelecida no Estatuto lhe dá uma configuração *sui generis*, pois o Tribunal procede obrigatoriamente ao reexame da situação do condenado, para eventual libertação, quando este tiver cumprido 25 anos de pena (art. 110.º, n.º 3, do Estatuto).

Mas a concreta regulamentação da prisão perpétua prevista no Estatuto torna-a, do meu ponto de vista, ainda mais iníqua e intolerável.

Em primeiro lugar, nenhuma instância política, estadual ou supra-estadual, pode indultar os condenados ou comutar a pena, de forma a corrigir um eventual excesso de severidade por parte do Tribunal: só este órgão pode, ele próprio, reduzir ou comutar a pena (47).

(44) Notando o problema da duvidosa compatibilidade da prisão perpétua com a defesa dos direitos humanos, WILLIAM A. SCHABAS, "Follow up to Rome: Preparing for entry into force of the International Criminal Court Statute", *Human Rights Law Journal*, vol. 20 (1999), p. 158.

Para uma análise pormenorizada da prisão perpétua à luz dos direitos humanos, *cf.* DIRK VAN ZYL SMIT, *cit.*, pp. 5 e *ss.*, que censura, com razão, a perspectiva que exclui liminarmente qualquer relevância dos direitos humanos na discussão sobre a admissibilidade desta pena.

(45) SILVA FERRÃO, *cit.*, p. 137.

(46) JEFFRIE G. MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, p. 235, *apud* DIRK VAN ZYL SMIT, *cit.*, p. 31.

(47) Ao invés do que sucede nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a Antiga Iugoslávia e para o Ruanda, onde se prevê que os condenados podem beneficiar das medidas de clemência adoptadas no Estado da execução da pena desde que os Tribunais da condenação nisso consintam (respectivamente, arts. 28.º e 27.º).

Trata-se, ao que sei, de uma acumulação *inédita*, nas mesmas mãos, do poder de condenar e do "poder moderador" (48).

Em segundo lugar — e, porventura, em consequência — os critérios que presidem à comutação da pena só muito remotamente se assemelham àqueles que, em geral, guiam as decisões *jurídicas* sobre a execução da pena (*maxime*, sobre a concessão da liberdade condicional): com efeito, os critérios previstos no art. 110.º, n.º 4, als. *a)*, *b)* e *c)*, não se referem às exigências de prevenção especial ou prevenção geral postas pela execução daquela concreta pena, mas sim à manifestação, por parte do condenado, "desde o início e de forma contínua, da vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento" — 25 anos antes! — (al. *a)*), à facilitação da execução das decisões e despachos do Tribunal em outros (!) casos (al. *b)*), e a outros factores que conduzam a uma clara e significativa *alteração das circunstâncias* suficiente para justificar a redução da pena (al. *c)*) (49). Critérios que, na generalidade das ordens jurídicas, podem ser relevantes para a concessão de medidas de clemência — mas que são dificilmente compagináveis com um tratamento *jurídico* da execução das penas (50).

Acresce ainda, neste plano do desenho concreto da prisão perpétua

(48) Não resisto, neste ponto, a transcrever a apreciação que fazia SILVA FERRÃO, *cit.*, p. 140, do direito de clemência como "corrector" da pena de prisão perpétua: "poder moderador: fraco remédio contra a perpetuidade das penas! Precisa de protectores, e de procuradores na côrte, ante o throno!... Obtem os condenados, quando obtem, como graça, o que só lhes devia ser concedido, como acto de justiça".

(49) Sublinhando a ideia chave da "cooperação com o Tribunal" ínsita no art. 110.º, n.º 4, cf. ROLF EINAR FIFE, [Comentário ao art. 77.º], p. 991, in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, 1999.

(50) Mesmo nos países onde as decisões sobre a execução da prisão perpétua são da competência de entidades administrativas, os critérios utilizados para a "libertação" do condenado têm uma natureza essencialmente jurídico-penal: sobre a evolução do sistema inglês e sua configuração actual, vd. J. M. SCHONE, "The hardest case of all: Myra Hindley, life sentences, and the rule of law", *International Journal of the Sociology of Law* 28 (2000), pp. 274 e ss. Note-se, enfim, como aqueles critérios estão distantes dos limiares requeridos, na proposta de DIRK VAN ZYL SMIT (*cit.*, pp. 52 e s.), para que a prisão perpétua pudesse ser minimamente compatível com o ordenamento dos direitos humanos.

no Estatuto, que todos os crimes da jurisdição do Tribunal podem ser sancionados, indistintamente, com qualquer uma das penas previstas no art. 77.º — inclusive com a prisão perpétua. Como a gravidade objectiva dos crimes tem uma variação muito ampla (basta comparar, *v. g.*, a autoria do crime de genocídio com a cumplicidade no ataque a bens civis...), alguns vão avançando que nem todos os factos definidos nos arts. 6.º a 8.º poderão, por sua natureza, preencher o requisito de "extrema gravidade" exigido para a aplicação da prisão perpétua (51) — juízo que, todavia, se deixa inteiramente entregue, com uma confiança arrepiante, à discrição do Tribunal (52).

2.2. O segundo núcleo de argumentos brandidos em prol da ratificação do Estatuto, nos seus exactos termos, prende-se com as responsabilidades do Estado Português na colaboração em procedimentos de que pode resultar a aplicação e execução efectiva de uma pena de prisão perpétua.

a) Existe, desde logo, a tese segundo a qual, por força do princípio da intervenção subsidiária (53) do Tribunal, que proclamadamente constitui a "pedra angular" do Estatuto (54), o Estado Português só terá a obri-

(51) Assim, ROLF EINAR FIFE, *cit.*, p. 995.

(52) Alertando para o perigo de o Tribunal vir a decretar penas de prisão perpétua em casos de ofensas pouco graves, guiado unicamente por fins de "incapacitação individual", DIRK VAN ZYL SMIT, *cit.*, pp. 48 e s.

(53) A expressão inglesa "complementarity" tem sido traduzida pelo vocábulo "complementaridade"; contudo, como bem nota MARIA LEONOR ASSUNÇÃO ("O Tribunal Internacional Penal Permanente e o Mito de Sísifo", *RPCC* 8 [1998], p. 31), essa "complementarity" constitui — ou deveria constituir —, "um princípio de intervenção subsidiária do Tribunal", *sc.*, uma intervenção limitada aos casos em que o sistema estadual não funciona (em sentido convergente, cf. SHARON A. WILLIAMS [Comentário ao artigo 17.º], pp. 384 e ss., in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *cit.* Pelas razões expostas no texto, espera-se que a intervenção do Tribunal não degenere em verdadeira — e perniciosa — "complementaridade", *sc.*, em intervenção sucessiva posterior a uma apreciação operada pelo sistema estadual, que o Tribunal entenda, dentro da sua amplíssima margem de apreciação, não corresponder aos padrões que tem por adequados. Numa palavra, espera-se que a "subsidiaridade" não derive para a "suplementaridade".

(54) Assim, SHARON A. WILLIAMS, *cit.*, p. 384; cf. também os §§ 6.º e 10.º do Preâmbulo do Estatuto.

gação de entregar um cidadão se não quiser julgá-lo perante os seus tribunais⁽⁵⁵⁾. Esta proposição não é exacta.

Em primeiro lugar, porque o direito penal português não recobre — longe disso — a tipificação dos crimes previstos no Estatuto (*maxime* em matéria de crimes de guerra)⁽⁵⁶⁾, pelo que o princípio da universalidade e as restantes regras que definem a competência espacial da lei não são, por si sós, suficientes para estabelecer a competência da lei portuguesa para conhecer de todos os crimes descritos no Estatuto.

Em segundo lugar, não se desconhecendo a forte corrente de pensamento que clama pela imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, de que o lancinante *plaidoyer* de Jankélévitch⁽⁵⁷⁾ é porventura o exemplo mais impressionante, a verdade é que qualquer crime punido pelo direito português se encontra, na ausência de disposição legal especial, sujeito à prescrição⁽⁵⁸⁾ — ao invés do que sucede no Estatuto,

(55) O argumento, levado às suas últimas consequências, provaria demais: se a jurisdição do Estado Português fosse, como se pretende, totalmente sobreponível à jurisdição do Tribunal, e perante a cláusula expressa de intervenção subsidiária contida no art. 17.º do Estatuto, a ratificação do diploma por Portugal não teria qualquer utilidade, porque os tribunais nacionais garantiriam em qualquer caso a punição dos infractores; desta forma, a opção pela não ratificação do Estatuto seria logo a melhor solução, pois não permitiria a impunidade que com ele se pretende evitar e preservaria, do mesmo passo, a regra constitucional que proíbe a extradição em caso de aplicabilidade da pena de prisão perpétua.

(56) Notando o desfasamento entre as disposições do Estatuto e a generalidade das legislações penais em matéria de tipificação substantiva das infracções e referindo-se mesmo à “originalidade” dos arts. 7.º e 8.º do Estatuto, WILLIAM A. SCHABAS, *Human Rights Law Journal*, *cit.*, p. 160.

(57) VLADIMIR JANKÉLEVITCH, *Lo imprescritible*, Muchnik Editores, 1987.

(58) Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS (1993), § 1132, para quem, também *de jure dando*, a longa persistência da reprovação de certos crimes possui, “a partir de certo momento, o carácter da ‘memória histórica’, incapaz de fundar preventivamente a necessidade de punição”, que só poderia então fundar-se em “(illegítimas) necessidades ‘absolutas’ de punição, baseadas em sentimentos de vingança e de retribuição”. Recusando abertamente a imprescritibilidade de *qualquer* crime (embora partindo de diferente perspectiva, assente no valor da “paz jurídica”), também JOSÉ DE FARIA COSTA, *O direito penal e o tempo (algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)*, (estudo que serviu de base a uma intervenção oral na *Semana Jurídica Portuguesa em Santiago de Compostela*, 18-20 de Março de 2001, em vias de publi-

cujo art. 29.º impõe expressamente a imprescritibilidade de *todos* os crimes que caíam sob a jurisdição do Tribunal. Daqui decorre que o Estado Português pode não estar em condições de perseguir penalmente certo facto por força do decurso da prescrição — e esse obstáculo desencadeia a jurisdição do Tribunal⁽⁵⁹⁾.

Em terceiro lugar, parece olvidar-se que o Tribunal é soberano no estabelecimento da sua competência perante cada caso concreto,

cação; manuscrito gentilmente cedido pelo Autor). Convergindo na apreciação do direito vigente, mas em sentido diverso *de jure constituendo*, cf. todavia LOPES DA MOTA, *RMP*, Ano 20.º (1999), n.º 78, pp. 35 e s.

De acordo com WILLIAM A. SCHABAS, *Human Rights Law Journal*, *cit.*, p. 159, s., a imprescritibilidade dos crimes da jurisdição do Tribunal fluiria já da inexistência, no Estatuto, de normas reguladoras da prescrição, pelo que a regra contida no art. 29.º do Estatuto só teria sentido útil se se entender que se trata de uma imposição dirigida aos Estados para que a acolham nas suas ordens internas. Contudo, essa não parece ser a melhor interpretação: como o Autor aliás nota em outro local ([Comentário ao artigo 29.º], p. 524, *in*: OTTO TRIFFTERER (ed.), *cit.*; assim também LOPES DA MOTA, *ult. loc. cit.*), não existe unanimidade, no seio da comunidade internacional, relativamente à imprescritibilidade daqueles crimes, facto que se reflecte de forma notória no baixo índice de ratificação dos instrumentos internacionais que tentaram convenciona-la (Convenção da ONU de 1970 e Convenção do Conselho da Europa de 1974). Seria, por isso, surpreendente que os Estados signatários do Estatuto acordassem subitamente em assunto tão delicado no âmbito de um diploma que regula os poderes de uma *instituição internacional*, quando podem fazê-lo através da ratificação de convenções especificamente talhadas para o efeito. Assim, do meu ponto de vista, a regra da imprescritibilidade contida no art. 29.º não se dirige aos Estados Partes, antes visa tornar claro que o Tribunal não pode deixar de exercer a sua jurisdição em virtude da prescrição dos crimes nas ordens jurídicas estaduais — excluindo dessa forma eventuais procedimentos interpretativos que, como sucedeu já no passado com o caso *Eichmann*, pudessem tentar desenvolver-se para tal efeito.

(59) Neste preciso sentido, escreve WILLIAM A. SCHABAS ([Comentário ao artigo 29.º], p. 526, *in*: OTTO TRIFFTERER (ed.), *cit.*): “certainly on a purely practical level, statutory limitations in national law will be unable to shelter offenders. Should the national courts grant exceptions based on statutory limitation, the complementarity provisions of the Statute will grant the ICC jurisdiction. A State Party which allowed such an obstacle to a prosecution would, in effect, concede jurisdiction to the ICC”. Em sentido convergente, ANABELA RODRIGUES, *O Tribunal Penal Internacional...*, *cit.*

cabendo-lhe decidir da falta de capacidade ou de vontade das jurisdições estaduais em perseguir os infractores. E também aqui causa perplexidade a cândida fé que se deposita no Tribunal, como se fosse obra do divino, impermeável ao erro, ao abuso e à manipulação.

Por último, apesar de a jurisdição do Tribunal assumir expressamente um papel subsidiário em relação à jurisdição estadual, a regra de competência da lei portuguesa que encarna o princípio da universalidade (art. 5.º, n.º 1, al. b)) também considera a jurisdição portuguesa *subsidiária* em relação a outras jurisdições interessadas, pois requer, como pressuposto daquela competência, a *impossibilidade* de extraditar ⁽⁶⁰⁾ o agente. Desta forma, sempre que a competência da lei portuguesa se funde na regra citada (essa será, suponho, a situação mais frequente), e tratando-se de um indivíduo procurado pelo Tribunal, não é líquido que a lei portuguesa deva considerar-se competente para conhecer do facto. Sublinhe-se que o fundamento da cláusula de subsidiaridade prevista pelo art. 5.º, n.º 1, al. b), se aplica de forma exasperada aos casos em apreço: se o ordenamento nacional considera a sua competência para apreciar certos crimes praticados no estrangeiro como *puramente residual*, parece que esse raciocínio vale com força redobrada na presença de uma instituição propositadamente criada para conhecer *apenas* desses crimes.

b) Outro dos argumentos utilizados para desvalorizar a colaboração do Estado Português num procedimento de aplicação de uma pena de prisão perpétua efectiva sustenta que essa possibilidade em nada fere a “ordem interna”, pois trata-se de uma pena aplicada por uma jurisdição internacional — e não por um tribunal nacional —, que não será em caso algum executada pelo sistema penitenciário português.

Pois bem. Não questionarei a participação de Portugal na instituição do Tribunal em virtude do direito que a este assiste de aplicar uma pena de prisão perpétua. A convivência com a comunidade internacional obriga a um exercício reforçado de tolerância para com outras mundividências — o mesmo exercício que o Estado Português pratica diariamente ao sentar-se à mesa das Nações Unidas com representantes

⁽⁶⁰⁾ Sobre as relações entre extradição e entrega, *vd. infra*, III, 2.2., al. b).

de Estados que violam sistematicamente os direitos humanos; ou quando com eles merca bens e serviços. Coisa bem diversa é cooperar concretamente, através de uma decisão própria, com carácter constitutivo, num procedimento que pode culminar na aplicação daquela pena. E, neste ponto, o argumento referido entra definitivamente em crise. No plano moral, lembra irresistivelmente Pilatos — Portugal limita-se a entregar o objecto sobre o qual outros executarão a *sale besogne*. No plano jurídico, parece claro que a *garantia constitucional* ínsita no art. 33.º, n.º 5, da Constituição, sofre ofensa irremissível, que resulta particularmente chocante se, por hipótese, se tratar de um cidadão português, cuja extradição só é permitida dentro dos apertados requisitos previstos no art. 33.º, n.º 3.

Nem se diga que estes dispositivos constitucionais dizem respeito apenas à *extradição*, entendida como relação inter-estadual, e que, portanto, não abrangem a *entrega* de uma pessoa ao Tribunal. Com efeito, não se vê por que razão a proibição de extraditar em virtude da aplicabilidade da prisão perpétua, que leva a negar a cooperação com outros Estados, não deve incidir, ao menos por analogia ⁽⁶¹⁾, nas relações com o Tribunal: o fundamento da proibição não se altera em função da natureza da entidade requerente ⁽⁶²⁾. Uma vez mais, para clarificar o raciocínio: se estivesse em causa a pena de morte, quem sustentaria a inaplicabilidade da proibição constitucional em virtude de esta não se referir à entrega, mas tão-só à extradição?

c) Enfim, nada me impressiona o temor que a alguns inspira uma eventual não ratificação do Estatuto, por colocar Portugal ao lado de paí-

⁽⁶¹⁾ Refiro-me apenas às *garantias constitucionais* contidas nas normas citadas — não ao *regime* que permite excepcioná-las (reciprocidade e espécie de criminalidade perseguida), cuja transposição para as relações com o Tribunal não faria qualquer sentido. A anunciada ratificação do Estatuto implicará, de forma necessária, a criação de um regime autónomo que dê corpo às (novas) interrogações pretendidas.

⁽⁶²⁾ Em sentido oposto, mas escudando-se exclusivamente no argumento formal de que o Tribunal é uma soma de Estados e que não existe, portanto, uma relação inter-estadual na entrega (especialmente na entrega de nacionais), cf. WILLIAM A. SCHABAS, *Human Rights Law Journal*, *cit.*, p. 158.

ses “pouco recomendáveis”, que se recusam a cumprir os seus deveres para com a comunidade internacional. Por um lado, porque o sistema judiciário português não se prestaria, seguramente, a garantir a impunidade dos autores dos crimes previstos no Estatuto. Por outro lado, porque o importante aqui não é ficar em boa companhia — mas sim as razões que dela nos aproximam ou separam. Talvez valha a pena lembrar as palavras de Victor Hugo ⁽⁶³⁾, na carta que dirigiu a Pedro de Brito Aranha, datada de 15 de Julho de 1868, por ocasião da abolição da pena de morte, num momento em que quase todos os países civilizados a executavam: “non, il n’y a pas de petits peuples. Il y a de petits hommes, hélas! Et quelquefois ce sont ceux qui mènent les grands peuples. (...) Vous allez en avant, autrefois dans l’océan, aujourd’hui dans la vérité. Proclamer des principes, c’est plus beau encore que de découvrir des mondes”.

IV. A questão da formulação de uma declaração

1. É sabido que o Estatuto proíbe, no seu art. 120.º, a formulação de reservas. Mas também se sabe que a distinção entre reservas e declarações não é absolutamente clara ⁽⁶⁴⁾: veja-se, por exemplo, o teor da declaração da França, nomeadamente no que respeita à restrição do conceito de “armas” utilizado no art. 8.º do Estatuto, de forma a incluir apenas as armas convencionais e já não as nucleares.

Materialmente, a proibição da formulação de reservas colhe a sua justificação na tentativa de evitar a aceitação parcial do Estatuto, que poderia levar, em último termo, a esvaziar o Tratado de substância ⁽⁶⁵⁾ através de limitações aos poderes de investigação e cognição do Tribunal.

Perante estas preocupações, a questão das penas aplicáveis surge como claramente secundária. Assim, o facto de um Estado condicionar a sua colaboração com o Tribunal à não aplicação, no caso concreto,

⁽⁶³⁾ VICTOR HUGO, “Actes et paroles II — Pendant l’exil”, in: *Ecrits sur la peine de mort présentés par Raymond Jean*, nouv. édition, 1979, pp. 208 e s.

⁽⁶⁴⁾ Cf. GERHARD HAFNER, [Comentário ao artigo 120.º], pp. 1258 e s., in: OTTO TRIFFTERER (ed.), *cit.*

⁽⁶⁵⁾ *Id.*, *ibidem*, pp. 1256 e s.

da pena de prisão perpétua, não afecta o objectivo principal do Estatuto — fazer responder os autores dos crimes pelos seus actos —, mas tão-só limita o leque sancionatório ao dispor do Tribunal.

2. Creio, por isso, não ser impensável a formulação de uma declaração por parte de Portugal, no momento da aprovação do Estatuto, segundo a qual só entregará ao Tribunal um indivíduo contra a garantia de que não será aplicada, no caso, a pena de prisão perpétua. Esta garantia pode ser prestada pelo Tribunal, atendendo a que o Estatuto não prevê casos de aplicação obrigatória da dita pena, pelo que nada impede tal auto-limitação do poder punitivo no caso concreto. Acresce que esta declaração não impede a acção do Tribunal nem a condenação dos responsáveis, mas visa apenas garantir um padrão de direitos humanos mais elevado do que o consignado no Estatuto — em perfeita consonância, portanto, com os objectivos que levaram à sua elaboração.

A opção pela formulação da declaração tem ainda duas vantagens não despiciendas: por um lado, a ratificação do Estatuto passará a ser, neste ponto, conforme com a Lei Fundamental, evitando-se o procedimento *estranho* que consiste em alterar a Constituição para a adaptar às convenções internacionais, procedimento que só deve adoptar-se, segundo creio, perante uma manifestação inequívoca da comunidade política (e não só dos seus representantes) no sentido de alterar determinada estrutura constitucional em função de exigências de uma comunidade trans-estadual (como sucedeu, *v. g.*, no processo de adesão à Comunidade Europeia); por outro lado, a posição de Portugal pode ter um efeito multiplicador e vir a reflectir-se na concepção das Regras de Procedimento e Prova, ou, mesmo, em futuras revisões do Estatuto, através da consagração expressa de uma cláusula de aplicação genérica com esse sentido. E a candeia portuguesa, indo à frente, alumiará mesmo duas vezes: uma para dentro — reafirmando internamente a recusa da prisão perpétua —, outra para fora — convidando a comunidade internacional a aboli-la.

3. É certo que se corre o risco de que a declaração proposta venha a ser considerada como uma reserva (proibida) e, em consequência,

nula ⁽⁶⁶⁾. Por isso, creio que deve ser formulada com o sentido inequívoco de que dela depende a adesão de Portugal ao Tratado, de maneira a tornar claro que a sua eventual invalidade se reflecte no próprio acto de ratificação, devendo o Estado Português, nesse caso, considerar-se desobrigado perante o Estatuto ⁽⁶⁷⁾.

Aliás, ao contrário do que por vezes se afirma, a não adesão ao Estatuto não significa um total alheamento do Estado Português dos problemas que a instituição do Tribunal visa resolver. Portugal pode continuar a cumprir as suas obrigações perante a comunidade internacional, exercendo o seu *jus puniendi* nos casos admitidos por lei ⁽⁶⁸⁾ e, mesmo, colaborando com o Tribunal em casos concretos, de acordo com o disposto no art. 87.º, n.º 5, do Estatuto, com base num convénio *ad hoc* ou acordo que deverá, evidentemente, incluir a impossibilidade de aplicação da prisão perpétua.

V. Conclusão

1. A exposição anterior permitiu, segundo julgo, firmar os seguintes pontos:

- a) Portugal tem uma tradição humanista no que respeita à concepção do seu sistema sancionatório, onde se enquadra a recusa secular da pena de prisão perpétua; a intensidade das razões dessa recusa molda também a ordem pública internacional do Estado Português no domínio da extradição.
- b) Do ponto de vista da ordem pública internacional do Estado Português, nenhuma razão existe para distinguir a entrega ao Tribunal da extradição para outro Estado.

⁽⁶⁶⁾ Sobre o problema da invalidade de uma reserva e suas possíveis soluções, *vd. últ. op. cit.*, p. 1262.

⁽⁶⁷⁾ No sentido de que Portugal não deve assumir a obrigação de entregar ao TPI alguém que possa ter de cumprir uma pena de prisão perpétua — ainda que isso implique, em definitivo, a recusa de ratificação do Estatuto —, porque “não se pode defender a humanidade negando-a”, também ANABELA RODRIGUES, *O Tribunal Penal Internacional...*, *cit.*

⁽⁶⁸⁾ Vale a pena recordar que a instituição do Tribunal deve-se, principalmente, à relutância dos Estados em exercerem o seu *jus puniendi* segundo a regra da universalidade: cf. WILLIAM A. SCHABAS, *Human Rights Law Journal*, *cit.*, p. 160.

- c) Se ratificar o Estatuto de Roma nos seus exactos termos, Portugal assumirá o compromisso de entregar ao Tribunal cidadãos, eventualmente portugueses, que poderão vir a ter de cumprir integralmente uma pena de prisão perpétua, em contravenção substancial com o disposto no art. 33.º, n.º 5, da Lei Fundamental.
- d) A preservação do legado humanista do sistema sancionatório português e o respeito pela Constituição impõem que o Estado Português, querendo ratificar o Estatuto, formule uma declaração no sentido de que só entregará um indivíduo ao Tribunal contra a garantia de que não lhe será aplicada uma pena de prisão perpétua, condicionando a sua participação à aceitação dessa declaração.

2. O procedimento de aprovação e ratificação do Estatuto, bem como a aprovação das alterações à Constituição que necessariamente há-de precedê-lo, exigirão a intervenção de vários órgãos de soberania. Espera-se que cada um assumam, com clareza, as suas responsabilidades. Seja-me permitido recordar, a propósito, as palavras do deputado Elias Garcia ⁽⁶⁹⁾ ao imaginar o que seria o discurso de Passos Manuel perante a abolição da prisão perpétua: “já contribuí para se abolir o cadafalso político, e estremeci pelo meu paiz, e estremeci por alguns homens que se sentavam n’essas cadeiras, quando elles hesitaram na abolição”.

Como cidadão de um Estado instituinte do Tribunal, assiste-me o direito de protestar contra a colaboração de Portugal em procedimentos de que pode resultar a aplicação, em meu nome, de uma pena de prisão perpétua.

E de assim, nos limites deste fraco testemunho, preservar as mãos limpas.

⁽⁶⁹⁾ *Diario das Sessões da Câmara dos Deputados*, 22 de Abril de 1884, p. 1178.