

ESTUDOS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES À PENA DE MORTE

Huang Xiaoliang

*Professor Associado, Centro de Estudos de Direito Penal Chinês, Instituto de Ciências
Criminais, Universidade Normal de Pequim, RPC¹*

Resumo

A política criminal da RPC passou por um processo de desenvolvimento por si mesmo, da qual a maior parte já obteve reconhecimento na Constituição, exercendo, por conseguinte, influência sobre a política da pena de morte. No entanto, por razões históricas, o surgimento da política da pena de morte e a sua aplicação não foram de vento em popa. Ponderar sobre o grande papel desempenhado pelo princípio de Estado de Direito e direitos humanos sobre a pena de morte sob a conjuntura da situação jurídica corrente do nosso país ajuda a determinar a base constitucional da política de restrição à pena de morte. E a realização da política de restrição à pena de morte também depende da perspectiva e dimensão constitucional. A imposição da restrição pelo Estado sobre o seu próprio poder de aplicação da pena de morte tanto pode ser activa como pode ser passiva, mas quer uma quer outra são indispensáveis para a realização da política de restrição à pena de morte. E isto também é a forma activa através da qual se concretizam os princípios do Estado de Direito e da protecção dos direitos humanos.

A Constituição é a lei fundamental de um país, sendo caracterizada pela sua fundamentalidade e orientação. Os princípios nela consagrados são bases de

1 Secretário-Geral Adjunto do Instituto de Ciências Criminais da China, Vice-Presidente do Instituto de Estudos de Política Jurídica da Secção II da Procuradoria Popular de Pequim

elaboração das leis ordinárias que lhes dão concretização². Para o Direito Penal, os diversos regimes nele vigentes não podem deixar de basear-se na Constituição. O Código Penal da RPC estabelece expressamente no seu artigo 1.º que a base da sua elaboração é a Constituição. Contudo, são poucas as doutrinas que abordam a questão da pena de morte no Interior da China partindo da perspectiva da Constituição e, mesmo as existentes, giram principalmente em torno da abolição da pena de morte, discutindo a questão fundamental da sua constitucionalidade, e raramente versam sobre as restrições à pena de morte. A questão de restrições à pena de morte tem a ver com as limitações do poder legislativo e do poder judicial do Estado, estando intimamente ligada a progressos que a China obteve em matéria de direitos humanos e ao desenvolvimento da justiça criminal da China, razão pela qual tem um valor teórico e um sentido prático extremamente importante, merecendo assim um estudo aprofundado.

I. Itinerário de Evolução da Política de Restrições à Pena de Morte no Interior da China

1. A fase inicial ou germinal da política de restrições à pena de morte no Interior da China

A argumentação do Sr.º Mao Tse-Tung sobre a pena de morte exerceu, durante um período bastante longo após a fundação da RPC, uma influência significativa na política da pena de morte no Interior da China. Mao Tse-Tung admitiu que a pena de morte tem uma função positiva, razão pela qual ele posicionou-se firmemente contra a sua abolição. Contudo, salientou, por outro lado, que tem de se proibir a aplicação arbitrária da pena de morte, só devendo a mesma ser aplicada às pessoas “*que realmente tenham causado morte ou que praticado condutas criminosas de forma tão graves que só a aplicação da pena de morte pode aplacar a indignação popular*”, e em relação às pessoas que cometeram crimes puníveis com a pena de morte, tem de ser suspensa a execução da pena de morte durante dois anos, e substituir a pena de morte por trabalho forçado, para ver o seu respectivo efeito³. Há pessoas que entendem que, no fundo, o pensamento de Mao Tse-Tung pode ser resumido em “*matar menos e matar prudentemente*”⁴. Nós concordamos com esta opinião. Na altura, o Estado também

2 Núcleo pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade do Povo da RPC, *Lições da Constituição da RPC*, Pequim, Editora da Universidade do Povo da RPC, 1988, p. 223.

3 Mao Tse-Tung, *Sobre a Repressão dos Contra-Revolucionários*, in *Coletânea dos Textos de Mao Tse-Tung*, Volume VI, Pequim, Editora do Povo, 1999, p. 122.

4 Zhao Bingzhi, *Uma Abordagem sobre a Reforma da Pena de Morte*, Pequim, Editora de Direito,

se esforçou para introduzir a aplicação da pena de morte no âmbito da vinculação das leis. Isto podemos constatar através da Resolução do CNP de que os Casos de Pena de Morte Têm Que Ser Julgados ou Homologados pelo Supremo Tribunal Popular, aprovado em 15 de Julho de 1957. Decidiu-se nesta resolução que todas as causas criminais onde se envolve a pena de morte têm que ser julgados ou homologados pelo Supremo Tribunal Popular.

O mais louvável é que, tanto o Partido Comunista, como o Estado salientaram que a elaboração e a aplicação de disposições relativas à pena de morte tinham que estar em conformidade com as previsões e o espírito da Constituição. O Regulamento sobre a Punição dos Contra-Revolucionários indicou expressamente no seu artigo 1.º que o mesmo foi elaborado de acordo com o artigo 7.º do Programa Comum da Conferência Consultiva Política do Povo Chinês, e o dito Programa Comum era um documento programático que definia os sistemas político e jurídico básicos da altura, razão pela qual era considerada como uma Constituição provisória⁵. Na nota de esclarecimento sobre a elaboração deste regulamento, o Sr. Peng Zhen chegou a indicar que, o mesmo representa uma concretização da política de *“combinação entre a punição e a benevolência”* consagrada no artigo 7.º do Programa Comum⁶. Isto reflecte de forma suficiente a referida política de *“matar menos e matar prudentemente”* formulada por Mao Tse-Tung, isto é, concretizar a política criminal de *“combinação entre a punição e a benevolência”* na aplicação da pena de morte. Mais tarde, a 1.ª Legislatura do CPN aprovou em 20 de Setembro de 1954 a Constituição da República Popular da China, cujo artigo 19.º corresponde exactamente ao artigo 7.º do referido Programa Comum, e tanto o Partido (Comunista) como o Estado mantiveram a sua posição já anteriormente assumida. Tal como foi referido pelo Sr.º Mao Tse-Tung, *“doravante, a repressão dos contra-revolucionários deve seguir o princípio de ‘menos capturas e menos matanças’”*⁷. No entanto, a meu ver, durante um período de tempo bastante longo, o Partido e o Estado deram ênfase apenas em *“menos matanças”*, isto é, em aplicação limitada da pena de morte, e não formularam formalmente a questão de restrições à pena de morte, pelo que, quando muito, pode ser considerado como a fase inicial ou germinal da política de restrições à

2006, p. 57.

5 Ma Ling, *O Carácter Programático e Constitucional do Programa Comum*, in *Revista Tribuna de Ciências Políticas*, n.º 1 do ano 2010.

6 Peng Zhen, *Relatório sobre a Questão de Repressão das Actividades Desenvolvidas pelos Contra-revolucionários e a Punição dos Contra-revolucionários*, in Gao Mingxuan e Zhao Bingzhi, *O Panorama dos Elementos Documentais da Legislação Penal da RPC*, Editora Universidade da Segurança Pública Popular, China, 1998, p. 104.

7 Mao Tse-Tung, *Sobre as 10 Grandes Relações*, in *Colectânea dos Textos de Mao Tse-Tung*, Volume VII, Pequim, Editora do Povo, 1999, p. 37.

pena de morte do Interior da China.

2. O aparecimento e o afastamento da política de restrições à pena de morte

O Código Penal de 1979, enquanto primeiro Código Penal chinês após a fundação da RPC, consagrou nos seus artigos 43.º - 47.º o regime da pena de morte, tendo estabelecido, nos 19 artigos dispersos na Parte Especial, um total de 28 crimes puníveis com a pena de morte. O Sr. Peng Zhen chegou a pronunciar-se sobre essa situação, dizendo que o Interior da China deve fazer todo o esforço para reduzir a frequência de aplicação da pena de morte, evitando assim a ocorrência de julgamentos injustos, falsos e errados⁸. Também há pessoas que defendem que o Código Penal de 1979 determina a aplicação da pena de morte apenas a crimes de extrema gravidade, e não está previsto no Código Penal um único crime de pena de prisão absoluta (crimes em relação aos quais a lei estabelece uma única pena que é a pena de morte), o que reflectiu claramente o pensamento legislativo de *“aplicação prudente da pena de prisão”*⁹. As doutrinas também são unânimes no sentido de que, no fundo, a política da pena de morte no Interior da China é a de limitar rigorosamente a sua aplicação sob o pressuposto de manter este regime¹⁰. Assim sendo, a nossa opinião é a de que, o regime da pena de morte previsto no Código Penal de 1979 reflectiu uma boa concretização da política criminal de *“combinação entre a punição e a benevolência”* consagrada no artigo 1.º deste Código, ou melhor dizendo, este preceito legal concretizou a política de *“matar menos e matar prudentemente”* através da consagração da política criminal de *“combinação entre a punição e a benevolência”*¹¹.

No entanto, esta situação foi rapidamente influenciada e abalada pelas actividades de elaboração de outras leis penais. O Comité Permanente do Congresso Nacional Popular da PRC aprovou em 10 de Junho de 1981 a Decisão sobre a Questão de Homologação da Pena de Morte, delegando o poder de homologação da pena de morte em determinadas causas criminais aos diversos

8 Peng Zhen, *Esclarecimento sobre 7 Projectos de Lei*, in Gao Mingxuan e Zhao Bingzhi, *O Panorama dos Elementos Documentais da Legislação Penal da RPC*, Editora Universidade da Segurança Pública Popular, China, 1998, p. 558.

9 Zhao Bingzhi, *Uma Abordagem sobre a Reforma da Pena de Morte*, Pequim, Editora de Direito, 2006, p. 16.

10 Zhao Bingzhi e Wu Zhenxing, *Teoria Geral do Direito Penal*, Pequim, Editora do Ensino Superior, 1993, p. 557.

11 Gao Mingxuan, Wang Zuofu, *Teoria e Prática do Direito Penal da Nova China*, Shi Jiazhuang, Editora do Povo da Província He Bei, 1988, p. 58.

tribunais superiores populares. Por outro lado, vem sendo criados vários novos crimes puníveis com a pena de morte mediante o direito penal substantivo, e adoptadas várias medidas legislativas através das quais se alargou o âmbito de aplicação da pena de morte, nomeadamente: 1) até Setembro de 1997, o número dos crimes puníveis com a pena de morte previstos no Código Penal e nas leis penais avulsas atingiu 71, aumentando assim significativamente a sua percentagem representada na totalidade dos crimes; 2) foram acrescentados em leis penais avulsas disposições sobre a agravação de penas e a imposição de pena de morte quando se verificarem “circunstâncias agravantes”, violando em certa medida o princípio da tipicidade. Por outro lado, na prática judicial, também falta um critério unânime para a aplicação da pena de prisão, sendo que em muitas localidades os órgãos judiciais adoptam um critério bastante menos exigente para a sua aplicação. Por isso, quer na legislação, quer na prática judicial, verificou-se uma tendência de aplicação de penas mais severas e de preferência à pena de morte. Face a esta mudança, há pessoas que defendem que a política da pena de morte da China passou de *“matar menos e matar prudentemente”* para *“preferência à pena de morte em relação aos agentes que tenham cometido crimes graves”*, o que na realidade reforçou o recurso à pena de morte, ocorrendo até eventualmente situação de abuso da pena de morte¹². Obviamente, a prática judicial de aplicação da pena de morte no Interior da China neste período já se livrou da vinculação das referidas políticas criminais da *“combinação entre a punição e a benevolência”*, e contrariou também a política de *“matar menos e matar prudentemente”*.

3. A recuperação e o retorno da política de restrições à pena de morte

De uma perspectiva objectiva, o Código Penal de 1997 fez uma arrumação e integração de todos os crimes puníveis com a pena de morte previstos nos códigos e leis penais avulsas anteriores a Setembro de 1997, tendo reduzido o número dos crimes e imposto exigências mais rigorosas para a aplicação da pena de morte. Porém, também há pessoas que entendem que o Código Penal de 1997 estabeleceu muitas penas de morte para crimes económicos e crimes praticados no exercício de funções, e apesar de aparentemente o número dos crimes puníveis com a pena de morte ter sofrido uma redução, certo é que o aumento do número dos crimes de pena de morte alternativa (crimes em relação aos quais a lei estabelece várias formas alternativas de execução ou vários objectos de protecção) e a existência de crimes de pena de morte absoluta (crimes em relação aos quais a lei estabelece uma única pena que é a pena de morte) fazem com que essa redução aparente venha

12 Hu Yunteng, *Teoria Geral da Pena de Morte*, Pequim, Editora da Universidade da Ciência Política e de Direito, 1995, p. 170.

a perder sentido. Por este motivo, dificilmente podemos afirmar que o Código Penal Chinês de 1997 adoptou uma atitude de restrição em relação à aplicação da pena de morte, ou que ele deu uma boa concretização à política criminal de “*menos matança*”¹³. Este problema revela-se ainda mais evidente na questão de homologação da pena de morte. Apesar de estar previsto no artigo 48.º, n.º 2, do Código Penal de 1997 que, salvo as sentenças do Supremo Tribunal Popular, todas as restantes decisões judiciais que determinam a aplicação da pena de morte têm que ser homologadas pelo Supremo Tribunal Popular, a verdade é que durante cerca de 10 anos após a entrada em vigor deste Código Penal, o poder de homologação da pena de morte ainda está na mão dos tribunais superiores populares (que são tribunais de nível mais alto de cada província). Na prática judicial, a aplicação de pena de morte também não tem um critério unânime, sendo ainda muito frequente a situação de abuso da pena de morte. Por exemplo, em Agosto de 2003, na campanha de “*combate duro à criminalidade*”, o Tribunal Superior Popular de Pequim, com o objectivo de assegurar uma rigorosa aplicação do direito e garantir a qualidade dos julgamentos, verificou, na revisão dos processos, que houve 35 pessoas cujas penas de morte deviam ser suspensas na execução. Por este motivo, na nossa opinião, apesar de o Código Penal chinês de 1997 ter conseguido um avanço significativo no que concerne à redução e restrição da pena de morte, certo é que a política criminal de “*matar menos e matar prudentemente*” não foi muito bem concretizada, a qual ainda se encontrava, durante a vigência deste código, numa fase de recuperação.

A situação acima referenciada sofreu uma mudança com o surgimento da política criminal de “*combinação entre a misericórdia e a severidade*”. A exigência própria do desenvolvimento social fez nascer esta política, a qual veio a substituir gradualmente a anterior política de “*combinação entre a punição e a benevolência*”, passando a tornar-se a política fundamental da justiça criminal no Interior da China¹⁴. No entanto, no início da vigência da política de “*combinação entre a misericórdia e a severidade*”, nem o sector teórico nem o sector prático se pronunciaram sobre a relação entre ela e a política da pena de morte. Por exemplo, as *Diversas Opiniões sobre a Concretização da Política Criminal de Combinação entre a Misericórdia e a Severidade nas Actividades Desevolvidas pelas Procuradorias* publicadas pela Suprema Procuradoria Popular em 28 de Dezembro de 2006 nem sequer têm disposições expressas sobre a questão de aplicação da pena de morte. Nem a Decisão sobre o Exercício Exclusivo do Poder da Homologação da Pena de Morte publicada

13 Guo Lirong, *Análise sobre a Situação Actual da Política da Pena de Morte do Interior da China*, in *Revista Criminal Law Review*, Volume XIII, Pequim, Editora de Direito, 2006, p. 232.

14 Zhao Bingzhi, *Sobre a Relação entre a Política Criminal de Combinação entre a Misericórdia e a Severidade e a Interpretação do Direito Penal*, in *Jornal da Universidade de Economia e Direito de Henan*, n.º 2 de 2008.

pelo Supremo Tribunal Popular em 28 de Dezembro de 2006 se debruçou sobre a função orientadora da política de combinação entre a misericórdia e a severidade. No entanto, há opiniões proferidas por pessoas que participaram na elaboração desta decisão que apontam no sentido de que a avocação do poder de homologação da pena de morte ao Supremo Tribunal Popular é mesmo uma concretização da política criminal de “*combinação entre a misericórdia e a severidade*”¹⁵. É lamentável que este autor não tenha avançado mais nesta questão. E foram os penalistas que deram o primeiro passo, abordando a questão a nível teórico. O Prof. Zhao Bingzhi indicou, num dos seus estudos, que deve aproveitar bem o regime de suspensão na execução de penas, para concretizar a política criminal de combinação entre a misericórdia e a severidade¹⁶. Depois, cada vez mais juristas se debruçaram sobre a questão de como realizar a política da pena de morte de “matar menos e matar prudentemente” baseando na política de combinação entre a “misericórdia e a severidade”, chegando gradualmente ao consenso de que a política criminal fundamental de combinação entre a “misericórdia e a severidade” é capaz de desempenhar, na prática judicial, a função de restrição à aplicação da pena de morte.

II. A Base Constitucional da Política de Restrições à Pena de Morte

Da análise acima oferecida podemos concluir que, diferentemente do que sucede com uma série de leis penais avulsas, tais como o Regulamento da Repressão dos Contra-revolucionários elaboradas durante os primeiros anos da RPC, a política criminal de “*combinação entre a punição e a benevolência*” consagrada no artigo 1.º do Código Penal de 1979 não tem o seu fundamento directo na Constituição, uma vez que, a política criminal que estava prevista no artigo 18.º da Constituição de 1978 era a de “*combinação entre a repressão e a benevolência*”, ao passo que a Constituição de 1982 nem sequer referiu a política criminal no Interior da China. Diferentemente do que acontece com as leis penais avulsas acima referenciadas e com o Código Penal de 1979, o Código Penal de 1997 não se referiu no seu artigo 1.º sobre a política criminal básica, e as diversas emendas à Constituição também não dedicaram estipulações directas sobre o regime da pena de morte, nem estabeleceram qualquer reacção à política de restrições à pena de morte. Assim, ficamos com impressão de que falta à

15 *A Competência de Homologação da Pena de Morte Foi Devolvida ao Supremo Tribunal Popular Como Programada, e o Supremo Tribunal Popular Apela por Uma Aplicação Suficiente do Regime de Suspensão na Execução da Pena de Morte*, in *Jornal China Business News*, Edição de 29 de Dezembro de 2006.

16 Zhao Bingzhi, *A Justiça Criminal Chinesa no Contexto da Política Criminal de Combinação entre a Misericórdia e a Severidade*, in *Jornal da Universidade de Nanchang (Edição das Ciências Humanas)*, n.º 1 do ano 2007.

política de restrições à pena de morte uma base constitucional necessária. No entanto, a nosso ver, o que falta não é a base constitucional, mas sim uma análise aprofundada sobre esta mesma base.

1. O princípio do Estado de Direito como a base da política de restrições à pena de morte

A 2.^a Sessão Plenária da 9.^a Legislatura da CNP aprovou em 15 de Março de 1999, o Projecto de Revisão da Constituição da República Popular da China, tendo acrescentado no seu artigo 5.^o um novo número cujo teor consiste no seguinte: “*a República Popular da China administra o país segundo as leis, construindo um país de legalidade socialista*”. Na realidade, já cerca de um ano antes, “*construir um país de legalidade socialista*”, como uma das políticas básicas do Estado, já tinha sido estabelecida pelo Partido Comunista como princípio da governação do país aquando da realização da 15.^a Legislatura da CNP em Setembro de 1997. Como uma política básica do Estado, o princípio de “*governação do país segundo as leis*” (ou do Estado de Direito) tem um sentido extremamente importante para a construção e desenvolvimento do socialismo com características chinesas, visto que ela significa que o Partido e o Estado já começaram a ter a preocupação de colocar o exercício do poder estatal no âmbito da vinculação das leis, e de regular a relação entre o poder estatal e os direitos dos cidadãos a nível constitucional e legal, o que está em conformidade com a essência da justiça material moderna¹⁷. Não obstante, é de notar que, o princípio de “*governação do país segundo as leis*” consagrado na Constituição não é uma coisa divina que fica longínqua à vida dos comuns, antes pelo contrário, ele tem uma relação muito estreita com a vida das pessoas, exercendo influência sobre cada um dos sujeitos desta sociedade. “*Se olharmos a situação a partir da perspectiva da estratégia e do caminho de realização, temos que dizer que, administrar o país segundo as leis significa regular as relações recíprocas entre todos os sujeitos de uma comunidade política por meio da Constituição e das leis*”¹⁸, ou colocar o exercício do poder estatal sobre os direitos dos cidadãos e a reacção destes contra aquele no âmbito da vinculação das leis. No entanto, geralmente falado, a Constituição e o princípio de “*governação do país segundo as leis*” nela consagrado focam-se maioritariamente na regulação e limitação do poder estatal, a fim de que este possa ser exercido racionalmente no contexto de um Estado de Direito, garantindo assim a protecção

17 Deng Lianfan, *Administrar o país segundo a Constituição: a essência do princípio do Estado de Direito*, in *Jornal da Universidade de Wuhan* (edição das ciências sociais), n.º 5 do ano 2004.

18 Yu Zhong, *O Princípio do Estado de Direito como Uma Política: a interpretação política da ideia do Estado de Direito Socialista*, in *Jornal da Universidade de Yantai* (edição das ciências sociais), n.º 3 do ano 2012.

dos direitos dos cidadãos¹⁹.

Por conseguinte, no contexto da ideia de um Estado de Direito, o poder legislativo e o poder judicial também devem ser vinculados, assim como o poder de criação e de aplicação da pena de morte do Estado. Mas a verdade é que, até agora, poucos juristas partem do princípio do Estado de Direito para analisar a questão da aplicação da pena de morte. Qual será a sua razão? A meu ver, provavelmente isto tem a ver com o facto de o princípio de tipicidade já estar expressamente previsto no Código Penal de 1997, e quer o regime da pena de morte previsto na Parte Geral do Código Penal, quer as normas concretas relativas à pena de morte constantes da Parte Especial preencheram as exigências da certeza e de clareza do princípio da tipicidade, o que torna desnecessária a abordagem da questão de limitações à pena de morte a partir da perspectiva do princípio do Estado de Direito. Porém, este entendimento não merece a nossa concordância. Tal como se referiu atrás, a consagração do princípio da “governança do país segundo as leis” (ou do Estado de Direito) na Constituição revelou a vontade do Estado no sentido de limitar o seu próprio poder. E esta limitação ao poder tem que incidir sobre todos os aspectos e não apenas alguns deles. O poder de aplicação da pena de morte também não pode ser excepção. Portanto, no que concerne à regulação das relações sociais, o Estado deve fazer todo o esforço para evitar o recurso ao Direito Penal; em relação à repressão das condutas danosas à sociedade, os órgãos legislativos do Estado devem evitar a imposição da pena de morte; e nos casos em que se prevê a pena de morte, os órgãos judiciais têm que evitar, até ao máximo, a sua aplicação, isto é, tem que persistir no princípio de “*menos matança*”. E isto também está conforme ao princípio de intervenção mínima do Direito Penal²⁰, o que, segundo alguns juristas, é também a exigência básica de um Estado de Direito²¹. Nesta situação, analisar a questão de como reduzir a aplicação da pena de morte com base no princípio de intervenção mínima do Direito Penal está conforme ao princípio do Estado de Direito. Em outras palavras, a proclamação pela política de limitações à pena de morte tem fundamento jurídico necessário, quer no presente, quer no futuro.

2. Os direitos humanos como a base da política de restrições à pena de morte

- 19 Deng Lianfan, *Administrar o país segundo a Constituição: a essência do princípio do Estado de Direito*, in *Jornal da Universidade de Wuhan* (edição das ciências sociais), n.º 5 do ano 2004.
- 20 Chen Xingliang, *A Construção dos Valores no Direito Penal*, Pequim, Editora da Universidade de Ciências Políticas e Jurídicas da China, 1998, p. 353.
- 21 Han Deming, *Sobre o Princípio de Intervenção Mínima do Direito Penal: a observação do princípio no contexto de novo liberalismo*, in *Jornal do Instituto Policial de Jiang Su*, n.º 3 do ano 2004.

No Interior da China, o reconhecimento dos direitos humanos passou por um processo complicado. Porém, na realidade, desde 1990, os cidadãos já tiveram uma atitude positiva e proteccionista sobre os direitos humanos²². A Sessão Plenária da 9.^a Legislatura do CNP aprovou em 14 de Março de 2004 o Projecto da Revisão da Constituição da RPC, acrescentando no seu artigo 33.º um novo número cujo teor consiste no seguinte: “*o Estado respeita e protege os direitos humanos*”. Assim, com a criação desta norma, a protecção dos direitos humanos passou a ser um princípio constitucional, tornando-se a base da elaboração e aplicação de diversos regimes no Interior da China, fornecendo um fundamento normativo directo para a análise da questão da abolição da pena de morte. Deve dizer-se, portanto, que isto também está em conformidade com a essência e o sentido real dos direitos humanos. Tal como acontece com o Protocolo Adicional n.º 6 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o qual partindo da perspectiva dos direitos humanos, apela pela abolição completa da pena de morte entre os Estados membros. Em 31 de Dezembro de 1985, a França ratificou esta Convenção, realizando cabalmente a abolição da pena de morte na sua legislação. Assim, os direitos humanos já se tornaram o instrumento mais eficaz através da qual as pessoas lutam pela abolição da pena de morte²³.

No entanto, em relação à questão de saber se a pena de morte contraria os direitos humanos, há duas opiniões diametralmente opostas. Há pessoas (isto é, pessoas que apelam à revogação da pena de morte) que entendem que a resposta é afirmativa, em virtude das seguintes razões: 1) o poder do Estado é legítimo, pelo que o poder de aplicar a pena de morte, como uma espécie de poder punitivo derivado do poder estatal, também tem a sua legitimidade, a qual resulta do consentimento do povo; 2) o direito à vida não é um direito absoluto; 3) as convenções internacionais não apelam à abolição da pena de morte²⁴. É inegável que esta opinião tem certa razão. Mesmo naqueles países em que subsiste a pena de morte (por exemplo, a Coreia do Sul), a mesma também não é considerada como uma punição cruel, ou como uma punição violadora dos direitos humanos²⁵.

22 Yu Zhong, *O Contexto Chinês da Revisão Constitucional: o Estudo Empírico sobre os 4 Projectos de Revisão da Constituição*, in *Revista Theory and Reform*, n.º 4 de 2010.

23 Zhao Bingzhi, *O Relatório de Investigação da Reforma da Pena de Morte*, Pequim, Editora de Direito, 2007, p. 216.

24 Chen Yonghong, *Uma Teoria Errada: A Pena de Morte Contraria os Direitos Humanos – encarar a questão da pena de morte partindo da perspectiva constitucional*, in *Revista Law Review*, n.º 6 do ano 2006.

25 Zhao Bingxuan, *A Abolição da Pena de Morte Está Entre a Esperança e a Desilusão – análise da questão da pena de morte da Coreia do Sul*, in *Revista Law Science Magazine*, n.º 5 do ano 2011.

Sem intenção de negar a razoabilidade intrínseca destas afirmações, queríamos chamar a atenção para uma questão, isto é, estas opiniões focaram a sua atenção meramente num determinado período de tempo para analisar a relação entre a pena de morte e os direitos humanos, faltando-lhes, portanto, uma atitude aberta. Ora, podemos confrontar estas opiniões com várias sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal dos EUA. De entre todas as sentenças do Supremo Tribunal dos EUA sobre a pena de morte, ressalta aquela proferida em 1972, na qual, apenas dois dos juízes (Brennan, Stewart) entenderam que a pena de morte “negou a dignidade humana”, e “abandonou o humanitarismo”, enquanto que os outros juízes foram da opinião de que não se pode comprovar a função desta pena, e ainda por cima se verificam situações de injustiça na aplicação, pelo que a pena de morte é uma “pena cruel e extraordinária”; depois, na sentença proferida em 1976, os juízes não só entenderam que a pena de morte não é inconstitucional, como ainda estabeleceram “padrões de decência que marcam o progresso de uma sociedade madura” (*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*) para determinar se a pena de morte é uma “pena cruel e extraordinária”²⁶, adoptando assim uma posição aberta. Analisadas as sentenças proferidas por este supremo tribunal em 2002 e 2005, podemos verificar que, o que este defende é a “inconstitucionalidade das penas de morte aplicadas em desconformidade com o procedimento legítimo”, significando isto que o Supremo Tribunal dos EUA adoptou uma política de abolição progressiva da pena de morte.

Em nosso entender, esta última perspectiva de olhar as coisas é plausível. Ela não partiu apenas das circunstâncias temporárias para afirmar arbitrariamente que a pena de morte representa um afastamento ou violação aos direitos humanos, e antes pelo contrário, partiu de uma perspectiva evolutiva para concluir que seria mais legítimo e correcto suprimir gradualmente o regime da pena de morte através da elevação incessante da consciência dos cidadãos sobre os direitos humanos. Considerando a situação actual no Interior da China, não vale a pena perder demasiado tempo para discutir se a pena de morte viola os direitos humanos e se o direito à vida é absoluto. Antes pelo contrário, seria uma boa solução se nós contornássemos essas questões e admitíssemos que o problema seria devidamente resolvido com a evolução da sociedade e a elevação do nível da civilização. No entanto, merece uma referência que, no fundo, esta linha de raciocínio continua a consistir em colocar a questão da pena de morte no quadro da perspectiva dos direitos humanos para limitar o poder de aplicação da pena de morte do Estado. Presentemente, no pressuposto de manter o regime de pena de morte previsto no Código Penal, a prática de reduzir o número de crimes puníveis com a pena de

26 Wang Yuye, *Uma Abordagem sobre a Pena de Morte nos Países Europeus e nos EUA*, Tai Bei, Editora Angel Publishing CO. Ltd, Agosto de 2010, p. 122-123.

morte e impor exigências mais rigorosas aos critérios da sua aplicação não só está conforme com o espírito constitucional da protecção de direitos humanos, como ainda é uma medida necessária para promover o respeito pelos direitos humanos e para uma melhor protecção dos mesmos. Por este motivo, dizemos que a política de restrições à pena de morte está conforme com o espírito constitucional de protecção de direitos humanos.

III. A Via Constitucional da Realização da Política de Restrições à Pena de Morte

Analisar o fundamento legítimo da política de restrições à pena de morte partindo da perspectiva da Constituição ajuda a integrar esta política no quadro do constitucionalismo, e encontrar bases mais sólidas para a mesma. Todavia, isto não significa que o problema já esteja resolvido. No que concerne à questão de saber como concretizar a política de restrições à pena de morte, temos ainda de procurar o caminho mais adequado. A nosso ver, este caminho consiste em limitar o poder da aplicação da pena de morte do Estado.

Regular e supervisionar da melhor forma o poder estatal é essencial para a construção de um Estado de direito socialista²⁷. Daí se vê que, a diferença entre a “governança do país segundo as leis” e a “governança pelas pessoas” consiste em que, naquela, o poder do Estado encontra-se vinculado e limitado pelas leis. Assim e naturalmente, a essência da justiça criminal é a limitação do poder criminal do Estado. Ora, o poder de aplicação da pena de morte, como conteúdo do poder criminal, não escapa naturalmente a esta limitação. As limitações ao poder de aplicação da pena de morte, segundo as características próprias do Direito Penal, incluem quer as limitações processuais, quer as limitações materiais.

Primeiro, em relação às limitações processuais, estas dizem respeito principalmente a três aspectos, isto é, o exercício exclusivo do poder de homologação da pena de morte, a criação e o aperfeiçoamento das regras de provas nos processos que envolvam pena de morte, e a protecção do direito à defesa dos advogados dos arguidos em processos de pena de morte. O mais satisfatório é que, todos estes aspectos têm andado bem até agora. A partir de 1 de Janeiro de 2007, de acordo com a nova Lei Orgânica dos Tribunais Populares, o Supremo Tribunal Popular começou a exercer em exclusivo o poder de homologação da pena de morte; três anos mais tarde, isto é, em 13 de Junho de 2010, o Supremo Tribunal Popular, a Suprema Procuradoria Popular, o Ministério de Segurança e o Ministério da Justiça promulgaram em conjunto as Estipulações sobre Diversas

27 Wang Jiafu, *A Implementação da Política Fundamental de Administração do País Segundo as Leis*, in *Chineses Journal of Law*, n.º 4 do ano 2007.

Questões relativas à Produção e Avaliação de Provas em Processos da Pena de Morte, estabelecendo assim preliminarmente regras de prova nesta espécie de processos, fornecendo um fundamento explícito aos órgãos judiciais para a aplicação da pena de morte. Por outro lado, também é de notar que, o contraste enorme verificado entre a importância da defesa efectiva dos advogados nos processos da pena de morte e a falta de um mecanismo de defesa efectiva fazem com que o aperfeiçoamento do regime de defesa efectiva dos advogados nos processos da pena de morte se torne uma questão que urge resolver. Há pessoas que indicam que, a realização da defesa efectiva dos advogados nos processos da pena de morte depende da regularização de um procedimento autónomo de determinação da medida de pena nos processos da pena de morte, da clarificação do critério da defesa não efectiva, da implementação do regime de reconhecimento da qualidade de advogado nos processos da pena de morte, e da criação de um mecanismo de punição e de tutela judicial da defesa não efectiva²⁸. Se é verdade que as primeiras duas são medidas através das quais o Estado limita por sua livre iniciativa o seu próprio poder de aplicação da pena de morte, então, o regime de defesa efectiva é limitar de fora o poder de aplicação da pena de morte do Estado, ou contrapor-se ao exercício do poder estatal com os direitos dos cidadãos, a fim de que o Estado tenha sempre a preocupação de exercer o seu poder dentro dos limites e conforme as exigências da lei.

Segundo, diferentemente ao que acontece com as limitações processuais ao poder de aplicação da pena de morte, as limitações materiais depende maioritariamente da vontade própria do Estado. As limitações estabelecidas pelo próprio Estado incluem dois aspectos, isto é, as limitações ao poder legislativo, e o estabelecimento de um critério uniformizado para a aplicação da pena de morte. O primeiro consiste em que o Estado não cria mais crimes puníveis com a pena de morte, e por outro lado tem que reduzir o número de crimes puníveis com a pena de morte. Neste aspecto tem andado muito bem o Estado. Desde o ano 1999, o Comité Permanente do CNP introduziu várias alterações ao Código Penal, mas nunca chegou a criar crimes puníveis com a pena de morte. E a (8.ª) Emenda ao Código Penal aprovada em 25 de Fevereiro de 2011 até eliminou 13 crimes puníveis com a pena de morte, o que tem um sentido muito positivo²⁹. Naturalmente, não se pode perder de vista que o sector jurídico e até toda a sociedade têm prestado muita atenção à questão da pena de morte, tendo realizado estudos muito profundos sobre vários aspectos desta questão, mas isto não nega

28 Han Hongxing e Liu Chuangao, *Sobre o Regime de Defesa Efectiva nos Processos da Pena de Morte*, in *Revista Law Science Magazine*, n.º 10 do ano 2011.

29 Gao Mingxuan e Huang Xiaoliang, *Ponderação de Valores sobre a Eliminação de Crimes Puníveis com a Pena de Morte*, in *Revista Law Science Magazine*, n.º 12 do ano 2010.

a iniciativa do Estado na tomada desta medida. Sobre o estabelecimento de um critério uniformizado para a aplicação da pena de morte, isto já tem a ver com a realização do poder judicial da pena de morte, pelo que durante um período bastante longo tem sido alvo de muitas atenções e discussões. Há pessoas que indicam que, a uniformização do critério de aplicação da pena de morte é uma das medidas mais importantes e eficazes que se adoptaram após a avocação do poder de homologação da pena de morte pelo Supremo Tribunal Popular. Ora, a uniformização do critério de aplicação da pena de morte inclui principalmente o reconhecimento uniforme sobre o critério de aplicação da pena de morte, e a uniformização das circunstâncias incriminadoras. E durante todo este processo, o Supremo Tribunal Popular desempenhou uma função orientadora³⁰. Em 24 de Maio de 2011, o Supremo Tribunal Popular publicou o Relatório de Trabalho dos Tribunais Populares de 2010, onde salientou que “controlar e uniformizar rigorosamente o critério de aplicação da pena de morte, assegurar que a pena de morte só se aplique a raros casos em que se mostre uma extrema gravidade das condutas do criminoso”, o que revelou suficientemente o espírito de restrições à pena de morte, no sentido de auto-limitação imposta pelo próprio Estado.

Terceiro, limitar o poder de aplicação da pena de morte do Estado sob o ponto de vista do direito material e direito processual. O direito à vida é o teor básico dos direitos humanos, sem o qual todo e qualquer outro direito perde o seu pressuposto de existência. Portanto, igualmente com o direito de aplicação da pena de morte, o direito à vida também incide sobre a vida das pessoas. O que difere é que, o direito à vida preocupa-se com a questão de saber como proteger a vida das pessoas, ao passo que o poder de aplicação da pena de morte tem a ver com a privação da vida dos criminosos. Portanto, no contexto de respeitar o direito à vida das pessoas, saber se a privação da vida das pessoas tem fundamento legítimo e quais serão os seus limites é sem dúvida uma questão importante à qual o sector jurídico tem prestado muita atenção³¹. Daí que se vê que ela está intimamente relacionada com a questão de saber se o direito à vida é um direito absoluto. Sobre esta questão, a divergência de doutrina é enorme. Há pessoas que entendem que o direito à vida não é absoluto, porque a própria Constituição e as leis já estabelecem diversas espécies de limitações ao direito à vida³². A nosso

30 Zhao Bingzhi e Huang Xiaoliang, *Sobre a Questão de Uniformização do Critério de Aplicação da Pena de Morte – a partir da perspectiva de limitações à pena de morte*, in *Revista Political Science and Law*, n.º 11 do ano 2008.

31 Zhao Xuegang, *Discussões sobre a Abolição da Pena de Morte sob o Ponto da Vista do Direito à Vida*, in *Revista Global Law Review*, n.º 3 de 2004.

32 Chen Yonghong, *Uma Teoria Errada: A Pena de Morte Contraria os Direitos Humanos – Encarar a Questão da Pena de Morte Partindo da Perspectiva Constitucional*, in *Revista Law Review*, n.º 6 do ano 2006.

ver, esta lógica está errada. A vida tem a sua qualidade natural, e isto faz com que o direito à vida também tenha a sua natureza genética, razão pela qual, as limitações impostas pelo Estado não alteram essa qualidade. É justamente por causa disso que não só não podemos negar a absolutidade do direito à vida, como ainda temos que pensar qual será o fundamento com base no qual o Estado impõe limitações a esse mesmo direito. De um modo geral, o Estado impõe limitações ao direito à vida dos cidadãos com fundamento no interesse público. Ora, qual será a proporção adequada entre a necessidade real de salvaguarda do interesse público e as limitações impostas ao direito à vida? Isto já tem a ver com o princípio da proporcionalidade da Constituição e o seu efeito sobre o poder de aplicação da pena de morte. Sobre esta questão, a nossa opinião preliminar é a de que as limitações ou privações impostas ao direito à vida dos cidadãos têm que ser necessárias e viáveis, ou vista a questão do ponto oposto, se a não imposição de limitações ao direito à vida dos cidadãos não prejudicasse o interesse público e a salvaguarda da ordem social, então, a pena de morte não devia ser aplicada. Isto não só é a exigência à legislação sobre a pena de morte, como ainda é limitação imposta à aplicação judicial da pena de morte. Analisada a questão sob o ponto de vista do direito material, dizemos que, isto ultrapassa evidentemente o âmbito do princípio de proporcionalidade entre o crime e a pena, e tem uma base constitucional bem mais firme.

Resumindo e concluindo, dizemos que, quer em termos da legislação, quer em termos da prática judicial, estão envolvidas na questão da pena de morte duas espécies de interesses. Por um lado, o exercício da competência da salvaguarda da ordem social por parte do Estado, e por outro, a protecção e a realização dos direitos humanos. Os mesmos influenciam um ao outro, como se fosse dois lados de uma moeda. Por isso, no contexto de progresso constante da justiça criminal na China contemporânea, discutir a questão das restrições à pena de morte tem um sentido muito positivo. Isto é, abdicando da perspectiva do Direito Penal, para tentar encontrar o fundamento legítimo e o caminho de realização da política de restrições à pena de morte sob o ponto de vista da limitação e da proporcionalidade do poder de aplicação da pena de morte do Estado, e observar a questão da pena de morte a partir da perspectiva da Constituição, evitando até ao máximo que a política da pena de morte do Estado sofra grandes mudanças em virtude da alteração do ambiente política do Estado, bem como as eventuais influências ou impactos que a política de restrições à pena de morte possa sofrer em consequência da mudança da política criminal em diferentes épocas. Só assim é que se pode limitar o alargamento arbitrário do poder do Estado, garantindo na sua raiz a protecção dos direitos humanos.