

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO

Trabalho de Conclusão de Curso:

O desenvolvimento constitucional da pena de morte nos Estados Unidos

Rio de Janeiro, novembro de 2014

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO

O desenvolvimento constitucional da pena de morte nos Estados Unidos

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob orientação do professor **Thiago
Bottino do Amaral** apresentado à
FGV DIREITO RIO como requisito
parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

Rio de Janeiro, novembro de 2014

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

O desenvolvimento constitucional da pena de morte nos Estados Unidos

Elaborado por LUIZ FRANCISCO MOTA SANTIAGO FILHO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO RIO
como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Thiago Bottino do Amaral

Nome do Examinador 1: André Pacheco Teixeira Mendes

Nome do Examinador 2: Gustavo da Rocha Schmidt

Assinaturas:

Thiago Bottino do Amaral

André Pacheco Teixeira Mendes

Gustavo da Rocha Schmidt

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 20__.

AGRADECIMENTOS

A todas as oportunidades concedidas pela FGV Direito Rio para o meu crescimento.

A todos os professores cuja sabedoria e zelo me incentivaram e instruíram ao longo desses 5 anos de graduação.

Ao escritório Nelio Machado Advogados, pelo progresso profissional que me foi propiciado e pelo ótimo convívio.

Aos meus amigos e à minha namorada, com participação de grande valor na minha formação, cada um da sua forma, e em especial Antônio Augusto Bastos, Fernanda Marques, Louise Dias, Ricardo Figueira e Thiago Filippo, sempre muito solícitos e sensíveis a todos os contratempos surgidos no desenvolvimento deste trabalho.

À minha mãe pelo amor incondicional e pelo apoio nos momentos de dificuldade e sorriso nas horas de alegria.

Ao meu grande amigo Professor Thiago Bottino, pela paciência, pelo carinho, pelo cuidado, pela sabedoria, pela atenção e dedicação empenhadas na minha formação acadêmica, profissional e humana, por quem guardo profundo respeito e admiração e é exemplo de advogado, professor, pai e amigo.

“Deserves it! I daresay he does. Many that live deserve death. And some that die deserve life. Can you give it to them? Then do not be too eager to deal out death in judgement. For even the very wise cannot see all ends.”

(J. R. R. Tolkien – The Fellowship of the Ring)

RESUMO: Regulamentada desde as legislações mais arcaicas, como o Código de Hamurabi na Babilônia de 4.000 a.C., a pena de morte é um dos institutos mais antigos da humanidade. É também um dos temas mais controvertidos do Direito, cerne de debates que se intensificam na medida em que os direitos humanos são universalizados, principalmente em meados do século XX. Diante disso, a audaciosa manutenção da pena de morte no sistema jurídico norte-americano, o último reduto do instituto no mundo ocidental, é o resultado de longo e árduo processo de desenvolvimento constitucional, orientado principalmente pelos constantes avanços da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a pena capital. O presente trabalho tem como escopo apresentar o histórico de tais decisões, bem como fundamentos de cunho criminológico, moral, filosófico e econômico aplicáveis à sistemática da pena de morte, expondo ainda dados sobre a aplicação da pena capital e perspectivas para o futuro da sanção nos Estados Unidos.

PALAVRAS CHAVE: Pena de morte. Pena capital. Execução. Direito Norte-Americano. Suprema Corte dos Estados Unidos. Direito Constitucional. 8ª Emenda. Direito comparado.

ABSTRACT: Regulated since the prime of positive law, in the 4.000 B.C. Babylonian Code of Hammurabi, the death penalty is one of the most ancient institutes of human history. It is also one of the most controversial legal topics, core of debates that intensify with the ongoing development of human rights, especially during the 20th century. That being said, the audacious maintenance of the capital punishment by the North-American legal system, the last stronghold of the institute in the western world, is the result of a long and hard process of constitutional development, guided by the constant advances of the Supreme Court of the United States regarding the death penalty. This article presents a retrospective of these decisions, as well as criminological, moral, philosophic and economic arguments related to the death penalty system, exposing data on the application of capital punishment and prospects for the future of death penalty in the United States.

KEY WORDS: Death penalty. Capital punishment. North-American Law. Supreme Court of the United States. Constitutional Law. 8th Amendment. Comparative Law.

Sumário

Introdução	2
Capítulo 1: Como Justificar a Pena de Morte?	5
1.1. Justiça retributiva.....	6
1.2. Arbitrariedade na imposição da pena capital	9
1.3. Efeito dissuasório das execuções.....	11
1.4. Condenação de inocentes.....	14
Capítulo 2: Panorama da Pena de Morte nos Estados Unidos.....	18
2.1. Mapa da pena capital por estado.....	19
2.2. Métodos de execução.....	21
Capítulo 3: Década De 70: A Reviravolta do Sentenciamento Capital	25
3.1. A pena de morte em tese: primeiros questionamentos	25
3.2. O sobrestamento judicial da pena de morte	27
3.3. A legislação pós- <i>Furman</i> e o ressurgimento da pena capital.....	30
Capítulo 4: Advocacia de Pena de Morte: O Pilar da Mitigação	34
4.1. Imposição automática da pena capital	37
4.2. A introdução de circunstâncias mitigantes	38
Capítulo 5: Quando a Pena de Morte é Cabível	42
5.1. O teste de proporcionalidade e o fim da pena capital para crimes sem óbito	42
5.2. Grau de participação no crime	45
5.3. Imputabilidade capital: idade, insanidade e deficiência mental	47
Capítulo 6: Considerações finais: Perspectivas para o futuro	55
Referências	61
Anexos.....	66

Introdução

Poucos assuntos despertam o interesse e a preocupação da sociedade quanto aqueles atinentes à preservação da vida humana. Nesse sentido, discussões sobre a pena de morte, um dos institutos jurídicos mais antigos da humanidade, sendo os primeiros registros de normas permissivas da execução derivados do Código de Hamurabi do século XVIII a.C.¹, têm relação direta com os limites da intervenção estatal nas liberdades individuais.

A prática sempre esteve presente no dia a dia das sociedades antigas e até meados do século XIX não era considerada tão polêmica. Os avanços dos direitos humanos, no entanto, viam na pena de morte um retrocesso sem precedentes, iniciando-se, assim, ampla campanha pela sua abolição a nível mundial.

No plano internacional, as resoluções n.º 62/149, 63/168 e 65/206 da ONU instituíram a moratória da pena de morte². As diretrizes, no entanto, não são vinculantes, e, portanto, apesar de recomendadas pelo organismo, não impedem a manutenção do instituto nos países que não a ratificarem.

Antes do movimento internacional, todavia, muitos países já haviam abolido a pena capital para crimes comuns ou até mesmo na sua totalidade, e outros, apesar de manter a previsão legislativa para a execução de criminosos, não buscam sua aplicação.

As controvérsias sobre a adoção da pena capital são inúmeras. O debate é costumeiramente reacendido em períodos eleitorais, juntamente com temas como a legalização do aborto, descriminalização das drogas e redução da maioria penal, são infundáveis.

Diante de tal contexto, apesar do desenvolvimento das teorias de direitos humanos e da forte pressão internacional, um país se destaca na manutenção da pena de morte para criminosos comuns. Os Estados Unidos, em pleno século XXI, a despeito do fato de todos os outros países do Ocidente terem abolido a pena de morte, limitado sua aplicação a hipóteses extremas ou simplesmente deixado de executar criminosos, conseguem manter a pena capital como sanção constitucionalmente permitida.

¹ "Introduction do the Death Penalty: Early Death Penalty Laws", disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>, acessado em 22/11/2014.

² "International Comission Against Death Penalty: Moratorium", disponível em: <http://www.icomdp.org/moratorium/>, acessado em 22/11/2014.

O objeto do presente trabalho é demonstrar o árduo caminho percorrido pela Suprema Corte na constante adequação do instituto à Constituição dos Estados Unidos, restringindo a sua aplicação e mitigando potenciais críticas à pena de morte ao longo dos anos.

Note-se que a Constituição de 1776, ainda vigente naquele país, não permite expressamente a pena de morte como sanção criminal. Alguns dispositivos, no entanto, dão ensejo à interpretação de que a pena capital é cabível na sistemática constitucional norte-americana.

A 5ª Emenda à Constituição, de 1791, determina, entre outras previsões, que nenhuma pessoa responderá por crimes capitais sem a anuência de um *Grand Jury*, nem estará sujeita à perda da vida ou de membros mais de uma vez pela mesma ofensa, e não poderá ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal:

"Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização."³

Do mesmo modo, a 14ª Emenda, que estendeu a *Bill of Rights* às legislações estaduais, reproduz a possibilidade de perda da vida, desde que observado o *due process of law*:

"Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis."⁴

³ "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." Constituição dos Estados Unidos de 1776.

⁴ "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws." Idem.

Se a Constituição estabelece condições específicas para que se possa privar um indivíduo da vida, há de se concluir que o Estado pode instituir a pena de morte.

Ao longo do tempo, no entanto, outro dispositivo constitucional tornou-se parâmetro de observância obrigatória para a constitucionalidade da pena de morte. A proibição contida na 8ª Emenda, ao determinar que “não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns”⁵, como se verá adiante, teve papel crucial ao longo do século XX, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos se encarregou da adequação da pena capital aos ditames constitucionais.

Este estudo tem como escopo o desenvolvimento constitucional da pena de morte nos Estados Unidos, principalmente no âmbito da sua Suprema Corte, almejando apresentar os principais caminhos tomados pelo Tribunal para legitimar a manutenção do instituto até os dias de hoje. A partir de extensa pesquisa jurisprudencial e doutrinária, as principais decisões da instância máxima Judiciária daquele país serão abordadas a partir de perspectivas morais, filosóficas e econômicas, buscando nas manifestações judiciais elementos que possam ter influenciado as decisões finais, bem como detalhar, a partir de um mapeamento da pena capital nos Estados Unidos nos dias de hoje, diferentes experiências na sua regulamentação e, diante de tais informações, apresentar possíveis novos rumos da pena de morte no futuro norte-americano.

⁵ “*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.*”
Idem.

Capítulo 1: Como Justificar a Pena de Morte?

Para a compreensão dos argumentos elencados ao longo do árduo processo de constitucionalização da pena capital nos Estados Unidos da América (EUA), é imprescindível que se atenha também a questões morais, políticas e econômicas, além daquelas estritamente jurídicas. Em primeiro lugar, conforme apresentado na introdução do presente trabalho, há de se destacar que a Constituição dos Estados Unidos, mesmo após a introdução das emendas n.º 5 e 8, principalmente, aplicáveis ao tema, é extremamente vaga no que diz respeito à execução de indivíduos pelo Estado.

Muito embora o problema da indeterminação constitucional não seja específico às discussões sobre a operacionalização da pena de morte, poucas searas possuem relação tão intrínseca com elementos cotidianos e a própria existência humana como aquela em que se delibera sobre a possibilidade de perda da vida como sanção estatal. Limitar o debate a questionamentos puramente jurídicos implica não só em certo descaso para com a própria existência humana, mas esbarra também na efetiva capacidade de argumentos de ordem moral, filosófica e econômica de contribuir para o deslinde do sempre conturbado desenvolvimento da sentença capital.

Tanto é que em muitas – se não em todas – das vezes em que a *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) teve que se manifestar sobre a permissão ou proibição constitucional acerca de temas atinentes à execução de indivíduos, os argumentos vencedores se pautavam no entendimento pessoal dos *Justices* e premissas teoricamente desvinculadas do direito e do respeito aos precedentes.

Faz-se mister, portanto, elencar os principais elementos de ordem moral e filosófica que justifiquem a imposição da pena de morte e suas respectivas críticas. Os principais debates abordam a chamada justiça retributiva, a arbitrariedade das decisões judiciais, o efeito dissuasório da pena capital e o risco de condenação de inocentes, elementos que podem ser identificados no processo de desenvolvimento constitucional da pena de morte nos Estados Unidos.

1.1. Justiça retributiva

A primeira grande justificativa utilizada para legitimar a imposição da pena capital tem origem na *lex talionis*, originária do Código de Hamurabi do século XVIII a.C.⁶, dando início à chamada doutrina da retribuição. A pena de morte também havia sido reproduzida no Código Hitita (século XIV a.C.), nas Leis Draconianas de Atenas (século VII a.C.) e na Lei das Doze Tábuas de Roma (século V a.C.), tendo chegado aos Estados Unidos por influência da colonização britânica, que em meados do século XVIII chegou a prever a pena de morte para 222 crimes, entre eles roubo e furto e ofensas como o corte ilegal de árvores. A primeira execução nos Estados Unidos foi registrada em 1608, quando o Capitão George Kendall foi condenado a morte, acusado de espionagem. Em 1612, o Governador da Virgínia decretou as chamadas *Divine, Moral and Martial Laws*, que previam a pena de morte para ofensas como realizar comércio com indígenas e matar galinhas, sempre tendo em vista os primórdios da sanção capital da Babilônia antiga⁷.

A teoria da justiça retributiva parte da premissa de que o fundamento precípua da lei de talião impunha ao criminoso condenado punição semelhante ao crime cometido como forma de retaliação, limitando a vingança do ofendido à proporção e espécie do dano outrora suportado. Seria, na verdade, uma espécie de direito da vítima da prática delituosa de infligir em quem lhe causou suplício o mesmo flagelo sofrido⁸.

Jeffrey Reiman, professor e diretor do programa de mestrado em filosofia e políticas sociais da *American University*, resgatou a teoria oriunda da Babilônia de quase 4 mil anos atrás sob uma nova roupagem, incluindo na justiça retributiva preconizada pela *lex talionis* o elemento da proporcionalidade:

"Mas a *lex talionis* não é a única versão de retribuição. Outra, que eu chamarei de retribuição proporcional', afirma que o que a retribuição requer não é a igualdade do dano entre os crimes e as punições, mas 'adequação' e proporcionalidade, de modo que o pior crime será punido com a pior pena da

⁶ REIMAN, Jeffrey. *Why the Death Penalty Should be Abolished in America*, em *The Death Penalty: For and Against*, ed. Rowman & Littlefield, 1998, p. 71. Ver também BENN, Stanley I. *Punishment, The Encyclopedia of Philosophy* 7, ed. Paul Edwards, 1967, p. 32.

⁷ Idem.

⁸ "The standard problem confronting those who would justify retributivism is that of overcoming the suspicion that it does no more than sanctify the victim's desire to hurt the offender back". REIMAN, Jeffrey. *Justice, Civilization, and the Death Penalty, answering van den Haag*, em *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, n. 2, 1985, p. 121.

sociedade, e assim por diante, sendo que a pior punição social não precisa reproduzir exatamente o sofrimento do pior crime."⁹

A premissa cunhada pelo autor é de que não necessariamente a transposição da dor causada pelo acusado depende da aplicação de pena exatamente na mesma medida do crime causado. Bastaria, para esse fim, que aos crimes mais graves fossem destinadas as sanções mais graves existentes em cada sociedade.

Nesse sentido, seria legítimo que a previsão do cabimento da pena de morte em determinado local fosse a resposta estatal a prática de crime de maior gravidade abstrata. E nesse caso, portanto, seria perfeitamente admissível a aplicação da sanção capital aos violadores do maior bem jurídico tutelado pelo Estado: a vida.

O excerto destacado acima é o embrião da resposta de Jeffrey Reiman à pergunta que sucede à necessidade de proporcionalidade da pena: se a sociedade impõe a morte a quem matou, por que não impor a pena de tortura a quem torturou ou a pena de estupro a quem estupro?

A solução encontrada pelo autor foi descrever a justiça retributiva a partir de dois elementos. O primeiro consiste na observância à *lex talionis* na perspectiva destacada acima, de que os piores crimes exigem uma reprimenda à altura dentre aquelas previstas em determinada sociedade. O segundo traço para que se puna justamente os criminosos busca justificar o limite a que, por escrúpulos morais, deve esta mesma sociedade observar ao sancionar os criminosos, fugindo um pouco à máxima do “olho por olho, dente por dente”:

"Essa forma de entender a punição justa permite que formulemos a retribuição proporcional de modo que ela se tornaria compatível com a justiça da *lex talionis*: se entendermos a *lex talionis* como a expressão do que o criminoso merece, e se outras considerações morais exigirem que se abstenha de igualar o sofrimento causado pelo criminoso mas ainda permitindo a punição justa, então certamente a sanção será justa se impusermos a pena moralmente aceitável mais próxima da *lex talionis*. A retribuição proporcional, então, ao requerer que o pior crime seja punido com a pior punição da sociedade e assim por diante, pode ser entendida como a transposição do que o criminoso merece para o seu equivalente mais próximo dentro do rol de punições moralmente aceitável pela sociedade. (...) A retribuição proporcional assim formulada preserva o objetivo da retribuição e permanece fiel ao direito da vítima de

⁹ “But the *lex talionis* is not the only version of retributivism. Another, which I shall call ‘proportional retributivism,’ holds that what retribution requires is not equality of injury between crimes and punishments, but ‘fit’ or proportionality, such that the worst crime is punished with the society’s worst penalty, and so on, though the society’s worst punishment need not duplicate the injury of the worst crime.” Ibidem, p. 119-120 (tradução livre).

onde extrai seu fundamento. Uma vez que pune da forma socialmente aceitável mais próxima à *lex talionis*, a pena efetivamente diz ao criminoso que ele merece o equivalente ao que ele causou à sua vítima, mas só está recebendo menos na medida que nossos escrúpulos morais nos impedem de reproduzir o que ele fez."¹⁰

O ponto de partida do autor é bastante simples. Na imensa maioria das vezes, seria impossível reproduzir na exata proporção a prática delituosa efetivamente realizada. Em primeiro lugar, porque costumeiramente a ação criminosa possui o elemento da surpresa, de difícil traslado para a aplicação da sanção. Do mesmo modo, como se reprimiria, por exemplo, o cometimento de homicídios em série? Reiman sugere que a punição justa seria levar o *serial killer* até um ponto muito próximo da morte e “revivê-lo” a mesma quantidade de vezes que ele teria matado menos uma, quando ele deveria ser efetivamente executado¹¹, sem deixar de destacar o grau de crueldade monstruoso de tal castigo, demonstrando desse modo a importância da existência de limites de ordem moral à busca da justiça retributiva.

Reiman, apesar de apresentar fundamentos que justificariam a aplicação da pena de morte para aqueles crimes mais graves, argumenta também que a extinção da punição capital não significaria um retrocesso, mas sim um avanço dos tais limites morais da justiça retributiva como resultado da evolução da civilização:

"Se a civilização é caracterizada pela pouca tolerância à nossa própria dor, bem como à dos outros, então recusar publicamente a infligir sofrimentos horríveis aos nossos companheiros sinaliza o nível de nossa civilização e, pelo nosso exemplo, dá continuidade ao próprio progresso civilizador. E o gesto fica ainda mais forte se nos recusarmos a punir dessas formas horríveis quem realmente merece ser punido. Assim, nós ganhamos ao incluir a tortura nessa categoria, e se a execução for especialmente horrível, ganharemos ainda mais ao incluí-la."¹²

¹⁰ “This way of understanding just punishment enables us to formulate proportional retributivism so that it is compatible with acknowledging the justice of the *lex talionis*: If we take the *lex talionis* as spelling out the offender's just deserts, and if other moral considerations require us to refrain from matching the injury caused by the offender while still allowing us to punish justly, then surely we impose just punishment if we impose the closest morally acceptable approximation to the *lex talionis*. Proportional retributivism, then, in requiring that the worst crime be punished by the society's worst punishment and so on, could be understood as translating the offender's just desert into its nearest equivalent in the society's table of morally acceptable punishments. (...) Proportional retributivism so formulated preserves the point of retributivism and remains faithful to the victim's right which is its source. Since it punishes with the closest morally acceptable approximation to the *lex talionis*, it effectively says to the offender, you deserve the equivalent of what you did to your victim and you are getting less only to the degree that our moral scruples limit us from duplicating what you have done.” Idem, p 128-129 (tradução livre).

¹¹ Idem, p. 126-127.

¹² “If civilization is characterized by lower tolerance for our own pain and that of others, then publicly refusing to do horrible things to our fellows both signals the level of our civilization and, by our example, continues the work of civilizing. And this gesture is all the more powerful if we refuse to do horrible things to those who deserve

Dessa forma, argumenta o autor que, teoricamente, se o avanço da civilização moderna em determinada ensejar a compreensão de que a pena de morte passou dos limites, o surgimento de uma eventual tendência abolicionista da sanção capital apenas reproduziria a nova consciência da sociedade, e assim por diante até que restem apenas as sanções moralmente aceitáveis pelos responsáveis por sua implementação.

1.2. Arbitrariedade na imposição da pena capital

Outro ponto nodal do debate sobre a aceitação da pena de morte é falta de guias e parâmetros claros fixados na Constituição dos EUA para a implementação da pena de morte. Dessa forma, sem uma diretiva teórica de um procedimento ideal para que se possa executar criminosos, os respectivos Poderes Legislativo e Judiciário de cada ente federado encontram dificuldades na prolação de normas e decisões criteriosas.

E é justamente a falta de critérios que faz surgir o questionamento: se não há quaisquer diretivas quanto à atuação do Poder Judiciário nos procedimentos de pena de morte, no que se lastreiam as decisões?

A sugestão de resposta de Stephen Nathanson, professor de filosofia da *Northeastern University*, é bastante polêmica:

"É certo que apenas saber que alguém é de fato culpado pela morte de outra pessoa está longe de ser suficiente para determinar que ele merece morrer, e se promotores, juízes e júris não tem critérios que permitem classificar aqueles que são condenados de forma justa e racional, então os seus respectivos juízos sobre quem merece morrer será necessariamente arbitrário e sem princípios. Quando analisamos a dificuldade e a complexidade de julgamentos em que se discute culpa e merecimento, fica mais fácil ver como eles podem ser influenciados por características raciais e outros fatores irrelevantes."¹³

Em apertada síntese da obra em referência, argumenta-se que a ausência de critérios abre espaço para a arbitrariedade das decisões. O grande problema de tal abertura é que

them. Thus we gain from including torture in this category, and if execution is especially horrible, we gain still more by including it." Idem, p. 135-136 (tradução livre).

¹³ "It is clear that simply knowing someone is factually guilty of killing another person is far from sufficient for determining that he deserves to die, and if prosecutors, judges, and juries do not have criteria which enable them to classify those who are guilty in a just and rational way, then their judgments about who deserves to die will necessarily be arbitrary and unprincipled. Once we appreciate the difficulty and complexity of the judgments which must be made about guilt and desert, it is easier to see how they might be influenced by racial characteristics and other irrelevant factors." NATHANSON, Stephen. *Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?* em *Philosophy & Public Affairs* Vol. 14, n. 2, 1985, p. 154-155 (tradução livre).

elementos que não deveriam ser levados em conta na análise da pena aplicável passa a assumir papel de protagonismo nas decisões do júri, como a raça ou a condição social do defendente.

O autor faz questão de ressaltar que reconhece a possibilidade de interferência de tais fatores alheios à culpabilidade do agente em todo e qualquer procedimento criminal, mas aduz que no que diz respeito à pena de morte, o argumento sobre a arbitrariedade da sua aplicação tem dimensões muito maiores em comparação com outras sanções devido à sua severidade e discutível utilidade.¹⁴

Ainda assim, é no mínimo precipitado concluir cabalmente que o fato de que alguns indivíduos não são condenados à morte quando poderiam sê-lo – uma vez que teriam, ao menos em tese, praticado crimes passíveis de punição com a perda da vida – resultaria na imprestabilidade da pena de morte.

Em outras palavras: se todos que estão sujeitos à aplicação da pena de morte preenchem os requisitos para serem executados, o fato de, pela razão que for, algum desses indivíduos não tenha a perda da vida decretada não significa que a execução de todos os outros teria sido injusta.

Nesse sentido, Ernest van den Haag, sociólogo da *Fordham University*, dialoga com a teoria de Nathanson. Van den Haag recorre à doutrina de Reiman sobre a retribuição proporcional do crime para defender a manutenção da pena de morte, ainda que por critérios arbitrários alguns indivíduos fujam da aplicação da lei.¹⁵

O sociólogo explica seu argumento com um exemplo. Suponhamos que por algum motivo, apenas motoristas com determinadas características – o autor sugere motoristas com barba – sejam multados por infrações de trânsito que por ventura venham a cometer. Aqueles que não possuírem os traços do “condutor infrator ideal” estariam isentos de qualquer punição. Diante de tal cenário, ainda que apenas uma parcela aleatoriamente determinada da população

¹⁴ *Idem*, p. 162.

¹⁵ “*Punishment must, whenever possible, impose pain believed to exceed the pain suffered by the individual victim of crime. No less is deserved. Punishment must be determined by the total gravity of the crime, the social as well as the individual harm, and by the need to deter from the harmful crime. There are ordinal limits to deserved punishments, but cardinal upper limits are set only by harm, habit and sentiment—not by victim suffering.*” DEN HAAG, Ernest Van. *Refuting Reiman and Nathanson*, em *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, n. 2, 1985, p. 167.

esteja sujeita à legislação de trânsito, seriam as multas efetivamente aplicadas consideradas injustas? Para o autor, seria evidente que não¹⁶.

Seu argumento caminha para a conclusão de que eventual problema na aplicação da pena de morte, tal qual na fiscalização do trânsito nos moldes do exemplo acima, podem até ajudar a identificar algum tipo de problema, mas não nos casos em que há a aplicação da lei, e sim quando não há:

"Nathanson cita o falecido *Justice* Douglas sugerindo que uma lei que deliberadamente prevê a execução apenas para os condenados pobres, ou que tenha esse efeito, seria inconstitucional. Talvez. Mas o vício estará na isenção dos condenados ricos; os condenados pobres ainda seriam culpados e merecedores da punição prevista mesmo se os condenados ricos escapem da punição por meios legais ou não."¹⁷

Em suma, as lacunas operacionais da pena de morte no que tange à adoção de procedimentos judiciais aptos a coibir eventuais arbitrariedades na sua implementação dão margem à conclusão de que a imprevisibilidade da sanção capital tornaria ao menos discutível a justiça da sua aplicação.

1.3. Efeito dissuasório das execuções.

O debate sobre a existência de algum efeito dissuasório das condenações à morte e execuções é bastante controvertido. Por um lado, argumenta-se que o referido efeito é nítido, enquanto outros afirmam não haver como comprovar o caráter preventivo da imposição da pena de morte na sociedade.

Estudos econométricos mais recentes (2003) concluíram através da análise de determinadas variáveis em um período de 20 anos em 3054 distritos norte-americanos que cada execução tem a capacidade de prevenir até 18 homicídios graças ao seu efeito dissuasório.¹⁸

Cass Sunstein e Adrian Vermule, professores de Direito Administrativo e Análise Econômica do Direito da faculdade de Direito de Harvard, publicaram em 2006 o artigo "*Is*

¹⁶ "Nathanson insists that some arbitrary selections among those equally guilty are not "just." He thinks that selecting only bearded speeders for ticketing, allowing the cleanshaven to escape, is unjust. Yet the punishment of the bearded speeders is not unjust. The escape of the clean shaven ones is." Idem, p. 174.

¹⁷ "Nathanson quotes the late Justice Douglas suggesting that a law which deliberately prescribes execution only for the guilty poor, or which has that effect, would be unconstitutional. Perhaps. But the vice would be in exempting the guilty rich; the guilty poor would remain guilty, and deserving of prescribed punishment even if the guilty rich escape legally or otherwise." Idem, p. 175 (tradução livre).

¹⁸ DEZHBAKSH, Hashem. *Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data*, 5 AM. Law & Economics Review, 2003, p. 344.

Capital Punishment Morally Required?"¹⁹, no qual argumentam que se tais dados puderem ser confirmados, o *trade-off* entre uma vida e diversas outras determinaria mais do que uma possibilidade, mas um dever do Estado de manter e implementar a pena de morte. Mais do que isso, Sunstein e Vermeule classificam o Estado como uma diferente espécie de agente moral, de modo a justificar a tese de que a sua omissão diante de tal cenário dissuasório seria inadmissível²⁰.

Para os autores, os supostos problemas intrínsecos das execuções (erro potencial, irreversibilidade, arbitrariedade e vieses raciais) não seriam um entrave a esse raciocínio, uma vez que também estariam presentes na prática do crime. Em outras palavras, sustentam os professores que se um crime de homicídio é cometido com base em questões raciais ou de forma puramente arbitrária, não haveria motivo para que se questione a pena de morte com tais argumentos.

O raciocínio, embora pautado nas melhores lições utilitaristas, a partir de uma análise consequentialista do cenário criminal norte-americano, encontra certa resistência especialmente quanto à transposição de uma lógica administrativista ao direito penal.

A também professora da faculdade de direito de Harvard, Carol Steiker, explica que o "homicídio" eventualmente imposto pelo Estado não pode se equiparar ao crime que ensejou a punição, justamente porque devem entrar no cálculo elementos de ordem moral ignorados pelos administrativistas no artigo supracitado:

"Sunstein e Vermeule retratam as principais objeções deontológicas à pena capital como integralmente confinadas ao seu aspecto "capital", e assim conseguem cunhar um argumento por equivalência moral: se fosse errado o governo matar por execuções, também seria errado se o governo 'matasse' pela dissuasão insuficiente. Mas as execuções pelo governo não são erradas porque são homicídios, mas também porque são 'punições' injustas, e não há qualquer

¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs*. Chicago Law & Economics n. 239, 2005.

²⁰ "Any objection to capital punishment, we believe, must rely on something other than abstract injunctions against the taking of life. If the recent evidence of deterrence is ultimately shown to be correct, then opponents of capital punishment will face an uphill struggle on moral grounds. If each execution saves many innocent lives, the harms of capital punishment would have to be very great to justify its abolition, far greater than most critics have heretofore alleged. There is always residual uncertainty in social science and legal policy, and in this domain the empirical controversy continues; we have attempted to describe, rather than to defend, the recent findings. But if those findings are right, capital punishment has a strong claim to being not merely morally permissible, but morally obligatory—above all from the standpoint of those who wish to protect life." Idem, p. 750.

equivalência entre o que o governo faz mediante execuções e o que estaria fazendo por dissuasão insuficiente."²¹

Cabe dizer que por mais que muitas decisões das cortes norte-americanas tenham se pautado na suposta comprovação de um efeito dissuasório das execuções, tais estudos não estão privados de críticas²². A resposta para a crítica costuma ser bastante direta. Ainda que não se possa evidenciar de forma definitiva a dissuasão da prática criminosa a partir da existência e aplicação da pena de morte, a mera possibilidade de que tais efeitos sejam reais seria suficiente para que muitos estados mantivessem o instituto diante do risco, por menor que seja, de provocar um aumento na criminalidade após a abolição da pena capital.

²¹ "Sunstein and Vermeule portray the central deontological objections to capital punishment as entirely confined to the "capital" aspect of it, and thus they are able to make their argument from moral equivalence: if government killing by execution is wrong, so is government "killing" through inadequate deterrence. But if government executions are wrong not only because they are killings but also because they constitute unjust "punishment," then there is no equivalence between what the government is doing through executions and what it is doing through inadequate deterrence." STEIKER, Carol S. No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty. *Stanford Law Review*, Vol. 58, 2006, p. 764.

²² "As summarized by Jeffrey Fagan (2004), two major criticisms stand out. First, all these studies suffer too much from the statistical risk that their overall findings are driven by a few outlier jurisdictions—most notably Texas. Thus, more fine-tuned comparisons between certain states (say, Texas and California) will be needed to retest the results. Next, the studies do not take account of the most important new legal innovation that has arisen in the post-Gregg era—namely, the availability of life without the possibility of parole (LWOP) sentences in all death penalty states except two (New Mexico and, ironically, Texas, where a new LWOP law has just been enacted). LWOP sentences are far more numerous than death sentences these days, and beyond their obvious incapacitating effect they may well have a powerful deterrent effect as well. (...) Other potential lines of criticism that Fagan suggests include the following: 1. These new studies tend to aggregate several forms of murder, and, as above, the one study that breaks them down purports to find all forms deterrable. This conclusion may be implausible if we believe that heat-of-passion killings are necessarily somewhat harder to deter than other murders. If so, more fine-tuned research will be needed, especially of such specific contextual factors as the availability of guns in certain domestic situations. 2. The new studies do not control for the phenomenon of autoregression, that is, the influence that trends in certain years may exert over longitudinal or time series data covering succeeding years. This problem is especially serious in the context of very rare events like executions. 3. The new studies are only sporadically successful, at best, in accounting for controls supplied by the various operations of the criminal justice system, including such essential factors as the success of police in even identifying offenders. It is a virtual cliché of criminal deterrence that the certainty of punishment, of any type, is a more effective deterrent than the possibility of severe punishment, contingent on apprehension and conviction. If the cliché is true, then initial police success in catching offenders should be a more effective deterrent than the rarer death sentences or still rarer executions. If high-executing states also have higher-than-average homicide clearance or arrest rates, this fact could explain the apparent deterrent effects. Some of the newer studies try to control for murder or homicide arrest rates (Dezhbaksh et al. 2002, Mocan & Gittings 2005). But because arrest rates are likely to be particularly high for homicides that are not death-eligible or for which the death penalty is seldom given (e.g., fights between friends, crimes of passion), the adequacy of the control is questionable unless arrest rates as well as homicide rates are broken down by the death-eligibility of the crime. Unfortunately, none of the new studies attempts that breakdown. 4. The studies ignore large amounts of missing data in important states such as Florida, thus potentially biasing their conclusions. Fagan suggests that different techniques for restoring missing data should be used to determine whether the lack of available data can explain findings of deterrence." WEISBERG, Robert. *The Death Penalty Meets Social Science: Deterrence and Jury Behavior Under New Scrutiny*. *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 1 (2005), p. 107-108.

1.4. Condenação de inocentes

Por fim, há também a preocupação com a condenação de inocentes. A bancada pró-*death penalty* insiste em dizer estar presente em todo tipo de procedimento penal, ao passo que os abolicionistas respondem chamando a atenção para o caráter definitivo da execução.

Ao contrário dos questionamentos anteriores, o Poder Judiciário dos Estados Unidos já abordou a constitucionalidade da pena de morte com base exclusivamente no prisma do risco de condenação de inocentes, tomando por base a irreversibilidade da aplicação da sanção.

Em 2002, o juiz federal do distrito de Nova Iorque, Jed Rakoff, julgando o caso *United States v. Quinones*²³, decretou a inconstitucionalidade da pena capital. Alan Quinones e Diego Rodriguez, foram indiciados pela prática de homicídio em concurso com o crime de extorsão. O governo logo informou que buscava a pena de morte. Em resposta, Quinones e Rodriguez peticionaram perante o juízo para que fosse declarada a inconstitucionalidade do *Federal Death Penalty Act*.

O fundamento dos peticionários era que os avanços tecnológicos do fim do século XX, notadamente o exame de DNA, revelavam que muitos condenados à morte eram inocentes. Frise-se que, muito embora Quinones não alegasse ser inocente, a defesa alegava que tal risco seria suficiente para que ninguém pudesse ser condenado à morte. O magistrado foi convencido, aduzindo para tanto que:

"A melhor evidência disponível indica que, por um lado, pessoas inocentes são condenadas à morte com maior frequência do que se acreditava antigamente e, por outro, provas convincentes da sua inocência normalmente não aparecem até muito tempo depois da sentença. Dessa forma, é plenamente previsível que a aplicação da pena de morte pode significar que muitas pessoas inocentes serão executadas, indivíduos que poderiam eventualmente comprovar sua inocência. Consequentemente, a implementação do *Federal Death Penalty Act* não só priva pessoas inocentes de oportunidades significativas de comprovar sua inocência, e portanto o procedimento viola o devido processo legal, mas também cria um risco inaceitável da execução de inocentes, atentando contra a perspectiva material do devido processo."²⁴

²³ *United States v. Quinones*, 205 F. Supp. 256 (2002).

²⁴ "The best available evidence indicates that, on the one hand, innocent people are sentenced to death with materially greater frequency than was previously supposed and that, on the other hand, convincing proof of their innocence often does not emerge until long after their convictions. It is therefore fully foreseeable that in enforcing the death penalty a meaningful number of innocent people will be executed who otherwise would eventually be able to prove their innocence. It follows that implementation of the *Federal Death Penalty Act* not only deprives innocent people of a significant opportunity to prove their innocence, and thereby violates procedural due process, but also creates an undue risk of executing innocent people, and thereby violates substantive due process." Ibidem.

A decisão, no entanto, foi revertida pela Corte de Apelação do 2º Circuito dos Estados Unidos, não por expressa discordância das razões apresentadas por Rakoff, mas porque já vigia, no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos – com caráter vinculante às instâncias inferiores –, entendimento consolidado acerca de pleitos de inocência na condução da pena de morte.

Em 1982, Leonel Torres Herrera foi condenado pela prática de homicídio e sentenciado à morte. Em 1992, 10 anos após a condenação, a defesa de Herrera impetrou *habeas corpus* sob o argumento de que era na verdade inocente, e que o verdadeiro culpado pelo crime teria sido seu recém-falecido irmão. O pedido do *habeas corpus* não era exatamente pela inconstitucionalidade da pena de morte, mas pela revogação da sua pena.

O caso chegou à Suprema Corte²⁵, que denegou a ordem. A opinião dos *Justices* foi no sentido de que o que a Constituição garante a todo e qualquer cidadão sob a proteção do devido processo legal é que ele seja submetido a um julgamento justo, o que já havia sido oportunizado ao Paciente. A reiteração de *habeas corpus* desvinculada de qualquer pleito constitucional independente era tratada como, no mínimo, abusiva, uma vez que todas as chances de comprovação de inocência já teriam sido concedidas durante a instrução criminal ordinária, de modo a inexistir qualquer inconstitucionalidade da pena de morte com base exclusivamente em possíveis pleitos de inocência²⁶.

Especificamente no que diz respeito à situação de Herrera, William Rehnquist, então *Chief Justice* da Suprema Corte e responsável pelo voto condutor, em exercício especulatório, analisou o pleito do Paciente:

"Vamos assumir, para fins de argumentação, que, em um caso capital, uma demonstração extremamente persuasiva de 'verdadeira inocência' feito após um julgamento tornaria a execução do defendente inconstitucional, e desse modo, ensejaria a concessão de *habeas corpus* se não houvesse um caminho na esfera estadual para processar tais pleitos. Mas devido ao nefasto efeito que admitir tais teses de verdadeira inocência surtiria na necessidade de finalidade dos casos capitais, e o altíssimo ônus que refulgar casos baseados em

²⁵ *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993).

²⁶ "As the foregoing discussion illustrates, in state criminal proceedings, the trial is the paramount event for determining the guilt or innocence of the defendant. Federal habeas review of state convictions has traditionally been limited to claims of constitutional violations occurring in the course of the underlying state criminal proceedings. Our federal habeas cases have treated claims of "actual innocence," not as an independent constitutional claim, but as a basis upon which a habeas petitioner may have an independent constitutional claim considered on the merits, even though his habeas petition would otherwise be regarded as successive or abusive." *Idem*.

evidências sólidas teria sobre os estados, o limiar necessário para demonstrar esse direito teria que ser extraordinariamente alto. A demonstração do peticionário no presente caso está longe de atingir tal limiar."²⁷

O que se depreende do excerto acima é que as Cortes não fechariam as portas para demandas fundamentadas na inocência do Peticionário, mas que seria necessária uma demonstração irrefutável da sua ausência de culpa na prática delituosa, requisito que Herrera não alcançou.

É imperioso destacar, ainda, como fez o então *Chief Justice*, que, historicamente, o remédio “adequado” para tais pedidos não era a revisão judicial, mas sim a concessão de clemência pelo Poder Executivo. Dessa forma, o risco de execução de inocentes não seria ignorado pelo Direito norte-americano, sendo combatido na instrução processual sob a guarda do *due process of law* e, ao final, ainda sujeito ao crivo do Governador de cada estado ou Presidente dos Estados Unidos, no caso da pena de morte prolatada por cortes federais.

De fato, os números comprovam o argumento da Suprema Corte. Entre 1973 e 2013, mais de 140 condenados foram exonerados do corredor da morte e postos em liberdade devido à comprovação de sua inocência, graças à concessão de clemência pelo Poder Executivo²⁸.

O argumento contrário à pena capital com base no elevado risco de execução de pessoas inocentes existe, tanto que foi submetido às Cortes mesmo após o posicionamento da Suprema Corte, que, como se viu, não restringiu expressamente o alcance do Poder Judiciário aos litígios que versem sobre possível inocência dos condenados. Por outro lado, parece seguro afirmar que o Estado já proporciona aos seus jurisdicionados mecanismos suficientes para combater o risco de condenação de inocentes. A conclusão que se extrai de *Quinones* é que muito embora a Suprema Corte já tenha decidido pela constitucionalidade da pena de morte diante de tais argumentos, ainda há juízes que insistem em declará-la inconstitucional, revelando certa resistência interna no próprio Poder Judiciário ao instituto.

²⁷ “We may assume, for the sake of argument in deciding this case, that, in a capital case, a truly persuasive demonstration of “actual innocence” made after trial would render the execution of a defendant unconstitutional, and warrant federal habeas relief if there were no state avenue open to process such a claim. But because of the very disruptive effect that entertaining claims of actual innocence would have on the need for finality in capital cases, and the enormous burden that having to retry cases based on often stale evidence would place on the States, the threshold showing for such an assumed right would necessarily be extraordinarily high. The showing made by petitioner in this case falls far short of any such threshold.” *Idem*.

²⁸ “House Judiciary Subcommittee on Civil & Constitutional Rights Staff Report”, disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/innocence-and-death-penalty>, acessado em 22/11/2014.

Ainda assim, o tema é recorrente nos debates sobre o cabimento da pena de morte no século XXI. Não se olvida, no entanto, que a constante modernização de técnicas investigativas e comprobatórias, como a realização de perícias, exames de DNA²⁹ e outras medidas não parece ter sido levada em conta pela Suprema Corte no início da década de 90, mas terão um papel cada vez maior nos próximos casos dado sua capacidade de solucionar injustiças em razão da falibilidade dos métodos anteriores³⁰.

²⁹ Entre 1979 e 2013, houve 321, exonerações nos Estados Unidos com base em exames de DNA. “*The Innocence Project: DNA Exoneree Case Profiles*”, disponível em: <http://www.innocenceproject.org/know/>, acessado em 22/11/2014.

³⁰ Basta imaginar, por exemplo, uma condenação ocorrida muitos anos atrás que possa ser elucidada com o surgimento de novas tecnologias, podendo, inclusive, comprovar a inocência do requerente.

Capítulo 2: Panorama da Pena de Morte nos Estados Unidos

Sem uma proibição constitucional do sentenciamento capital, a regulamentação da pena de morte fica a cargo e critério de cada jurisdição norte-americana. A autonomia política concedida a cada estado pelo modelo de federação dos Estados Unidos permite que cada ente federado legisle e aplique a pena capital da forma mais adequada para seus jurisdicionados.

Elementos como a religião dominante, índices de homicídios e criminalidade em geral, localização geográfica e ideologia política do governo são rotineiramente utilizados para lastrear alterações, não só legislativas, mas também executivas e judiciárias, do instituto, mas nem sempre são indicativos aptos a demonstrar qualquer relação de causalidade com a pena de morte.

Dados de 2014 do *Death Penalty Information Center*³¹ apontam que dos 5 estados com maior taxa de homicídios por habitante, dois não têm a pena de morte. Em Louisiana, onde há pena de morte, são 11,2 homicídios para cada 100.000 habitantes, enquanto o segundo lugar fica com o estado de Maryland, que aboliu a pena capital em 2013. Não se ignora o fato de que a abolição muito recente possa não ter surtido efeito imediato nos índices, mas Maryland já quase não aplicava a pena de morte, com apenas 5 execuções desde 1976³².

No extremo oposto da tabela também figura um estado com a pena de morte. Em New Hampshire, onde apesar da previsão legislativa, não houve nenhuma execução – mas há condenações, com um único detento no corredor da morte em 2014 – desde 1976, há apenas 1 homicídio para cada 100.000 habitantes. Os estados seguintes, Vermont e Iowa, ambos sem a pena de morte desde a década de 60, apresentam índices de 1,1 e 1,3 homicídios, respectivamente.

Outros estados que aboliram a pena capital recentemente apresentam indicativos bastante intermediários. Connecticut, que pôs fim à pena de morte em 2012, é o 23º dos 50 estados, além do Governo Federal e do Distrito de Columbia, com menor índice de homicídios, com 3,6 assassinatos a cada 100.000 habitantes. Nova Jersey e Nova Iorque, ambos sem a pena

³¹ Anexo I. Tabela I.

³² Conforme será visto no capítulo 3, o ano de 1976 é utilizado como parâmetro porque pôs fim à moratória da pena capital iniciada no fim da década de 60, sendo considerada uma nova fase da pena de morte.

capital desde 2007, são o 25º e 28º, respectivamente, ambos abaixo da média nacional de 4,8 homicídios para cada 100.000 habitantes.

A conclusão que se extrai da análise dos dados é que a regulamentação da pena capital por estado acaba sendo definida a partir de indicativos pessoais e da aceitabilidade social da pena de morte em cada jurisdição. Os índices de criminalidade são tão variáveis que não se pode vincular tais elementos à possibilidade de execução de criminosos. Não é possível estabelecer qualquer relação de causa ou consequência entre as taxas de homicídios e a aplicação (ou mera existência) da pena de morte.

Diante de tal prognóstico, o presente capítulo se destina a apresentar dados objetivos sobre a pena capital em todo o território norte-americano, tais como que estados ainda permitem a execução de criminosos, histórico recente de condenações e execuções e métodos de execução utilizados e o Estados Unidos afora.

2.1. Mapa da pena capital por estado³³

O primeiro estado a abolir a pena capital nos Estados Unidos foi Michigan, no longínquo ano de 1846. Desde então, outras 18 jurisdições seguiram o exemplo e extinguiram a pena de morte de seus respectivos ordenamentos jurídicos. No total, dentre os 50 estados federados, além do Distrito da Columbia, Governo Federal e as Forças Armadas, são 19 os que extirparam a sanção capital de sua legislação, com 34 jurisdições em que as execuções ainda são possíveis.

A maior concentração de movimentos abolicionistas ocorreu na última década. Entre 2007 e 2014, Nova Iorque, Nova Jersey, Illinois, Novo México, Connecticut e Maryland, já em 2013, puseram fim às execuções em seu território. Os três últimos, no entanto, mantiveram as condenações existentes à época, e, em conjunto, mantêm até hoje 17 detentos no corredor da morte aguardando suas respectivas execuções.

Dentre as 19 jurisdições acima (18 estados e o Distrito da Columbia), dez deles já haviam abolido o instituto até o início da década de 70. Os outros 9 ainda previam a pena de morte mesmo após a sua reforma nacional em 1976. Desde então, desses 9, apenas 4, Maryland, Connecticut, Novo México e Illinois, efetivamente executaram criminosos após 1976, os dois últimos com uma execução cada. A proibição formal da pena de morte, portanto, reflete a

³³ Anexo I. Tabela I.

realidade histórica dos estados abolicionistas. As execuções e condenações eram muito infrequentes. Em Maryland, por exemplo, no ano de 2013, quando pôs fim à pena capital, havia apenas 4 detentos no corredor da morte.

Também merece destaque a abolição da pena de morte em Nova Iorque. Desde que as execuções começaram a ser registradas nos Estados Unidos, aquele estado figura como o 3º que mais fez uso do instituto no país, com 1.130 execuções, atrás apenas de Virgínia, com 1.387 e Texas, com 1.274. O diferencial de Nova Iorque é que todas as execuções ocorreram antes de 1976. Desde então, as condenações persistiam, mas o estado não aplicava a pena capital. A situação é parecida na Pennsylvania, que ainda prevê a pena de morte para alguns crimes. Antes de 1976, foram 1.040 as execuções neste estado, mas após a reforma do instituto apenas 3 vezes a sanção foi de fato aplicada.

O estado do Texas, por outro lado, é emblemático. Das 1.274 execuções registradas, 519 – mais de 40% – ocorreram após 1976. A proporção só não é maior do que em Oklahoma, com 45%. São estados que efetivamente fazem uso da pena capital.

Há outros, ainda, que mantiveram a pena de morte ao longo dos anos e ainda condenam criminosos, mas não os executam. Em Nevada, Califórnia e Flórida, o número de detentos atualmente no corredor da morte já supera todas as execuções registradas. No primeiro, são 79 pessoas aguardando a aplicação da pena contra 73 execuções, com 12 delas após 1976. A Califórnia é um dos estados com maior número de condenações, com 745 presos no corredor da morte, contra 722 execuções na história do estado (apenas 13 após 1976). Na Flórida, são 403 detentos contra 403 execuções. Nos três estados somados, são 1.228 pessoas atualmente no corredor da morte contra 1.198 execuções e apenas 114 desde a reforma da pena de morte.

A bem da verdade, a aplicação da pena de morte em tais situações em nada difere da prisão perpétua. Na Califórnia, desde 1976, enquanto 13 indivíduos foram efetivamente executados, outros 90 morreram por causas naturais no corredor da morte³⁴. A manutenção da pena capital foi posta em jogo quando a *Proposition 34* foi levada a voto popular. Apesar da

³⁴ "California's Death Penalty: A Year in Review", disponível em: <http://verdict.justia.com/2013/11/18/californias-death-penalty-year-review>, acessado em 22/11/2014.

utilização quase nula da pena de morte naquele estado, a proposta foi derrotada por 52% dos votos válidos³⁵.

A pena de morte federal, por sua vez, apresenta dados relativamente próximos à média nacional. Não foram muitas as execuções antes de 1976 (340), mas houve apenas 3 aplicações da pena de morte desde o marco da reforma da pena capital. As condenações, no entanto, persistem, com 60 detentos no corredor da morte no ano de 2014. A possibilidade de novas condenações é real, uma vez que os órgãos persecutórios federais continuam buscando a pena de morte nos tribunais³⁶.

Diante dos indicativos apresentados, o que se vê é o peso político da pena capital, aliado às diferenças culturais entre as diversas jurisdições norte-americanas, como efetivo baluarte da pena de morte. Muitos estados apresentam condenações e execuções tão infrequentes que a manutenção do instituto é, no mínimo, questionável. Conforme dito acima, também não se pode traçar uma relação direta entre a pena de morte e os índices de criminalidade, ainda mais quando se vê que as experiências de cada estado quanto à sua aplicação são tão distintas. Parece, no entanto, que, apesar do crescimento do movimento abolicionista no plano nacional, a confiança na pena de morte e o risco da efetiva existência de um efeito dissuasório, conforme trazido no capítulo anterior, mantém a sanção capital como pena aplicável na grande maioria das jurisdições estadunidenses.

2.2. Métodos de execução³⁷

A evolução nos métodos de execução tem estreita ligação com os avanços tecnológicos. Há muito tempo se busca formas moralmente aceitáveis de se pôr fim à vida dos condenados. Até a câmara de gás, quando foi implementada pela primeira vez em 1924 pelo estado de Nevada, foi apresentada como uma alternativa mais humana à cadeira elétrica e ao enforcamento³⁸.

³⁵ A aprovação do projeto teria substituído a pena de morte pela prisão perpétua sem condicional como a sanção penal mais grave da Califórnia.

³⁶ "U.S. Is seeking Death Penalty in Boston Case", disponível em: http://www.nytimes.com/2014/01/31/us/boston-marathon-bombing-case.html?_r=1, acessado em 22/11/2014.

³⁷ Anexo I. Tabela I.

³⁸ "The lethal history of the gas chamber", disponível em: <http://www.crimelibrary.com/blog/article/the-lethal-history-of-the-gas-chamber/index.html>, acessado em 22/11/2014.

Atualmente, todas as jurisdições norte-americanas que ainda possuem a pena de morte adotam como método primário a injeção letal. A aplicação convencional do método consiste na introdução direta na veia de um coquetel de três drogas: a primeira, sedativa ou anestésica, seguido de alta dose de brometo de pancurônio (paralisante muscular), e, por fim, o cloreto de potássio força uma parada cardíaca quase imediata³⁹.

Em 18 das 34 jurisdições norte-americanas com pena capital, apenas a injeção letal é legalmente permitida. Em outros 9 o executando pode optar entre a injeção e outros métodos, como a cadeira elétrica (Alabama, Flórida, Carolina do Sul e Virgínia), a câmara de gás (Califórnia e Montana) ou enforcamento (Nova Hampshire e Washington). Em alguns estados em que métodos alternativos já foram extintos, no entanto, aqueles que já habitavam o corredor morte antes da abolição ainda podem por eles optar. É o caso de Utah, por exemplo, onde os condenados antes de 2004 ainda podem escolher a morte por fuzilamento⁴⁰. Na pena de morte federal será aplicado o método previsto pelo estado onde a pena for imposta.

Ao contrário do que logo se imagina, a discussão sobre os métodos utilizados para as execuções não é dos pontos mais controversos relativos à pena de morte. A Suprema Corte, por exemplo, nunca declarou nenhum método inconstitucional. Pelo contrário: nas duas vezes em que teve que se manifestar sobre as formas pelas quais a pena de morte seria conduzida, chancelou a pena capital sem vislumbrar qualquer inconstitucionalidade.

A primeira vez que a discussão chegou na Suprema Corte dos Estados Unidos foi em 1947⁴¹. Willie Francis havia sido condenado à morte, tendo sido submetido à cadeira elétrica em 3 de maio de 1946. O aparelho, no entanto, apresentou falhas e o choque não foi suficiente para matá-lo. Testemunhas teriam escutado Francis aos berros durante o mal funcionamento da cadeira elétrica, pedindo aos agentes carcerários que retirassem o aparelho para que ele pudesse respirar. O questionamento sobre a constitucionalidade de “executá-lo novamente” foi levado à maior instância do Poder Judiciário dos Estados Unidos, instado a se manifestar sobre potenciais violações à 5ª e a 8ª Emendas à Constituição.

³⁹ Alguns estados, como Ohio, têm estudado a utilização de protocolos com apenas 2 ou até 1 única droga. "Death Penalty Information Center: Lethal Injection", disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/lethal-injection-moratorium-executions-ends-after-supreme-court-decision>, acessado em 22/11/2014.

⁴⁰ Desde 1976, apenas 3 réus optaram pelo fuzilamento em Utah, sendo o último em 2010. "Ronnie Lee Gardner Executed by Firing Squad in Utah", disponível em: <http://abcnews.go.com/GMA/Broadcast/convicted-killer-ronnie-lee-gardner-executed-utah/story?id=10949786>, acessado em 22/11/2014.

⁴¹ *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459 (1947).

A Corte, no entanto, não encontrou nenhum problema. Para os 5 *Justices* que compuseram a maioria, não havia nenhuma diferença entre uma nova execução após a falha do equipamento e a submissão de um indivíduo a um novo julgamento após algum erro procedimental no trâmite anterior. Afastada a alegada violação à *double jeopardy clause*, Willie Francis foi finalmente executado em 9 de maio daquele ano.

Já em 2008, tendo em vista o avanço na utilização da injeção letal, conforme visto acima, o *three-drug protocol* veio a ser questionado perante a SCOTUS⁴². Argumentava-se que a alta precisão necessária para que as drogas surtisser o efeito esperado traria consigo riscos suficientes de erro na sua aplicação, podendo causar dor e sofrimento ao executando.

A maioria Corte ratificou a constitucionalidade da pena de morte e também do método de aplicação da injeção letal. Segundo o *Justice* Roberts, a simples alegação de que o protocolo das três drogas seria de difícil aplicação, ainda que ilustrada por casos esporádicos em que se erros fossem cometidos, não seria suficiente para que se concluísse pela sua inconstitucionalidade sob a 8ª Emenda.

Apesar da chancela da Suprema Corte e da aparente aceitabilidade do progresso da injeção letal como um método de execução mais humano, a administração das drogas ainda é confusa e objeto de muitas críticas⁴³. Os estados que tentaram introduzir novos protocolos, como Ohio⁴⁴ e Oklahoma⁴⁵, tiveram problemas nos primeiros testes. A grande dúvida quanto à injeção letal é se o que torna o método “indolor” seria a primeira droga, responsável pela paralisação do corpo. O indivíduo que fica paralisado não pode demonstrar nenhum sofrimento, como fez William Francis ao perceber que a cadeira elétrica não estava funcionando direito. Não se pode saber se o relaxante muscular, por exemplo, foi injetado incorretamente, como já aconteceu na Flórida⁴⁶, o que poderia submeter o executando ao sofrimento de estar acordado enquanto a terceira droga força uma parada cardíaca.

⁴² *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008).

⁴³ ZIMMERS, Teresa A. et al. *Lethal Injection for Execution: Chemical Asphyxiation?* disponível em: <http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10.1371/journal.pmed.0040156>, acessado em 22/11/2014.

⁴⁴ "Controversial execution in Ohio uses new drug combination", disponível em: <http://edition.cnn.com/2014/01/16/justice/ohio-dennis-mcguire-execution/>, acessado em 22/11/2014.

⁴⁵ "Oklahoma execution: Clayton Lockett writhes on gurney in botched procedure", disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2014/apr/30/oklahoma-execution-botched-clayton-lockett>, acessado em 22/11/2014.

⁴⁶ RADELET, Michal L. *Examples of Post-Furman Botched Executions*, disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/some-examples-post-furman-botched-executions>, acessado em 22/11/2014.

Ainda assim, parece que a Suprema Corte preferiu deixar a dúvida para as jurisdições estaduais. Os estados de Oklahoma, Utah e Wyoming, inclusive, adiantando-se a possíveis decisões judiciais sobre a constitucionalidade da injeção letal, já prescrevem em seus estatutos de pena de morte a adoção de métodos alternativos. A estratégia, no entanto, apenas posterga uma eventual decisão final sobre a constitucionalidade da pena de morte.

Capítulo 3: Década De 70: A Reviravolta do Sentenciamento Capital

Durante grande parte da história dos Estados Unidos a constitucionalidade da pena de morte e questões procedimentais atinentes à sua aplicação restou incontestado. Dessa forma, a Suprema Corte se posicionou pela primeira vez sobre o tema em 1932, em *Powell v. Alabama*⁴⁷, em que homens acusados de estupro foram condenados à morte sem que tivessem se consultado com advogados, exceto por alguns minutos antes do julgamento. A Corte decidiu, então, que a ausência de defesa técnica em procedimento capital violava o devido processo legal, tornando obrigatório que se possibilite ao deficiente a assistência de advogado.

Desde então até o início da década de 70, foram poucos os avanços da constitucionalização da pena capital pela Suprema Corte. O episódio mais significativo durante tal interregno foi em 1968, quando a Suprema Corte declarou inconstitucional norma do *death-penalty statute* de Illinois que permitia a exclusão de jurados que tivesse objeções à pena de morte⁴⁸.

Justamente no período entre 1966-1972, o apoio à pena de morte chegou ao seu menor nível. Observando principalmente o movimento internacional pela abolição da pena capital, apenas cerca de 42% da população americana apoiava a prática⁴⁹. Os questionamentos chegavam à Suprema Corte, que não respondia aos anseios da população com a velocidade necessária. Entre 1967 e 1972, os estados norte-americanos impuseram o que ficou conhecido como a "moratória voluntária", período em que não ocorreu nenhuma execução⁵⁰.

Um posicionamento oficial era necessário. Cientes de que teriam que se manifestar sobre a pena de morte, a Suprema Corte concedeu *certiorari* para analisar dois casos: *McGautha v. California* e *Crampton v. Ohio*⁵¹, que viriam a ser julgados conjuntamente em 1971.

3.1. A pena de morte em tese: primeiros questionamentos

⁴⁷ *Powell v. Alabama*. 287 U.S. 45 (1932).

⁴⁸ A Suprema Corte decidiu que apenas poderiam ser excluídos aqueles que não fossem capazes de seguir as instruções do juiz. *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968).

⁴⁹ "Recent Legal History of the Death Penalty in America: American capital punishment goes to court", disponível em: <http://usgovinfo.about.com/library/weekly/bldeathpenalty.htm>, acessado em 22/11/2014.

⁵⁰ CASWELL, Randy S. *Called for Duty*. Trafford Publishing, 2013. p. 62.

⁵¹ *McGautha v. California*. 402 U.S. 183 (1971).

McGautha e *Crampton* apresentaram argumentos diferentes para buscar da Suprema Corte um pronunciamento pela inconstitucionalidade da pena de morte com base na *due process clause*. O primeiro alegava que não existia qualquer parâmetro para a aplicação da pena de morte, de modo que condenados pela prática de determinados crimes ficavam à mercê da discricionariedade do júri⁵². *Crampton*, por sua vez, questionava o procedimento de sentenciamento dos defendentes capitais, realizado em procedimento único quando deveria, segundo o defendente ser bifurcado.

O *Justice Harlan*, representando a maioria da Corte, redigiu o acórdão posicionando-se desfavoravelmente ao primeiro pleito. Para o Tribunal, seria tarefa impossível para o Poder Legislativo imaginar toda e qualquer circunstância que pudesse afetar a tomada de decisões do júri. Além disso, ainda que tal tarefa fosse possível, a existência de uma lista taxativa de critérios a serem observados na fixação da pena tornariam a instituição do júri inútil, já que a legislação traria consigo a resposta para todos os *capital trials*. O voto divergente do *Justice Brennan* quanto ao primeiro argumento da maioria merece destaque:

"Ao contrário da Corte, eu não acredito que as legislaturas dos 50 estados são tão desprovidas de sabedoria e razão que as tornariam incapazes de enfrentar o problema da pena capital diretamente e determinar, eles próprios, os critérios que devem ser observados para definir quais criminosos capitais devem morrer ou viver."⁵³

A tese defendida por *Crampton* não recebeu melhor sorte. O defendente alegava que o procedimento único para julgar a culpa e a pena impedia que o réu pedisse clemência à Corte, apresentasse remorso ou outro sentimento que poderia livrá-lo da pena capital. A impossibilidade resultaria em potencial violação à vedação à autoincriminação da 5ª Emenda Constitucional, uma vez que para tentar sensibilizar o corpo de sentença o acusado teria que admitir a prática criminosa. Dessa forma, pedia à Suprema Corte que obrigasse os estados a dividir o julgamento dos processos suscetíveis à aplicação da pena de morte.

⁵² Os diversos estados norte-americanos que promulgaram nova legislação apresentam distinções significativas. Montana, por exemplo, é o único estado no qual a decisão da aplicação da pena (de morte ou perpétua) é feita pelo juiz singular, cabendo ao júri apenas encontrar circunstâncias agravantes que justificariam a pena capital. Outros estados outorgam à decisão do júri caráter vinculante, enquanto também há aqueles nos quais a palavra dos jurados não passa de mero parecer.

⁵³ "Unlike the Court, I do not believe that the legislatures of the 50 states are so devoid of wisdom and the power of rational thought that they are unable to face the problem of capital punishment directly, and to determine for themselves the criteria under which convicted capital felons should be chosen to live or die." Idem.

A Corte, pelo mesmo placar de 6 a 3, não deu razão ao recorrente sob o fundamento de que a incompatibilidade argumentativa aduzida não era exclusiva dos casos de pena de morte e, portanto, não justificava qualquer distinção procedimental entre os crimes sujeitos à perda da vida e aqueles com, no máximo, privação da liberdade.

3.2. O sobrestamento judicial da pena de morte

Apesar da decisão em *McGautha*, a instabilidade do instituto persistia. Os governadores dos estados de Ohio e Missouri estabeleceram a moratória na pena de morte até que a Suprema Corte decidisse sobre a sua constitucionalidade sob a perspectiva da 8ª Emenda (*cruel and unusual punishment*). Enquanto isso, a Suprema Corte do estado da Califórnia decidiu pela inconstitucionalidade da pena capital em relação à Constituição Estadual⁵⁴.

Diante de tal cenário, a SCOTUS conheceu de *certiorari* em outro processo em que se discutia a constitucionalidade da pena de morte. Em *Furman v. Georgia* (1972)⁵⁵, todos os *Justices* daquele Tribunal apresentaram votos escritos, com fundamentos distintos. Nenhum deles aderiu à fundamentação dos outros. A decisão, por 5 a 4, foi surpreendente: apenas 1 ano após cancelar a pena de morte em *McGautha*, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidia pelo sobrestamento da sanção capital.

A composição do plenário havia sido alterada. Dois *Justices*, Hugo Black e John Harlan – relator do acórdão em *McGautha* – deixaram a Suprema Corte, substituídos por Lewis Powell e William Rehnquist. Curiosamente, no entanto, não se pode justificar a mudança de posicionamento com as novas nomeações, porque os sucessores votaram no mesmo sentido acolhido pelos sucedidos no ano anterior. A tabela abaixo retrata os votos de cada *Justice* nos dois casos:

<i>Justice</i>	Voto em <i>McGautha</i>	Voto em <i>Furman</i>
Warren Burger (<i>C.J.</i>)	Constitucional	Constitucional
Hugo Black	Constitucional	N/A
William Douglas	Inconstitucional	Inconstitucional
John Harlan	Constitucional	N/A

⁵⁴ *People v. Anderson*, 6 Cal.3d 628 (1972).

⁵⁵ *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

William Brennan	Inconstitucional	Inconstitucional
Potter Stewart	Constitucional	Inconstitucional
Byron White	Constitucional	Inconstitucional
Thurgood Marshall	Inconstitucional	Inconstitucional
Harry Blackmun	Constitucional	Constitucional
Lewis Powell	N/A	Constitucional
William Rehnquist	N/A	Constitucional

O quadro mostra que houve, de fato, mudança de entendimento dos *Justices* Stewart e White. Nada obstante, a fundamentação do recurso de *Furman* era muito semelhante às razões de *McGautha*. Alegava-se que a inexistência de parâmetros objetivos para a aplicação da pena de morte resultava em decisões pautadas em critérios arbitrários, como a raça, o sexo e a condição social do defendente. Dessa vez, no entanto, pleiteava-se a violação a norma constitucional diversa, dando início ao controle de constitucionalidade da pena de morte com base na 8ª Emenda à Constituição: a vedação à pena cruel e incomum.

Esta foi a justificativa apresentada pelos *Justices* Stewart e White do novo posicionamento. Enquanto em *McGautha*, o parâmetro de constitucionalidade era a *due process clause*, o problema apresentado em *Furman* foi analisado sob o prisma do *cruel and unusual punishment*, e que a inconstitucionalidade só teria sido demonstrada nesse segundo cenário. Desde então, a observância à 8ª Emenda se tornou o critério para a análise de constitucionalidade de elementos atinentes à pena de morte, culminando na denominada “*death is different doctrine*”⁵⁶. Dessa forma, há de se trazer à baila os diversos argumentos trazidos pelos magistrados para fundamentar seus respectivos votos.

Pela maioria, Douglas asseverou ser a pena de morte inconstitucional devido à sua implementação arbitrária e discriminatória. Apoiando-se em diversos estudos que apontavam

⁵⁶ *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

vieses raciais⁵⁷, o *Justice* reconhecia que não se poderia comprovar uma relação de causalidade, mas os fatos seriam suficientes para que se pudesse chegar a tal conclusão⁵⁸.

Thurgood Marshal, o ex-advogado da *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) que havia conquistado naquela mesma Suprema Corte a derrocada da doutrina *separate but equal*⁵⁹, e primeiro *Justice* negro da SCOTUS e William Brennan fundamentaram seus votos a partir de premissas semelhantes relacionadas à dignidade humana, os chamados “*evolving standards of decency*”⁶⁰, parâmetro que tornaria a ser utilizado no futuro em outros casos, concluindo pela inconstitucionalidade *per se* da pena de morte. Brennan argumentou que se a civilização realmente fosse a favor da pena de morte, ela seria aplicada com maior frequência, enquanto Marshall afirmava que a população não estaria informada o suficiente sobre os aspectos negativos da pena capital.

White, apesar de conceder que a aceitação da pena de morte poderia demonstrar algum aspecto positivo, não acreditava que a sanção da perda da vida alcançaria algum propósito. Ademais, a rara invocação do instituto devido à sua arbitrariedade não permitiria atribuir às execuções qualquer efeito dissuasório⁶¹.

Stewart, por sua vez, acabou cunhando uma das expressões mais famosas sobre a pena de morte em sua argumentação, ao dizer que “as sentenças capitais são tão cruéis e incomuns quanto ser atingido por um raio”⁶². A crueldade seria determinada pela irreversibilidade da pena, enquanto o caráter incomum da *death-penalty* restaria comprovado pela aleatoriedade da sua imposição.

⁵⁷ “*Seventy-five of the 460 cases involved codefendants, who, under Texas law, were given separate trials. In several instances where a white and a Negro were co-defendants, the white was sentenced to life imprisonment or a term of years, and the Negro was given the death penalty. Another ethnic disparity is found in the type of sentence imposed for rape. The Negro convicted of rape is far more likely to get the death penalty than a term sentence, whereas whites and Latins are far more likely to get a term sentence than the death penalty.*” KOENINGER, Rupert C., 1969 apud idem.

⁵⁸ “*We cannot say from facts disclosed in these records that these defendants were sentenced to death because they were black. Yet our task is not restricted to an effort to divine what motives impelled these death penalties.*” Idem.

⁵⁹ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁶⁰ Idem.

⁶¹ “*Nor could it be said with confidence that society’s need for specific deterrence justifies death for so few when for so many in like circumstances life imprisonment or shorter prison terms are judged sufficient, or that community values are measurably reinforced by authorizing a penalty so rarely invoked.*” Idem.

⁶² “*These death sentences are cruel and unusual in the same way that being struck by lightning is cruel and unusual. For, of all the people convicted of rapes and murders in 1967 and 1968, many just as reprehensible as these, the petitioners are among a capriciously selected random handful upon whom the sentence of death has in fact been imposed.*” Idem.

Da divergência, merecem ênfase os votos proferidos pelos *Justices* Blackmun e Powell. O primeiro – que muitos anos depois, ainda na Suprema Corte, viria a “desistir” da pena de morte⁶³ - frisou que não cabia ao Poder Judiciário a autoridade de ditar o cabimento da pena capital. Powell complementou argumentando que a lentidão e a pressão política existentes no processo legislativo não justificaria a intrusão judicial na tomada de decisões de natureza de política pública.

Há de se frisar que a decisão não abordou diversos outros argumentos contra a aplicação da pena de morte. Nesse sentido, destaque-se que nenhum *Justice* discorreu sobre o risco de execução de inocentes, o custo das execuções⁶⁴, os métodos de execução em si e até mesmo o contexto internacional, extremamente relevante na década de 1960 quando foi declarada a moratória, conforme explicado no início deste capítulo.

A decisão majoritária alcançada em *Furman v. Georgia* pode ser interpretada como uma “moratória judicial” da pena de morte. Isto porque o cerne dos votos proferidos pela Suprema Corte indica que o problema estava na aplicação do instituto, possivelmente motivada por elementos alheios ao direito, de cunho essencialmente discriminatório, falha que os procedimentos de *capital trials* da época eram incapazes de impedir. Diante disso, a aplicação da pena de morte foi suspensa, chegando-se a um período de quase 10 anos sem nenhuma execução nos Estados Unidos.

3.3. A legislação pós-*Furman* e o ressurgimento da pena capital

O hiato, no entanto, teria fim naquela mesma década. A decisão da Suprema Corte não proibia os estados e o Governo Federal de tentar lapidar a pena de morte de modo a compatibilizá-la com os limites constitucionais. Logo após *Furman*, o então Presidente dos

⁶³ “From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death. For more than 20 years I have endeavored - indeed, I have struggled -- along with a majority of this Court, to develop procedural and substantive rules that would lend more than the mere appearance of fairness to the death penalty endeavor. (...) I feel morally and intellectually obligated simply to concede that the death penalty experiment has failed. Rather than continue to coddle the Court's delusion that the desired level of fairness has been achieved and the need for regulation eviscerated, I feel morally and intellectually obligated simply to concede that the death penalty experiment has failed.” *Callins v. Collins*, 510 U.S. 1141 (1994).

⁶⁴ No estado de Kansas, o custo de casos capitais é 70% maior do que os outros casos, inclusive os sujeitos à prisão perpétua (Kansas Performance Audit Report, 2003). Em North Carolina, os *capital trials* custam ao Estado US\$2,16 milhões a mais do que os outros julgamentos, inclusive os de prisão perpétua (Duke University, 1993). No Texas, um caso capital custa cerca de US\$ 2,3 milhões, cerca de três vezes o custo do encarceramento de um indivíduo em cela individual de segurança máxima por 40 anos (Dallas Morning News, 1992).

Estados Unidos Richard Nixon, por exemplo, jurou que trabalharia para restaurar a pena capital federal⁶⁵.

E foi exatamente o que aconteceu: a Califórnia, no mesmo ano de 1972, foi o primeiro dos 37 estados que legislaram para ressuscitar a pena de morte, combatendo especificamente os vícios apontados pelos *Justices* Stewart e White em *Furman*.

Uma vez que a SCOTUS percebeu o problema mas não deu indícios de como solucioná-lo, diversas estratégias foram adotadas. Alguns estados superaram a problemática da arbitrariedade das decisões de pena capital determinando a imposição obrigatória da pena de morte como sanção para alguns crimes. Outros procuraram mitigar os receios da Suprema Corte com a adoção de procedimentos bifurcados e revisão automática pelas instâncias superiores, como fizeram a Geórgia e a Flórida.

A nova legislação entrou em vigor e não demorou muito para que novas condenações chegassem à maior instância judicial dos Estados Unidos. Em 1976, a Suprema Corte julgou conjuntamente *Gregg v. Georgia* e *Proffitt v. Florida*⁶⁶, analisando pela primeira vez as inovações pós-*Furman*. Por 7 votos a 2, os novos estatutos foram aprovados pelo plenário.

Não seria correto dizer que a decisão conflita com aquela de 4 anos antes. Isto porque o fundamento da decisão em *Gregg* foi exatamente a atenção conferida pelos respectivos poderes legislativos às críticas de *Furman*, de modo que considerou-se que as preocupações deste último julgamento não mais persistiam sob a égide da nova regulamentação.

A prova disso é que o relator do voto da maioria foi justamente o *Justice* Stewart, o mesmo magistrado que havia dito que a pena de morte é tão cruel e incomum quanto ser atingido por um raio.

Stewart argumentou que "o indicativo mais marcante da chancela social da pena de morte para homicídios é a resposta legislativa a *Furman*"⁶⁷, representando assim a vontade da população e a aceitação social do instituto. O problema da arbitrariedade, por sua vez, parecia

⁶⁵ "Suspended sentence: how the U.S. almost put capital punishment to death", disponível em: <http://salt.claretianpubs.org/issues/death/hiscap.html>, acessado em 22/11/2014.

⁶⁶ *Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida* (...) 428 U.S. 153 (1976).

⁶⁷ "The most marked indication of society's endorsement of the death penalty for murder is the legislative response to *Furman*." Idem.

estar (no mínimo) bastante reduzido, principalmente devido às inovações legislativas procedimentais:

"As preocupações ditas em *Furman* que o combate à imposição arbitrária e caprichosa da pena de morte pode ser feito alcançado por legislações cuidadosamente elaboradas que assegurem à autoridade judicial informações e diretrizes adequadas. De um modo geral, aqueles problemas são melhor enfrentados por sistemas que prevejam um procedimento bifurcado no qual a autoridade é informada sobre as questões relevantes à imposição da pena e fornecido com parâmetros e guias sobre a utilização de tal informação. (...) Como outra importante proteção à arbitrariedade e capricho, a legislação da Geórgia determina a revisão automática de todas as sentenças de morte pela Suprema Corte estadual."⁶⁸

Note-se que o pleito outrora formulado em *Crampton* foi atendido pelos novos estatutos. Tanto a legislação da Geórgia quanto a da Flórida buscaram solucionar a alegada ausência de critérios para a aplicação da pena capital com a adoção de circunstâncias agravantes.

No primeiro estado, para que o júri pudesse condenar alguém à morte era necessário que estivesse presente pelo menos um dos 10 elementos agravantes presentes no estatuto⁶⁹. Superada essa barreira legal, o júri estaria livre para considerar tudo que estivesse ao seu alcance para estabelecer a pena.

O *Death Penalty Statute* da Flórida, por sua vez, apresentava uma lista de circunstâncias agravantes (semelhantes às da Geórgia) e mitigantes, e determinava ao júri que deliberasse sobre (i) a existência de agravantes, (ii) se os elementos mitigantes seriam suficientes para

⁶⁸ "The concerns expressed in *Furman* that the penalty of death not be imposed in an arbitrary or capricious manner can be met by a carefully drafted statute that ensures that the sentencing authority is given adequate information and guidance. As a general proposition these concerns are best met by a system that provides for a bifurcated proceeding at which the sentencing authority is apprised of the information relevant to the imposition of sentence and provided with standards to guide its use of the information. (...) As an important additional safeguard against arbitrariness and caprice, the Georgia statutory scheme provides for automatic appeal of all death sentences to the State's Supreme Court." *Idem*.

⁶⁹ 1. Se o defendente já foi condenado por algum crime capital ou possui histórico de prática de delitos graves;
2. Se o crime capital foi praticado durante o cometimento de outro crime;
3. Se o defendente criou grave risco de morte a terceiros;
4. Se o defendente cometeu o crime visando obter vantagem pecuniária ou outro valor;
5. Se o defendente matou um juiz ou promotor no exercício de suas funções;
6. Se o defendente contratou um matador;
7. Se o crime foi especialmente vil, horrível ou desumano na medida em que envolveu tortura física ou psicológica ou contínua agressão da vítima;
8. Se o defendente matou um policial, agente penitenciário ou bombeiro no exercício de suas funções;
9. Se o crime foi praticado por alguém que escapou da prisão;
10. Se o crime foi praticado para evitar prisão.
Georgia Death Penalty Statute, 17-10-30, (b), i-x (tradução livre).

superar os agravantes e (iii) se, com base em tais considerações, o defendente deveria ser condenado à morte ou à prisão perpétua⁷⁰.

Muito embora as duas leis analisadas pela Suprema Corte tenham sido declaradas constitucionais e entendidas como suficientes para evitar o problema da arbitrariedade das decisões do júri, o plenário em nenhum momento afirmou o que seria necessário para que se aprove um estatuto de pena de morte sob a égide da *death is different doctrine*. O resultado prático da decisão em *Gregg* foi a reafirmação da pena de morte no território norte-americano, pondo fim à moratória que havia sido iniciada em meados de 1967, mas a análise de conformidade da nova regulamentação da pena capital com os preceitos constitucionais seria feito caso-a caso.

⁷⁰ Serão consideradas circunstâncias mitigantes:

1. Se o defendente não possui histórico de antecedentes criminais significativo;
2. Se o crime capital foi cometido sob a influência de extremo distúrbio mental ou emocional;
3. Se a vítima participou do crime ou consentiu para a sua prática;
4. Se o defendente era cúmplice no crime capital praticado por outro agente e sua participação tiver sido menos significativa;
5. Se o defendente agiu sob coação ou dominação substancial por outra pessoa;
6. Se a capacidade do defendente de compreender a ilegalidade da sua conduta ou se adequar à legislação for substancialmente limitada;
7. A idade do defendente à época do crime.

Florida Death Penalty Statute, 921.141 (2), (5) e (6) (tradução livre).

Capítulo 4: Advocacia de Pena de Morte: O Pilar da Mitigação

Em *Furman e Gregg*, a Suprema Corte determinara os critérios que deveriam ser observados por cada jurisdição no que diz respeito à elegibilidade de seus jurisdicionados à pena capital. Tentando escapar do problema da arbitrariedade das condenações, cunhou-se o pilar do sentenciamento orientado, fornecendo aos órgãos decisórios parâmetros para auxiliar na árdua tarefa de decidir quem pode ser executado.

Os precedentes, no entanto, não trataram – ao menos diretamente – de ponto igualmente importante: em uma situação em que o agente possa, de acordo com o estatuto, ser condenado à morte, como livrar alguém da pena capital, no âmbito da nova doutrina *death is different*? O que pode ser dito ou feito para “absolver” o réu já condenado antes da decisão da suprema corte da pena de morte se os critérios do cabimento da sanção agora devem ser claros?

A resposta, que ganhou respaldo constitucional no mesmo dia do julgamento de *Gregg v. Georgia*, já existia há bastante tempo, mas precisava ser reformulada diante da crescente preocupação da Suprema Corte em legitimar o instituto da pena de morte no seu constante processo de desenvolvimento constitucional.

Nesse sentido, um caso muito famoso da década de 1920 ilustra a importância de se fornecer aos defendentes em processos capitais a oportunidade de pleitear misericórdia, apresentando circunstâncias mitigantes que possam convencer o órgão sentenciante a não aplicar a pena de morte.

Nathan Freudenthal Leopold Jr (Leopold) e Richard Loeb (Loeb), aos 18 e 17 anos, respectivamente, eram conhecidos em Chicago não só por pertencerem a duas das famílias mais ricas da cidade, mas também pelas suas façanhas intelectuais. Leopold já era formado na Universidade de Chicago, havendo relatos de que possuía um QI de aproximadamente 210⁷¹. Loeb é até hoje o aluno mais jovem a se formar na Universidade de Michigan⁷². Leopold foi aprovado para cursar direito na faculdade de Harvard e convidou Loeb para comemorar seu ingresso. Ambos eram fascinados por histórias de crimes e livros de detetives, e decidiram

⁷¹: *Notorious Crime Profiles: Leopold and Loeb, Partners in Crime*, The Biography Channel 2009.

⁷² LINDER, O. Douglas. “*The Leopold and Loeb Trial: A Brief Account*”, 1997, disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/leoploeb/Accountoftrial.html>, acessado em 22/11/2014.

cometer o “crime perfeito”. Planejaram a façanha durante 7 meses, que envolveria o sequestro e o assassinato de Bobby Franks, 14 anos, primo de 2º grau de Loeb.

Em 21 de maio de 1924, Bobby Franks estava caminhando para casa da escola quando Loeb, acompanhado de Leopold, parou seu ao seu lado. Loeb dizia querer discutir algo sobre uma raquete de tênis, esporte pelo qual Bobby Franks era fascinado. O garoto entrou no carro e foi imediatamente assassinado com diversos golpes na cabeça. Os jovens, utilizando ácido hidrolórico, tornaram o corpo irreconhecível e enterraram os restos mortais de Bobby Franks em um terreno que seria concretado poucos dias depois. A partir de então, Leopold passou a entrar em contato com a família do garoto, anonimamente, afirmando ser um sequestrador exigindo resgate para liberar Bobby Franks.

Meses se passaram e o corpo não havia sido encontrado, sendo certo que ninguém suspeitava dos jovens. Até que certo dia um transeunte descobriu uma marca de um pé no concreto onde o cadáver de Bobby Franks havia sido escondido, juntamente com um par de óculos pertencente a Leopold. A partir daí, os jovens foram interrogados e identificados como os autores do crime a partir de depoimentos contraditórios e, por fim, Loeb confessou⁷³. Os dois foram indiciados e acusados pelo sequestro e homicídio de Bobby Franks, crimes sujeitos à pena de morte.

As famílias contrataram o advogado Clarence Darrow, opositor tenaz da pena de morte, no mesmo ano de 1924. Há quem afirme que Darrow teria recebido honorários de US\$ 1.000.000,00⁷⁴. Sabedor de que as provas contra seus clientes eram mais do que suficientes para afirmar uma condenação e provavelmente a execução, a estratégia adotada pelo advogado seria pedir clemência e demonstrar, por meio de circunstâncias mitigantes, o descabimento da pena capital para os dois “brilhantes” jovens de Chicago.

Em um discurso de aproximadamente 12 horas, Clarence Darrow, a partir de críticas ao instituto da pena de morte e métodos desumanos de sanção criminal e, principalmente, apresentando circunstâncias mitigantes consubstanciadas na pouca idade e em vestígios de

⁷³ "Statement of Richard Albert Loeb", disponível em:

http://homicide.northwestern.edu/docs_fk/homicide/5866/LoebStatement.pdf, acessado em 22/11/2014.

⁷⁴ GEIS, Gilbert e BIENEN, Leigh B. *Crimes of the Century*. Boston, 1998 e Urbana Daily Courier, edição de 10 de setembro de 1924. Equivalente a cerca de US\$ \$13.471.040,46 em 2014 (<http://www.dollartimes.com/inflation/inflation.php?amount=100&year=1924>, acessado em 22/11/2014).

insanidade mental de Leopold e Loeb, convenceu o Juiz John R. Caverly, da Corte do Distrito de Cook County, a condená-los à prisão perpétua⁷⁵.

A conclusão que se extrai do caso – que chegou a ser denominado o “Julgamento do Século”⁷⁶ - é justamente que deve haver espaço para que se combata a aplicação da pena de morte com circunstâncias mitigantes. Da mesma forma, a elevadíssima qualidade da defesa técnica oferecida por Clarence Darrow exemplifica a importância do bom exercício da advocacia nos casos capitais.

O estudo da atividade advocatícia de pena capital foi essencial para a adequação constitucional destes procedimentos criminais. Ademais, assim como no Brasil, um dos grandes problemas do sistema criminal norte-americano é a preocupação com a qualidade da defesa técnica, nem sempre possível por fatores dos mais diversos. Nos Estados Unidos, não há grande incentivo para que o Estado providencie bons advogados para atuar contra promotores extremamente bem preparados.

Some-se a isto, como se verá a seguir, quanto à pena de morte, a árdua e complexa tarefa da advocacia de pena capital, casos em que, superada a etapa da condenação pela prática criminosa, o acusado depende da comprovação de elementos particulares que justifiquem a imposição de pena mais branda, atividade esta que necessariamente impõe à defesa ampla pesquisa por circunstâncias mitigantes, de modo que a pesquisa muitas vezes retroage à infância do réu, por exemplo.

Ao longo do século XX, houve diversos casos em que a inaptidão do advogado, apesar de notória, foi observada com desprezo pelas autoridades judiciais, convalidando condenações extremamente questionáveis - para dizer o mínimo. Stephen Bright, em seu artigo “*Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*”⁷⁷, relata histórias em que os advogados brigavam entre si, referiam-se aos seus clientes com jargões raciais, e até um caso em que o advogado dormiu durante parte do julgamento⁷⁸ e outro que foi para o julgamento embriagado⁷⁹. Diante de tal cenário, que apesar de não ser exclusivo da pena

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ BRIGHT, Stephen. *Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*. Yale Law Journal Vol. 103, 1993, p. 1835.

⁷⁸ O autor cita um juiz no distrito de Harris, no Texas, que respondeu a um questionamento do defendente de que seu advogado estava dormindo: “*The Constitution does not say that the lawyer has to be awake*”. Idem, p. 1843.

⁷⁹ Idem.

de morte, é agravado em tais procedimentos devido à natureza da sanção, a Suprema Corte chegou a elaborar um teste de efetividade da advocacia criminal⁸⁰, visando alcançar a maior confiabilidade das condenações em consonância com as disposições constitucionais aplicáveis.

O presente capítulo se destina a demonstrar como a Suprema Corte, já no novo cenário pós-*Furman* e *Gregg*, buscou assegurar aos réus sujeitos à pena de morte condições de se defender e almejar fugir da execução.

4.1. Imposição automática da pena capital

Conforme visto no capítulo anterior, o primeiro passo havia sido dado pela legislação pós-*Furman* com o combate à arbitrariedade das decisões a partir da adoção de critérios de sentenciamento.

Dez estados, no entanto, preferiram resolver o problema da possível influência de elementos como vieses raciais e preconceito social com a adoção da pena de morte como sanção obrigatória para determinados crimes. Em vez de mitigar a arbitrariedade do corpo de sentença, estes estados preferiram acabar com qualquer margem decisória dos respectivos órgãos julgadores.

Dentre tais jurisdições está a Carolina do Norte. E no mesmo dia em que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu *Gregg v. Georgia*, *Woodson v. North Carolina*⁸¹ foi levado a julgamento para decidir se a imposição automática da pena de morte obrigatória ao defendente James Woodson, outrora confirmada pela Suprema Corte da Carolina do Norte, atendia aos requisitos da 8ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Mais uma vez, o *Justice* Stewart foi o responsável pela lavratura da opinião da maioria do Tribunal, que julgou inconstitucional a pena de morte automática, ainda que em resposta à prática dos chamados homicídios de 1º grau, como no caso de James Woodson.

A Corte teve que se posicionar sobre a adoção do instituto por nada menos do que dez estados norte-americanos. A conclusão da maioria foi que a medida fora implementada como

⁸⁰ "For purposes of describing counsel's duties, therefore, (...) [the] proceeding need not be distinguished from an ordinary trial. (...) Thus, a court deciding an actual ineffectiveness claim must judge the reasonableness of counsel's challenged conduct on the facts of a particular case, viewed as of the time of counsel's conduct. (...) An error by counsel, even if professionally unreasonable, does not warrant setting aside the judgment of a criminal proceeding if the error had no effect on the judgment". *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

⁸¹ *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976).

uma “resposta confusa” a *Furman*, de modo a não merecer qualquer respaldo sob a perspectiva da legitimidade democrática. Pelo contrário: a Suprema Corte considerou de extrema relevância o fato de que dos 37 estados que ressuscitaram a pena capital a esmagadora maioria (27) não optou pela imposição automática da pena de morte, demonstrando ser possível combater o problema da arbitrariedade com o sentenciamento orientado.

Ainda mais relevante do que tal aspecto, no entanto, foi a importância dada pela Suprema Corte às características individuais do deficiente de modo a permitir a individualização da pena efetivamente aplicada. A doutrina *death is different* exige um maior grau de confiabilidade das condenações, não podendo a legislação impedir que se apresentem elementos que possam influenciar a tomada de decisões. A pena de morte automática impossibilitava qualquer pleito de misericórdia, vedando qualquer distinção entre os delitos em si e os réus acusados da prática de crime capital:

"Um processo que não garanta qualquer significado a facetas relevantes do caráter e histórico de um criminoso individual ou as circunstâncias particulares do delito exclui da consideração na fixação da pena máxima de morte a possibilidade da introdução de fatores como a compaixão e circunstâncias mitigantes, inerentes à diversificada fragilidade do ser humano. Tal processo trata todas as pessoas condenadas por designados crimes não como indivíduos, únicos cada um do seu jeito, mas como membros de uma massa sem rosto sujeita à imposição cega da pena de morte."⁸²

É necessário lembrar, ainda, que uma das inovações legislativas favoritas da Corte quando *Gregg* foi decidido era o reexame necessário das condenações pelas instâncias superiores de cada estado, impossível de ser realizada caso o estatuto previsse a imposição automática da pena de morte aos seus jurisdicionados. Destacou-se ainda que, caso o júri, por algum motivo, não quisesse aplicar a pena de morte, seria necessária a atuação ilegal dos seus componentes, de modo que a única forma de “absolver” um réu da pena capital seria absolvendo-o da prática do crime.

4.2. A introdução de circunstâncias mitigantes

⁸² “A process that accords no significance to relevant facets of the character and record of the individual offender or the circumstances of the particular offense excludes from consideration in fixing the ultimate punishment of death the possibility of compassionate or mitigating factors stemming from the diverse frailties of humankind. It treats all persons convicted of a designated offense not as uniquely individual human beings, but as members of a faceless, undifferentiated mass to be subjected to the blind infliction of the penalty of death.” Idem.

Com a rejeição da imposição automática da pena de morte, foi firmado pela Suprema Corte o requisito do sentenciamento individualizado, sendo necessário que se oportunizasse ao defendente e à defesa técnica a apresentação de elementos pessoais e circunstanciais que permitissem ao corpo de sentença decidir o cabimento da sanção capital de acordo com as características de cada acusação. Restava saber, ainda, quais seriam os tais elementos de análise necessária à individualização da pena.

Em 1978, chegou à Suprema Corte o caso de Sandra Locket. Em *Locket v. Ohio*⁸³, a defendente havia sido condenada à morte pela prática de um homicídio durante um assalto a uma loja de penhores. Sandra, no entanto, não participara diretamente do homicídio. O plano inicial, formulado com seu irmão e alguns amigos, apenas abrangia o assalto. Não havia planos de matar ninguém. A defendente, por conhecer o dono da loja, apenas ficou no carro durante a ação delituosa, mas houve um disparo acidental e o atendente da loja de penhores foi morto. Os corréus retornaram ao carro e contaram a história para Sandra, que esperava com o motor ligado.

A legislação de Ohio era semelhante à da Flórida. O júri teria que comparar as circunstâncias agravantes e mitigantes presentes no estatuto para chegar a um veredito sobre a pena de morte. As circunstâncias mitigantes legais, no entanto, eram apenas 3, a saber:

- i) Se a vítima induziu ou facilitou a prática do crime;
- ii) Se o crime foi cometido sob coação ou forte provocação; e
- iii) Se o réu possui qualquer psicose ou deficiência mental.

O caso de Sandra não se enquadrava em nenhuma das condições acima, e a condenação foi mantida pelas instâncias superiores estaduais. O grande problema da limitação das circunstâncias mitigantes apresentáveis é que deixavam de fora diversos outros elementos extremamente favoráveis não só a Sandra, mas a todo defendente no estado de Ohio, como a idade, intenção na prática do crime, grau de participação na ação delituosa, remorso, abuso de substâncias, antecedentes criminais, circunstâncias do crime etc.

Progredindo na criação de um segundo pilar na aplicação da pena de morte, o *Chief Justice* Burger – outrora vencido em *Furman* – se juntou à maioria e lavrou o acórdão, decidindo

⁸³ *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586 (1978).

pela inconstitucionalidade da limitação legal das circunstâncias mitigantes apresentáveis pelos defendentes:

"Estamos agora diante de tais questões, e concluímos que a 8ª e a 14ª Emendas exigem que o julgador, em todos os casos capitais, não fique impedido de considerar como circunstância mitigante, qualquer aspecto do caráter e histórico do deficiente e quaisquer circunstâncias do crime que o deficiente apresente como base para uma pena menor que a de morte. (...) Uma vez que a imposição da pena de morte pela autoridade pública é tão profundamente diferente de todas as outras sanções, nós não podemos evitar a conclusão de que uma decisão individualizada é essencial nos casos capitais. A necessidade de tratar cada deficiente em um caso capital com o grau de respeito à unicidade individual é muito mais importante do que em casos não-capitais."⁸⁴

Por fim, consolidando o segundo passo da aplicação da pena de morte, a Suprema Corte decidiu em 1982 o caso *Eddings v. Oklahoma*⁸⁵, concluindo o que ficou conhecido como a “trilogia *Woodson-Lockett-Eddings*”⁸⁶, consubstanciado no pilar da mitigação do sentenciamento capital.

A defesa de Monty Lee Eddings, 16 anos, tentou superar as circunstâncias agravantes trazidas pela acusação com evidências da pouca idade do deficiente e do seu traumático crescimento. Diferentemente dos estatutos anteriores, a legislação de Oklahoma expressamente autorizada à defesa trazer qualquer prova de eventuais elementos mitigantes, enquanto limitava a atuação da acusação às circunstâncias agravantes legalmente previstas.

O juiz de primeira instância descartou as provas relativas à infância e juventude de Eddings, aduzindo que apenas a idade do deficiente estava a seu favor, enquanto a acusação havia introduzido extensa prova das circunstâncias agravantes alegadas: a crueldade do homicídio, a finalidade de escapar da aplicação penal e a periculosidade futura do agente.

Obviamente, a pouca idade de Eddings não foi suficiente para livrá-lo da pena de morte. A resposta da Suprema Corte ao descaso com elementos mitigantes extremamente relevantes na formação da personalidade do agente – crescimento traumático – foi direta. O relator da

⁸⁴ “We are now faced with those questions, and we conclude that the Eighth and Fourteenth Amendments require that the sentencer, in all but the rarest kind of capital case, not be precluded from considering, as a mitigating factor, any aspect of a defendant's character or record and any of the circumstances of the offense that the defendant proffers as a basis for a sentence less than death. (...) Given that the imposition of death by public authority is so profoundly different from all other penalties, we cannot avoid the conclusion that an individualized decision is essential in capital cases. The need for treating each defendant in a capital case with that degree of respect due the uniqueness of the individual is far more important than in noncapital cases.” Idem.

⁸⁵ *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104 (1982).

⁸⁶ BIERSCHBACH, Richard A. e BIBAS, Stephanos. *Constitutionally Tailoring Punishment*, Michigan Law Review Vol.112, 2013. p. 399.

vencedora – por um voto –, *Justice Powell*, decidiu não só pela oportunidade que deve ser dada ao defendente de introduzir circunstâncias mitigantes, mas também pela obrigatoriedade de a autoridade sentenciante considerar as informações no sobrepeso com os elementos agravantes:

"Assim como o Estado não pode, por lei, impedir o julgador de considerar qualquer circunstância mitigante, ele também não pode se recusar a considerar qualquer prova nesse sentido. Dessa forma, é como se o juiz tivesse instruído o júri a desconsiderar a circunstância mitigante apresentada por Eddings. O julgador, assim como a Corte de Apelação em segunda instância, podem determinar o peso dado a cada circunstância relevante. Mas não podem deixar de atribuir importância a estes elementos ao excluí-los de sua consideração."⁸⁷

Dessa forma, a Suprema Corte buscou compatibilizar o requisito processual da elevada confiabilidade das decisões judiciais sobre a pena de morte com a redução das arbitrariedades na sua imposição e a significativa importância do exercício da ampla defesa, sendo exigido do órgão julgador que leve em consideração qualquer característica do defendente ou da própria prática criminosa que possam ser pesados a seu favor em eventual decisão absolutória da pena capital.

⁸⁷ “*Just as the State may not, by statute, preclude the sentencer from considering any mitigating factor, neither may the sentencer refuse to consider, as a matter of law, any relevant mitigating evidence. In this instance, it was as if the trial judge had instructed a jury to disregard the mitigating evidence Eddings proffered on his behalf. The sentencer, and the Court of Criminal Appeals on review, may determine the weight to be given relevant mitigating evidence. But they may not give it no weight by excluding such evidence from their consideration.*” *Idem*.

Capítulo 5: Quando a Pena de Morte é Cabível

A Suprema Corte, por meio da *death is different doctrine*, atendia aos questionamentos quanto à aplicação arbitrária da pena de morte com decisões de cunho essencialmente procedimental. O aprimoramento dos estatutos após a decisão em *Furman* freou os anseios abolicionistas da pena capital, uma vez que de fato se via algum progresso na sua aplicação.

As reformas processuais da 8ª Emenda de *Furman-Gregg* e *Woodson-Lockett-Eddings*, no entanto, não se destinaram a distinguir assuntos como à sujeição à pena capital, tanto no que diz respeito ao crime cometido e as circunstâncias da prática delitiva quanto aos indivíduos que poderiam ser submetidos à execução estatal.

Conforme mencionado no capítulo 2, a legislação norte-americana, seja na esfera federal ou na estadual, já chegou a prever a pena capital para diversos crimes, muitos deles sem que se exigisse o resultado morte da vítima para que o réu fosse executado. Da mesma forma, as condenações não faziam distinção de idade ou capacidade mental.

A partir da 2ª metade do século XX, fez-se necessária a revisão das hipóteses de cabimento da pena de morte sob a perspectiva dos *evolving standards of decency*, parâmetros de civilidade e avanço social utilizados desde *Furman* para a adequação do instituto às constantes novas exigências da 8ª Emenda, com alterações substanciais que limitaram a utilização da pena capital a situações extremamente restritas. Para tanto, a Suprema Corte desenvolveu um exame de proporcionalidade especificamente aplicável à *death is different doctrine*⁸⁸.

5.1. O teste de proporcionalidade e o fim da pena capital para crimes sem óbito

Cerca de 1 ano após revalidar a pena de morte em *Gregg*, a Suprema Corte concedeu *certiorari* para julgar a condenação de Ehrlich Anthony Coker, sentenciado à morte pelo estupro de uma mulher na Geórgia⁸⁹. O *Georgia Death-Penalty Statute*⁹⁰ previa desde a pena de prisão por 1 ano até a sanção capital para o crime. Cabia à maior instância do Poder Judiciário norte-

⁸⁸ Posteriormente, a Suprema Corte cunhou ainda testes aplicáveis a crimes não-capitais. Nesse sentido, ver *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991) e *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263 (1980).

⁸⁹ *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

⁹⁰ *Georgia Code Ann.* § 26-2001 (1972).

americano decidir se era constitucional a sujeição à pena de morte do condenado pela prática do crime de estupro quando inexistente o resultado morte da vítima.

Em *Coker v. Georgia*, a SCOTUS se deparou com uma difícil questão: como saber que crimes devem ou não se sujeitar à pena de morte? A solução encontrada pela Corte ficou conhecida como o *Coker test*, em alusão ao nome do defendente no recurso.

A análise de proporcionalidade da pena capital ao caso concreto seria feito em duas etapas. Na primeira fase, o Tribunal buscaria evidências objetivas do cabimento ou não da pena de morte. Já o segundo momento seria dedicado à argumentação subjetiva⁹¹. O acórdão lavrado pelo *Justice White* não definiu o que comporia cada uma das fases, mas a sua aplicação dava indícios acerca do tipo de informação que a Corte procurava.

Dessa forma, para decidir sobre a constitucionalidade da pena de morte em casos em que, ocorrido o estupro, não havia violação ao bem jurídico “vida”, os *Justices* foram buscar nas jurisdições estaduais elementos objetivos sobre a aceitação da punição pelos seus jurisdicionados. Seriam utilizados como parâmetro a atividade legislativa e a efetiva aplicação da lei penal pelo Poder Judiciário.

Nesta primeira etapa, concluiu-se que apenas o estado da Geórgia previa a pena de morte para o estupro de mulheres adultas. Da mesma forma, a análise objetiva apontava para a rejeição social e judicial à pena em tais casos. Desde *Furman*, a Suprema Corte da Geórgia havia revisado 63 condenações pela prática do crime supracitado, com apenas 6 execuções mantidas.

Finda a etapa da determinação objetiva, caberia aos magistrados a análise subjetiva da questão proposta. Seria o caso de, cientes dos indícios objetivos levantados anteriormente, se pensar se a manutenção da pena de morte promoveria seus objetivos e fundamentos. A conclusão da Corte foi pautada na discussão sobre a justiça retributiva, de modo que se decidiu pela desproporcionalidade da aplicação da pena capital ao tipo penal em tela:

⁹¹ “*These recent events evidencing the attitude of state legislatures and sentencing juries do not wholly determine this controversy, for the Constitution contemplates that in the end our own judgment will be brought to bear on the question of the acceptability of the death penalty under the Eighth Amendment.*” *Idem*.

"O crime de estupro é sem dúvida merecedor de punição severa; mas em termos de depravação moral e sofrimento da pessoa e do público, não se compara ao homicídio, que envolve a retirada injustificada da vida humana."⁹²

Diante de tais conclusões, a Suprema Corte declarou ser inconstitucional a sujeição dos condenados pela prática do crime de estupro de mulheres adultas à morte, uma vez que não se estaria promovendo o objetivo da retribuição da pena capital caso a conduta delituosa não acarretasse na perda da vida da vítima.

Apesar de não se descrever pormenorizadamente como deveria ser reproduzido o exame da proporcionalidade no futuro, a Corte viria a utilizar o *Coker test* para os casos futuros em que a constitucionalidade da aplicação da pena de morte estivesse em jogo.

Note-se, ainda, que o *holding* em *Coker v. Georgia* não se aplicaria ao concurso de crimes de estupro e homicídio, bem como não se vedava a execução de condenados pelo estupro de crianças.

Esta última observação viria a ser revisitada em 2008, quando a Suprema Corte julgou o caso *Kennedy v. Louisiana*⁹³. Patrick Kennedy havia sido condenado à morte pelo estupro qualificado de vítima menor de 12 anos, tendo recorrido à SCOTUS alegando que a pena violava a 8ª Emenda com base em *Coker v. Georgia*.

A aplicação do teste em *Kennedy* exemplifica as dificuldades da inexistência de parâmetros concretos para a análise de constitucionalidade da pena de morte. A Corte se dividia quanto aos indicativos de determinação objetiva. Por um lado, argumentava-se que, logo após *Coker*, 6 estados haviam legislado no sentido de autorizar a pena de morte para o estupro de infantes, destacando-se a dificuldade de se aprovar tais normas. Além disso, chegou-se a mencionar a existência de outros crimes não letais sujeitos à pena de morte e projetos de lei ainda sem aprovação como forma de demonstrar dados objetivos de aceitação da pena capital no caso em tela.

Prevaleceu, no entanto, na primeira fase do teste, o entendimento do *Justice Kennedy*. O magistrado argumentou que a última execução por crime diverso de homicídio ocorreu em 1964, antes até da moratória da pena de morte e o desenvolvimento da jurisprudência *death is*

⁹² "Rape is without a doubt deserving of serious punishment; but in terms of moral depravity and of the injury to the person and to the public, it does not compare with murder, which does involve the unjustified taking of human life." Idem (tradução livre).

⁹³ *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008).

different. Bastante questionável, no entanto, foi a forma pela qual Kennedy apresentou sua visão de dados objetivos: se 6 dos estados norte-americanos permitiam a pena capital para estupradores de crianças, estaria claro que 44 estados são contrários à medida. O *Justice* fez pouco – ou nenhum – caso da distinção entre estados com a pena de morte e estados que já aboliram a sanção capital.

Com o lastro da determinação objetiva favorável à decretação da inconstitucionalidade da pena de morte, o magistrado prosseguiu à segunda etapa do *Coker test*. Primeiramente, assim como em *Coker*, aduziu-se que o crime individual que não resulta em óbito não poderia ser punido com a perda da vida, em inobservância à finalidade retributiva das execuções.

Outros dois argumentos foram trazidos por Kennedy, aos quais a maioria da Corte aderiu. Havia uma preocupação com o papel da criança no julgamento, não só pela grande importância que se dá à palavra da vítima com risco potencial de distorção dos fatos e eventual execução de inocentes, mas pela possibilidade de que a prática do crime em ambientes familiares, por exemplo, poderia ser acobertada pela criança e os criminosos não seriam punidos. Além disso, merece atenção o argumento de que atribuir ao mero estupro a mesma pena aplicada ao estupro seguido de morte poderia ensejar um incentivo para o criminoso matar a vítima, já que a sanção seria a mesma.

Por fim, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da pena de morte para os crimes em que não há perda da vida. As exceções expressas da Corte são os crimes contra o Estado, como traição, espionagem e terrorismo. De todo modo, é seguro dizer que a legislação que ainda defina como pena a perda da vida para outros crimes não seria aprovada pela SCOTUS. A conclusão da Corte em *Kennedy*, que será confirmada nos casos analisados a seguir, é que a análise de proporcionalidade dos casos sob o *Coker test* é decidido na segunda etapa. As informações supostamente utilizadas para refletir a aceitação da pena de morte são facilmente maleáveis pelos magistrados para simular alguma espécie de consenso nacional.

5.2. Grau de participação no crime

A aplicabilidade do *Coker test* não se restringia à análise de constitucionalidade da pena de morte para tipos penais em tese. Questionamentos sobre a imposição da pena capital quanto a circunstâncias específicas da prática criminosa também foram respondidos sob a via do exame

de proporcionalidade. A primeira vez que a Suprema Corte reproduziu o teste foi em 1982, quando julgou o recurso de Earl Enmund.

Em *Enmund v. Florida*⁹⁴, o recorrente havia sido condenado à pena capital dentro de um concurso de agentes que culminou na morte um casal de idosos. Dois comparsas de Enmund adentraram a fazenda das vítimas visando apenas a realização de um assalto, mas o casal reagiu e foi assassinado. Enmund, assim como Sandra Locket (de *Locket v. Ohio*), apenas esperava no carro pelo retorno dos assaltantes. A questão proposta à Suprema Corte era se a pena de morte era válida sob a égide da 8ª Emenda para alguém que não matou, não tentou matar e nem demonstrou qualquer dolo na prática de homicídio⁹⁵.

O Tribunal recorreu ao *Coker test* para buscar elementos indicativos da resposta constitucional adequada. Quanto à determinação objetiva, a Suprema Corte, em voto majoritário do Justice White, asseverou que apenas 8 jurisdições permitiam à época a imposição da pena de morte pelo simples fato de o defendente ter participado de alguma forma de um assalto no qual foi cometido homicídio. Ademais, pesquisas teriam demonstrado que apenas 6 dos 362 casos até aquele ano em que réus sem participação direta na morte da vítima haviam sido acusados de crimes capitais resultaram em condenações, sendo que a última teria ocorrido em 1955.

O argumento da Corte na segunda etapa faz alusão à teoria do efeito dissuasório das execuções. Isto porque, segundo White, a absoluta inexistência de qualquer indício de intenção ou consciência da prática de crime capital significaria que manter a pena de morte para estas pessoas não impediriam a ocorrência de novos crimes, justamente porque tais óbitos seriam, ao menos para defendentes como Enmund, imprevisíveis.

Assim, a Suprema Corte concluiu pela incompatibilidade da pena de morte em tais circunstâncias⁹⁶ com a vedação às penas cruéis e incomuns da 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, revertendo a sanção outrora imposta a Enmund.

⁹⁴ *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

⁹⁵ A importância de se destacar a ausência de dolo é para distinguir casos em que homicídios fossem cometidos a mando de um terceiro ausente no momento do crime.

⁹⁶ Em 1987, a Suprema Corte julgou o caso *Tison v. Arizona*, no qual os recorrentes alegavam terem sido condenados à morte em situação semelhante àquela descrita em *Enmund*. O caso, no entanto, era muito diverso. Os irmãos Raymond e Ricky Tison, levando consigo diversas armas, haviam ajudado o pai, Gary, e um colega de cela, Randy Greenwalt, a escapar da prisão. Após a fuga, os dois irmãos e os dois ex-presidiários roubaram um carro, e Gary e Randy mataram toda a família que estava no veículo. A SCOTUS não chegou a aplicar o *Coker*

5.3. Imputabilidade capital: idade, insanidade e deficiência mental

O exame de proporcionalidade criado em *Coker* passou a ser o método utilizado pela Suprema Corte para decidir sobre a inconstitucionalidade de aspectos materiais da pena de morte. Não só quanto aos crimes em tese, como visto em *Coker* e *Kennedy* e às circunstâncias do crime, mas também quanto à compatibilidade do instituto às características pessoais do criminoso.

Nesse sentido, questões relativas a quem pode ser submetido a *capital trials* foram solucionadas pelo exame de proporcionalidade, sempre atento às diretivas objetivas da primeira etapa do teste. O exame da imputabilidade capital, dessa forma, passava por três aspectos distintos: insanidade, idade do réu e deficiência mental.

A primeira manifestação da Suprema Corte foi sobre a possibilidade da execução de insanos⁹⁷. Alvin Bernard Ford, condenado à morte na Flórida, exemplifica bem a definição de insanidade que a Corte precisava para afastar o cabimento da pena capital. Ford, enquanto estava no corredor da morte, acreditava que o *Kl Klug Klang* estava conspirando para que ele se suicidasse. Ele dizia, ainda, que era o Papa João Paulo II. Todas as suas falas, quando compreensíveis, eram inconsistentes. Ford acreditava que nunca seria executado porque, segundo ele, o governador da Flórida era controlado pela sua mente. Uma junta de psicólogos analisou o caso de Ford, afirmando ser impossível que o preso estivesse fingindo sua insanidade.

A aplicação do teste de proporcionalidade foi bastante sucinta. Justice Marshall, responsável pela opinião da maioria de 5 a 4, afirmou que nenhum estado permitia a execução de agentes com os problemas psicológicos de Ford. Na segunda etapa do teste, no entanto, Marshall afirmou categoricamente que uma execução de alguém que não tenha a mínima consciência da realidade no que toca à aplicação da pena capital não satisfaz nenhum objetivo criminológico. Os *evolving standards of decency*, outrora cunhados pelo próprio Justice

test, limitando-se a dizer que a previsibilidade da ocorrência dos crimes e a participação relevante com indiferença temerária com a vida dos recorrentes era suficiente para determinar a intenção e distinguir o pleito daquele outrora formulado em *Enmund. Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137 (1987).

⁹⁷ *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986).

Marshall, seriam determinantes para a decisão de que “tais execuções ofendem a humanidade”⁹⁸. A Corte, portanto, decidiu pela inconstitucionalidade da execução de insanos⁹⁹.

Um primeiro posicionamento da Suprema Corte sobre a maioria capital e a seria divulgado no ano seguinte. William Thompson, condenado à morte por homicídio, tinha 15 anos à época dos fatos, e contestava em seu recurso a constitucionalidade de sua eventual execução¹⁰⁰.

A decisão se limitou à primeira etapa do *Coker test*, a Corte, em acórdão lavrado pelo Justice Stevens, asseverou que havia certa uniformidade nos estatutos de pena de morte estaduais que estipulavam 16 anos como idade mínima para a execução. Afirmou-se, ainda, que as nações ocidentais industrializadas também haviam vedado a execução de menores de 16 anos (sem distinguir, no entanto, os países que ainda aplicavam a pena de morte dos que a haviam abolido). Suprema Corte concluiu, portanto, que a execução de menores de 16 anos era vedada pela 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

Em 1989, no entanto, em *Stanford v. Kentucky*¹⁰¹, a Corte analisou o pedido de Kevin Stanford, que aos 17 anos de idade havia estuprado e assassinado uma atendente de uma loja de conveniência, crimes pelos quais foi condenado à morte. O pleito de Stanford era semelhante àquele outrora formulado em *Thompson*, mas o recorrente queria que a idade mínima para a aplicação da pena de morte fosse elevada para os 18 anos. A Suprema Corte teve que decidir se a execução de menores de 18 anos de idade violaria a vedação às penas cruéis e iníquas da 8ª Emenda da Constituição.

O caso ficou marcado como uma das poucas vitórias da ala conservadora da Suprema Corte. O Justice Antonin Scalia foi o responsável pela lavratura do acórdão, no qual constatou que dos 37 estados com pena de morte, 12 deles proibiam a execução de menores de 17 anos, enquanto 15 estipulavam como idade mínima 16 anos de idade. Outros indicativos apresentados à Corte, como pesquisas de opinião e estudos de associações especializadas não comprovavam a unanimidade (ou algo próximo disso) da rejeição à execução de adolescentes entre 16 e 17 anos. Diante de tais evidências, a Corte rejeitou o pleito de Stanford, ratificando a possibilidade

⁹⁸ “(...) *Such an execution offends humanity*”. Idem.

⁹⁹ Em *Panetti v. Quarterman* (2007), a Corte decidiu que réus condenados à morte poderiam litigar quanto à sua insanidade por meio de *habeas corpus*.

¹⁰⁰ *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

¹⁰¹ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

de execução de maiores de 16 anos, deixando qualquer decisão em sentido contrário a cargo das legislações estaduais.

Curiosamente, em 2003 o então Governador de Kentucky, onde Kevin Stanford havia sido condenado, negou-se a assinar a sua execução, convertendo a sua pena em prisão perpétua devido à sua objeção à execução de menores de 18 anos¹⁰².

O precedente vigorou por mais de 15 anos, até que a Corte foi instada a se manifestar novamente sobre a questão em habeas corpus impetrado por Christopher Simmons, condenado à morte por um homicídio praticado quando este tinha 17 anos de idade¹⁰³. Novamente, perguntava-se se a Constituição permitiria a execução de menores de 18 anos sob a égide da 8ª Emenda. Apesar do voto contrário da *Justice O'Connor*, que dizia não fazer tanto tempo desde *Stanford* para uma mudança jurisprudencial, o *Justice Kennedy* – que havia votado com a maioria naquele caso – mudou de lado para redigir a opinião da Corte pela inconstitucionalidade.

A evidência objetiva contemplada pela Corte era que a condenação à morte de menores de 18 anos era cada vez mais infrequente. Havia 20 estados com a previsão da pena de morte para tais indivíduos, mas desde Stanford apenas 6 deles haviam executado menores de 18 anos, sendo que nos 10 anos anteriores, este número se reduzia a 3. Houve 5 estados, ainda, nos quais a execução de menores de 18 anos foi abolida pelo Poder Legislativo. A Corte também lastreou seu entendimento no cenário internacional da maioridade penal, constatando que em países como o Irã, Paquistão, Arábia Saudita e Nigéria, que permitiam a execução de menores de 18 anos em 1989, a prática havia sido abolida oficialmente ou repudiada publicamente pelos seus respectivos governos.

Subjetivamente, a maioria da Corte se atentou para pesquisas sociológicas e científicas que afirmavam que menores de 18 anos não possuem a maturidade e senso de responsabilidade dos adultos¹⁰⁴. A prova disso seria que quase todos os estados proibiam que menores de 18 anos votassem, servissem no júri ou se casassem sem consentimento dos pais. Esses indivíduos também seriam mais suscetíveis a influências negativas.

¹⁰² "Death Sentence Commuted for Ky. Man Who Killed at 17", disponível em: <http://articles.latimes.com/2003/jun/22/nation/na-commute22>, acessado em 22/11/2014.

¹⁰³ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹⁰⁴ KATSH, M. Ethan. *Taking Sides: Clashing Views on Legal Issues*. McGraw Hill Higher Education, Boston, 2008, p. 247.

Ficou estabelecido, portanto, o requisito constitucional da idade mínima de 18 anos para a aplicação da pena de morte. Dos três pilares da imputabilidade mencionados no início do presente tópico, dois deles já estavam respondidos.

A aplicação mais polêmica do *Coker test*, no entanto, estava reservada para a discussão sobre a constitucionalidade da execução de deficientes mentais. A Suprema Corte já havia chancelado a possibilidade no final da década de 80, quando considerou o procedimento do Texas que não permitia a consideração da deficiência mental dos defendentes como circunstância mitigante foi declarado inconstitucional¹⁰⁵. Dessa forma, uma vez que a SCOTUS obrigava os estados a permitir a introdução de evidências de retardo mental para o cômputo da pena, pode-se concluir que a condenação de deficientes estava permitida.

O combate direto à execução de deficientes mentais não foi imediato. Apenas em 2002 a Suprema Corte concedeu *certiorari* para julgar *Atkins v. Virginia*¹⁰⁶, em que Daryl Renard Atkins, possuidor de longo histórico criminal, foi condenado à morte após sequestrar e assassinar Eric Nesbitt. Na segunda fase do julgamento, quando se discutia a possibilidade de execução do defendente, Atkins foi submetido a exames psiquiátricos que concluíram que seu QI era de aproximadamente 59, o que comprovaria a existência de retardo mental moderado¹⁰⁷. O questionamento apresentado à SCOTUS era se a Constituição dos Estados Unidos, notadamente a 8ª Emenda, nos termos da *death is different doctrine*, permitiria a execução de indivíduos com comprovada deficiência mental.

O *Justice* John Stevens redigiu a decisão da maioria da Corte. Em seu voto condutor, a aplicação do *Coker test*, como de costume, foi inovadora. O cálculo dos *Justices* foi bastante complexo, e elementos até então nunca utilizados na tomada de decisões da Suprema Corte no desenvolvimento constitucional da pena de morte foram decisivos para o resultado.

Na etapa da determinação objetiva, considerou-se que, à época, 12 dos 50 estados norte-americanos haviam abolido a pena de morte. Dos 38 restantes, nada menos do que 18 estados proibiam a execução de deficientes mentais. Com base em tais números, a Suprema Corte

¹⁰⁵ De acordo com o procedimento legal no Texas, o júri era obrigado a responder três perguntas: (i) se o réu agiu deliberadamente ao cometer o crime; (ii) se seria provável que o réu oferecesse perigo à sociedade no futuro; e (iii) se a ação do réu havia sido injustificada em resposta a provocação. Se o júri respondesse “sim” às três perguntas, o defendente era condenado à morte. *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989).

¹⁰⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

¹⁰⁷ Considera-se que o agente é portador de deficiência mental de nível moderado até 70 pontos de QI. *American Psychiatric Association. Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5th Ed.). Washington, 2013.

estabeleceu que 30 estados da federação estadunidense apresentavam indícios de reprovabilidade da condenação de portadores de retardo mental.

Frisou-se ainda que em 1989, quando *Penry v. Lynaugh* foi julgado, apenas dois estados proibiam tais execuções, destacando-se, novamente, a dificuldade em se aprovar tais reformas diante da aceitação social da pena de morte nos Estados Unidos¹⁰⁸.

A Corte, como de costume, também se atentou ao histórico de decisões dos júris quanto à condenação à morte de deficientes mentais, constatando que desde o ressurgimento da pena capital em 1976 houve apenas 5 condenações de agentes portadores de tais características.

Pela primeira vez, no entanto, foi dada atenção a agentes externos em um caso de pena de morte. Além da realização de pesquisa de opinião pública, diversas entidades participaram do julgamento como *amici curiae*, desde instituições especializadas em assuntos relativos a deficiências mentais, organizações religiosas e até a União Europeia, sempre manifestando contrariedade à aplicação da pena capital a portadores de deficiência.

Por mais arrojada que tenha sido a primeira etapa do *Coker test*, a argumentação subjetiva da Suprema Corte na fase do “*our own judgment*”¹⁰⁹ foi bastante convincente. Diversos dos fundamentos morais aplicáveis à sistemática da pena de morte foram reanalisados sob a perspectiva da deficiência mental.

No que diz respeito à retribuição, inferiu-se que a menor culpabilidade dos agentes com capacidade psicomotora debilitada impossibilitava que se fizesse justiça com a transposição do dano causado ao criminoso. A reduzida racionalidade dos deficientes mentais também permitiria concluir que o efeito dissuasório da pena de morte para estes indivíduos não estaria presente.

Havia, ainda, grave preocupação com o risco agravado de execuções indevidas. Isto porque a presença de deficiência mental obstaculizaria a preparação dos defendentes para a participação em juízo. A própria consulta do réu com o advogado seria mais difícil. Ademais,

¹⁰⁸ “It is not so much the number of these states this is significant, but the consistency of the direction of change. Given the well-known fact that anticrime legislation is far more popular than legislation providing protections for persons guilty of violent crime, the large number of States prohibiting the execution of mentally retarded persons (and the complete absence of States passing legislation reinstating the power to conduct such executions) provides powerful evidence that today our society views mentally retarded offenders as categorically less culpable than the average criminal.” *Idem*.

¹⁰⁹ *Idem*.

indivíduos com percepção reduzida da realidade, como no caso dos agentes possuidores de retardo mental, não são capazes de apresentar remorso¹¹⁰.

A Corte, no entanto, não quis estabelecer de que forma a capacidade mental dos condenados deveria ser avaliada, atribuindo a tarefa aos respectivos poderes legislativos estaduais.

Apesar de a opinião da Suprema Corte silenciar sobre o assunto, a doutrina e os profissionais da área da pena de morte costumavam se referir à problemática da deficiência mental dos defendentes como uma “faca de dois gumes”¹¹¹. Isto porque a reduzida capacidade intelectual de tais indivíduos poderia ser utilizada tanto pela defesa quanto pela acusação, a depender apenas do viés apresentado pelo intérprete. Imaginemos, por exemplo, a discussão sobre a periculosidade futura do agente.

A defesa pode alegar que o retardo mental, sob bons cuidados médicos e psicológicos, poderia ser controlada de modo que o réu apresentaria pouco ou nenhum perigo futuro à sociedade. Por outro lado, a acusação diria que os efeitos permanentes da deficiência mental – distinguindo-a da mera insanidade e de transtornos passageiros – sempre colocariam todos à volta do agente em perigo. Diante disso, afastar os portadores de cognição reduzida da incidência da pena de morte solucionava também um problema prático do dia a dia dos litígios capitais.

Por mais que a decisão da maioria de fato representasse os anseios sociais, a tanto o resultado quando a estratégia adotada pelos *Justices* que aderiram à decisão final foram alvo de muitas críticas. Merece absoluto destaque, nesse sentido, o voto divergente do *Justice* Antonin Scalia:

"A decisão de hoje é o auge da nossa jurisprudência *death-is-different* da 8ª Emenda. Ela não só, como toda essa jurisprudência, não encontra suporte no texto ou na história da 8ª Emenda; ela também não é apoiada pela atitude

¹¹⁰ Pesquisa realizada no fim da década de 90 indicava que um dos critérios que mais incentivava os jurados em casos de pena de morte era a ausência de qualquer demonstração de remorso pelo defendente. 39,8% dos ex-jurados entrevistados afirmaram que se sentiriam mais incentivados a votar pela pena de morte caso o réu não expressasse qualquer arrependimento posterior à prática do crime, perdendo apenas para a comprovada periculosidade futura do agente (57,9%) e a existência de histórico de crimes violentos (52,8%). Note-se que o mesmo estudo indicava que 73,8% dos entrevistados disseram que se sensibilizariam pela presença de deficiência mental, tendendo a votar contra a pena capital. GARVEY, Stephen P., *Aggravation and Mitigation in Capital Cases: What Do Jurors Think?* Columbia Law Review Vol. 98, 1998. p. 1559.

¹¹¹ PERLIN, Michael L., *Mental Disability and the Death Penalty: The Shame of the States*. Rowman & Littlefield, 2012.

social atual relativa às condições que tornaria uma execução justa em inapropriada. Poucas vezes uma opinião desta Corte se baseou tão obviamente em nada além da visão pessoal de seus membros"¹¹²

O magistrado se referia exatamente à decisão em *Penry v. Lynaugh*, quando a Suprema Corte validara a condenação de portadores de deficiência mental. Scalia, no entanto, apenas criticava o que já se percebia das outras decisões em que o *Coker test* foi aplicado: o que realmente decidia os questionamentos trazidos ao Tribunal no âmbito da *death penalty doctrine* era o entendimento pessoal dos *Justices*, que interpretavam os supostos indícios objetivos de acordo com seu “*own judgment*”. A tendenciosa análise da determinação objetiva em *Atkins* foi severamente censurada por Scalia, como se vê a seguir:

"Mas o Prêmio para o Esforço Mais Débil da Corte para fabricar 'consenso nacional' deve ir para seu apelo (merecidamente relegado a uma nota de rodapé) à visão de profissionais sortidos e organizações religiosas, membros da suposta 'comunidade internacional', e pesquisas de opinião pública. (...) A visão de profissionais e organizações religiosas e os resultados de pesquisa de opinião pública são irrelevantes. Igualmente irrelevantes são as práticas da 'comunidade internacional', cujas noções de justiça não são (felizmente!) sempre as mesmas do nosso povo. 'Nunca podemos esquecer que é a Constituição dos Estados Unidos da América que estamos expondo.'"¹¹³

Por menor que tenha sido a credibilidade da Suprema Corte após as críticas dos membros vencidos em *Atkins*, a comunidade internacional e a própria população estadunidense, em sua maioria, comemoraram o resultado. Conforme bem asseverado pela maioria na segunda etapa da aplicação do *Coker test*, a sociedade concordava com a escassez de benefícios ou até mesmo de justificativas para sujeitar indivíduos portadores de deficiência mental à irreversibilidade e definitividade da pena capital.

As constantes restrições à aplicação da pena de morte permitem que se diga, inclusive, que o já falecido ex-*Justice* Thurgood Marshall, autor da expressão “*evolving standards of*

¹¹² “*Today's decision is the pinnacle of our Eighth Amendment death-is-different jurisprudence. Not only does it, like all of that jurisprudence, find no support in the text or history of the Eighth Amendment; it does not even have support in current social attitudes regarding the conditions that render an otherwise just death penalty inappropriate. Seldom has an opinion of this Court rested so obviously upon nothing but the personal views of its members*”. Idem.

¹¹³ “*But the Prize for the Court's Most Feeble Effort to fabricate “national consensus” must go to its appeal (deservedly relegated to a footnote) to the views of assorted professional and religious organizations, members of the so-called “world community,” and respondents to opinion polls. (...) The views of professional and religious organizations and the results of opinion polls are irrelevant. Equally irrelevant are the practices of the “world community,” whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people. “We must never forget that it is a Constitution for the United States of America that we are expounding”*”. Idem.

decency” em *Furman*, julgado 30 anos antes, parecia pouco a pouco convencer a elite jurídica nacional quanto à realidade sórdida da pena de morte, até então, segundo ele, desconhecida.

Capítulo 6: Considerações finais: Perspectivas para o futuro

Desde a reconstitucionalização da pena de morte em *Gregg*, no ano de 1976, foram muitas as alterações promovidas pela Suprema Corte. As constantes adequações do instituto aos avanços sociais dos Estados Unidos demonstram a grandeza do esforço depreendido pelo Poder Judiciário para manter a pena capital, respondendo casuisticamente às críticas.

Alguns detalhes, no entanto, merecem destaque. A crítica supramencionada à maleabilidade do teste de proporcionalidade, por exemplo, deve ser ressaltada não só pela nitidez com a qual demonstra a importância do entendimento pessoal de cada *Justice* mas também por muitas das vezes representar, de fato, os anseios da opinião pública.

Um dos fatores mais distintivos da jurisprudência de pena de morte na Suprema Corte, no entanto, não diz respeito ao objeto das decisões, mas sim à divisão de opiniões dos seus magistrados. Muitos dos casos apresentados foram decididos em votações apertadas, com apenas um voto de diferença para o lado vencedor. Em *Roper v. Simmons*, por exemplo, a proibição da execução de menores de 18 anos foi resultado da mudança de posicionamento do *Justice* Kennedy. Voltando ainda mais no tempo, o sobrestamento da pena de morte menos de um ano após o seu referendo pela Suprema Corte em *McGautha*, os *Justices* Stewart e White alteraram seu entendimento e forçaram os estados a repensar toda a regulamentação da pena capital.

A diferença mínima, no entanto, foi responsável por uma decisão até hoje lembrada como uma das piores da história da Suprema Corte¹¹⁴. Em *McCleskey v. Kemp*¹¹⁵, em 1987, o peticionário ofereceu à SCOTUS o estudo mais completo já realizado sobre a aplicação discriminatória da pena de morte, que comprovava a existência de um viés racial nas condenações da Geórgia. O professor da University of Iowa College of Law David Baldus analisou 2500 casos de homicídio julgados na Geórgia.

Baldus havia dividido os casos em três grupos, de acordo com a margem de discricionariedade do júri. Nos casos mais fáceis, tanto pela absolvição quanto pela condenação,

¹¹⁴ Em pesquisa realizada pela Los Angeles Times, *McCleskey v. Kemp* foi a 3ª decisão desde a 2ª Guerra Mundial mais citada por uma junta de professores de Direito e entusiastas do Poder Judiciário. "How Did They Get It So Wrong?", disponível em: http://www.abajournal.com/magazine/article/how_did_they_get_it_so_wrong, acessado em 22/11/2014.

¹¹⁵ *McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987).

não havia muitos indícios de efeitos raciais na aplicação da lei. No grupo central, no entanto, a resposta era diferente.

A partir de análise regressiva múltipla contabilizando mais de 230 variáveis relativas à aplicação pena de morte, chegou-se ao assustador resultado de que réus acusados da morte de vítimas brancas tinham sido condenados à morte 4,3 vezes a mais do que defendentes acusados pela morte de negros¹¹⁶.

A decisão da Corte surpreendeu a todos. O estudo foi desconsiderado pela maioria, que disse não haver no pleito de *McCleskey* nenhum indicativo de que a sua condenação individual havia violado qualquer determinação constitucional, recusando-se a inferir a discriminação intencional da população da Geórgia do estudo de Baldus. O *Justice Powell*, relator da opinião da maioria, foi além: ainda que as conclusões do estudo fossem aceitas, as disparidades apresentadas seriam apenas um problema inevitável da justiça criminal.

A minoria, formada pelos *Justices Stevens, Blackmun, Marshall e Brennan* – todos opositores declarados da pena de morte¹¹⁷ – ficaram estarecidos com o descaso da maioria com as estatísticas de apresentados no "*Baldus' Study*". Desde *Gregg*, nenhum outro caso foi tão longe como *McCleskey* no combate à pena de morte. Por apenas um voto de diferença, portanto, o problema que se discutiu à exaustão em *Furman*, 15 anos antes, apesar das evidências sólidas apresentadas pelo recorrente, foi relevado pela Suprema Corte. Em 25 de setembro de 1991, Warren *McCleskey* foi executado. Pouco antes disso, o *Justice Powell*, já aposentado, perguntado pela autora de sua biografia se ele voltaria atrás em qualquer caso da Suprema Corte, foi enfático: "*Yes. McCleskey v. Kemp*"¹¹⁸.

Desde *Furman*, não havia chegado à Suprema Corte nenhum outro caso capaz de provocar a discussão sobre a constitucionalidade da pena de morte em tese. *McCleskey* foi a segunda grande chance dos abolicionistas de pena de morte de convencer o Tribunal, mas parou

¹¹⁶ BALDUS, David C., PULASKI, Charles, WOODWORTH, George. *Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience*. *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 74, 1983. p. 661–753.

¹¹⁷ Assim como o *Justice Blackmun* em 1994, *Stevens* viria a desistir da pena de morte anos depois, ao julgar *Baze v. Rees*: "I have relied on my own experience in reaching the conclusion that the imposition of the death penalty represents 'the pointless and needless extinction of life with only marginal contributions to any discernible social or public purposes. A penalty with such negligible returns to the State [is] patently excessive and cruel and unusual punishment violative of the Eighth Amendment'". *Idem*.

¹¹⁸ "New Look at Death Sentences and Race", disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/04/29/us/29bar.html>, acessado em 22/11/2014.

perante o tardio devaneio do *Justice Powell*. Diante do permissivo judicial, renovada a aceitação constitucional da pena capital, ficou a cargo de cada jurisdição estadunidense a regulamentação do instituto.

Seria justo especular, no entanto, que no íntimo do entendimento de cada *Justice* apenas o momento seria inoportuno. Em todas as vezes em que a Corte utilizou o *Coker test* para declarar a inconstitucionalidade de diversos aspectos da pena de morte, ainda que o verdadeiro fundamento para as decisões tenha sido sempre baseado em percepções individuais e subjetivas dos magistrados, existia num plano objetivo algum dado, mesmo a partir de interpretação questionável, que desse suporte ao resultado almejado.

Em 1989, eram apenas 13 os estados que já haviam abolido a sanção capital. Dentre eles, havia 10 que o haviam feito antes mesmo da reforma iniciada em *Furman* e *Gregg*, o que não necessariamente indicaria qualquer evolução dos parâmetros civilizatórios desde então. A falta de indicativos de consenso nacional pode ter influenciado a decisão em *McCleskey*.

Também não se pode descartar a possibilidade de o resultado ter sido atingido por zelo. Ceder às conclusões do estudo de Baldus e ratificar a tese de que a pena de morte seria altamente marcada por vieses raciais na sua aplicação seria jogar fora anos de cuidadoso desenvolvimento de uma teoria constitucional da pena capital. A premissa da Suprema Corte desde o início da década de 1970 é que a aplicação controlada e em atendimento aos parâmetros fixados pela jurisprudência seria capaz de coibir a discriminação. A preocupação com a imagem dos magistrados e da Corte pode ter pesado para que não se desse o valor merecido às evidências de *McCleskey*.

Hoje o cenário é outro. A Corte já possui uma jurisprudência sólida em que os objetivos criminológicos da pena são aplicados à realidade. Diversos *Justices* que passaram pelo Tribunal efetivamente buscaram se adequar ao difícil controle constitucional da pena de morte e desistiram, como Blackmun e Stevens, ou até mesmo mudaram de opinião em situações esporádicas, como Kennedy na discussão sobre a maioria capital.

A contínua restrição da pena de morte ao longo dos últimos anos, com a proibição da execução de menores de idade, deficientes mentais e de condenados por crimes não-capitais, contribuiria para reproduzir o entendimento outrora externado em *Furman* de que a pouca imposição da pena de morte a tornaria cruel e incomum nos casos em que fosse aplicada.

Na mesma linha do roteiro da Suprema Corte segundo a crítica de Scalia em *Atkins*, resta saber se de alguma forma a determinação objetiva seria capaz de corroborar tal posicionamento. Talvez o caso que melhor expresse possíveis desdobramentos de eventual novo desafio à pena capital em tese seja o próprio *Atkins*.

Para analisar a constitucionalidade da execução de deficientes mentais, conforme descrito no capítulo 5, a Corte analisou diversos argumentos de entidades externas. Dentre elas, associações religiosas e a União Europeia. A opinião de tais grupos persiste.

Em recente reunião com representantes da Associação Internacional de Direito Penal, o Papa Francisco disse ser impossível imaginar que os Estados não possam fazer uso de outros meios além da pena de morte para defender a vida da população¹¹⁹. Do mesmo modo, o Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança e o Secretariado-geral do Conselho da União Europeia reafirmaram no Dia Mundial Contra a Pena de Morte – data que se repete anualmente desde 2003 – sua absoluta oposição à pena de morte em qualquer caso e sob quaisquer circunstâncias¹²⁰.

Podendo contar com o apoio de tais entidades, tem-se ainda que o “número mágico” em *Atkins* (apesar da conta esdrúxula) de 18 estados contra a execução de deficientes mentais já foi até superado, havendo no presente 19 jurisdições (18 estados e o Distrito da Columbia) que já aboliram a pena capital.

O grande receio subsistente em se tomar decisão tão drástica quanto a abolição total da pena de morte é justamente aquele trazido no capítulo 1: e se retrospectivamente perceber-se que a pena capital cumpria algum objetivo na sociedade norte-americana?

A experiência de Nova Iorque é emblemática. A Suprema Corte daquele estado declarou em 2004 que o cerne da legislação de pena de morte violava a Constituição Estadual, suspendendo a pena capital até que o Poder Legislativo corrigisse os seus pontos falhos¹²¹. O legislativo estadual se apressou para reverter a decisão com melhoras no estatuto, mas nenhuma delas conseguiu ser aprovada. Em abril de 2005, um último comitê legislativo descartou projeto

¹¹⁹ "Pope Francis calls for abolishing death penalty and life imprisonment", disponível em: <http://catholicnews.com/data/stories/cns/1404377.htm>, acessado em 22/11/2014.

¹²⁰ "Joint Declaration by the European Union High Representative for Foreign Affairs and Security Policy and the Secretary General of the Council of Europe on the European and World Day against the Death Penalty, 10 October 2014", disponível em: http://eeas.europa.eu/statements/docs/2014/141009_03_en.pdf, acessado em 22/11/2014.

¹²¹ *People v. LaValle*, 3 N.Y.3d 88 (2004).

que restabeleceria a pena capital no estado¹²². Ilustrativamente, em 2008, o Governador do estado determinou que todos os aparelhos da chamada "*Death House*" de Nova Iorque fossem retirados da unidade e destruídos¹²³. E Nova Iorque, o segundo estado que mais executou criminosos antes da reforma da década de 1970, pôs fim à pena de morte em um movimento que não parece ter volta.

A conclusão do presente estudo é que durante muito tempo os Estados Unidos, por meio da sua Suprema Corte, firmaram diversos entendimentos de modo a legitimar a continuidade da pena capital e sua constate adaptação às determinações constitucionais pertinentes.

Muito embora o caminho tenha sido tortuoso, com reviravoltas e o surgimento de teses e conclusões pouco confiáveis, o objetivo outrora firmado em *Furman* de reduzir a aplicação da pena capital o máximo possível parece estar sendo cumprido.

A Corte não se limitou a restringir a elegibilidade de criminosos à sanção, mas a cunhar uma efetiva jurisprudência de proteção reforçada dos seus cidadãos à definitividade da pena capital. A introdução de circunstâncias mitigantes e a obrigatoriedade da sua análise pelos órgãos de sentença, bem como as preocupações com a atividade advocatícia de pena de morte e a renovação dos estatutos serviram a esse propósito.

Apesar da efetividade e do relativo sucesso com a compatibilização constitucional da pena capital, a cada vez que a Corte cunhava um novo teste ou decidia um precedente abria margem para a transposição das discussões a um patamar mais amplo, sempre pondo em cheque a preocupação com a utilidade do direito penal e das sanções em si.

Nos dias de hoje, pode-se dizer que se qualquer expectativa de mudança só pode ocorrer para um lado. O caso de Nova Iorque demonstra que o caminho de qualquer movimento em direção à expansão da pena capital é, no mínimo, complexo. Os dados apresentados no capítulo 2, com algumas pouquíssimas exceções, mostram que cada vez menos as jurisdições têm feito uso da pena capital em seus respectivos territórios.

¹²² "In N.Y., Lawmakers Vote Not to Reinstate Capital Punishment", disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A47871-2005Apr12.html>, acessado em 22/11/2014.

¹²³ "Gov pulls switch on death cell", disponível em: <http://nypost.com/2008/07/24/gov-pulls-switch-on-death-cell/>, acessado em 22/11/2014.

O panorama atual permite dizer que, com base no desenvolvimento constitucional da pena de morte lapidado pela própria Suprema Corte, uma eventual decisão pondo fim à pena capital nos Estados Unidos não seria inimaginável.

Resta saber, como o *Justice* Scalia advertiu naquele mesmo julgamento, se a decisão seria de fato pautada em tais precedentes ou apenas na visão pessoal de cada magistrado.

Referências

"*California's Death Penalty: A Year in Review*", disponível em: <http://verdict.justia.com/2013/11/18/californias-death-penalty-year-review>, acessado em 22/11/2014.

"*Controversial execution in Ohio uses new drug combination*", disponível em: <http://edition.cnn.com/2014/01/16/justice/ohio-dennis-mcguire-execution/>, acessado em 22/11/2014.

"*Death Penalty Information Center: Lethal Injection*", disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/lethal-injection-moratorium-executions-ends-after-supreme-court-decision>, acessado em 22/11/2014.

"*Death Sentence Commuted for Ky. Man Who Killed at 17*", disponível em: <http://articles.latimes.com/2003/jun/22/nation/na-commute22>, acessado em 22/11/2014.

"*Gov pulls swith on death cell*", disponível em: <http://nypost.com/2008/07/24/gov-pulls-switch-on-death-cell/>, acessado em 22/11/2014.

"*In N.Y., Lawmakers Vote Not to Reinstate Capital Punishment*", disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A47871-2005Apr12.html>, acessado em 22/11/2014.

"*International Comission Against Death Penalty: Moratorium*", disponível em: <http://www.icomdp.org/moratorium/>, acessado em 22/11/2014.

"*Introduction do the Death Penalty: Early Death Penalty Laws*", disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/part-i-history-death-penalty#early>, acessado em 22/11/2014.

"*Joint Declaration by the European Union High Representative for Foreign Affairs and Security Policy and the Secretary General of the Council of Europe on the European and World Day against the Death Penalty, 10 October 2014*", disponível em: http://eeas.europa.eu/statements/docs/2014/141009_03_en.pdf, acessado em 22/11/2014.

"*New Look at Death Sentences and Race*", disponível em: <http://www.nytimes.com/2008/04/29/us/29bar.html>, acessado em 22/11/2014.

"*Oklahoma execution: Clayton Lockett writhes on gurney in botched procedure*", disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2014/apr/30/oklahoma-execution-botched-clayton-lockett>, acessado em 22/11/2014.

"Pope Francis calls for abolishing death penalty and life imprisonment", disponível em: <http://catholicnews.com/data/stories/cns/1404377.htm>, acessado em 22/11/2014.

"Recent Legal History of the Death Penalty in America: American capital punishment goes to court", disponível em: <http://usgovinfo.about.com/library/weekly/bldeathpenalty.htm>, acessado em 22/11/2014.

"Ronnie Lee Gardner Executed by Firing Squad in Utah", disponível em: <http://abcnews.go.com/GMA/Broadcast/convicted-killer-ronnie-lee-gardner-executed-utah/story?id=10949786>, acessado em 22/11/2014.

"Statement of Richard Albert Loeb", disponível em: http://homicide.northwestern.edu/docs_fk/homicide/5866/LoebStatement.pdf, acessado em 22/11/2014.

"Suspended sentence: how the U.S. almost put capital punishment to death", disponível em: <http://salt.claretianpubs.org/issues/deathp/hiscap.html>, acessado em 22/11/2014.

"The lethal history of the gas chamber", disponível em: <http://www.crimelibrary.com/blog/article/the-lethal-history-of-the-gas-chamber/index.html>, acessado em 22/11/2014.

"U.S. Is seeking Death Penalty in Boston Case", disponível em: http://www.nytimes.com/2014/01/31/us/boston-marathon-bombing-case.html?_r=1, acessado em 22/11/2014.

"House Judiciary Subcommittee on Civil & Constitutional Rights Staff Report", disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/innocence-and-death-penalty>, acessado em 22/11/2014.

"The Innocence Project: DNA Exoneree Case Profiles", disponível em: <http://www.innocenceproject.org/know/>, acessado em 22/11/2014.

American Psychiatric Association. *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (5th Ed.). Washington, 2013.

Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).

BALDUS, David C., PULASKI, Charles, WOODWORTH, George. *Comparative Review of Death Sentences: An Empirical Study of the Georgia Experience*. *Journal of Criminal Law and Criminology* Vol. 74, 1983.

Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008).

BENN, Stanley I. *Punishment*, *The Encyclopedia of Philosophy* 7, ed. Paul Edwards, 1967.

BIERSCHBACH, Richard A. e BIBAS, Stephanos. *Constitutionally Tailoring Punishment*, Michigan Law Review Vol.112, 2013.

BRIGHT, Stephen. *Counsel for the Poor: The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer*. Yale Law Journal Vol. 103, 1993.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

Callins v. Collins, 510 U.S. 1141 (1994).

CASWELL, Randy S. *Called for Duty*. Trafford Publishing, 2013.

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).

DEN HAAG, Ernest Van. *Refuting Reiman and Nathanson*, em *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, n. 2, 1985.

DEZHBAKHS, Hashem. *Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data*, 5 AM. Law & Economics Review, 2003.

Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104 (1982).

Enmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982).

Florida Death Penalty Statute

Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).

Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972).

GARVEY, Stephen P., *Aggravation and Mitigation in Capital Cases: What Do Jurors Think?* Columbia Law Review Vol. 98, 1998.

GEIS, Gilbert e BIENEN, Leigh B. *Crimes of the Century*. Boston, 1998.

Georgia Death Penalty Statute

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).

Herrera v. Collins, 506 U.S. 390 (1993).

Kansas Performance Audit Report, 2003.

KATSH, M. Ethan. *Taking Sides: Clashing Views on Legal Issues*. McGraw Hill Higher Education, Boston, 2008.

Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008).

KOENINGER, Rupert C. *Capital Punishment in Texas, 1924-1968. Crime and Delinquency*, Vol. 15, 1969.

LINDER, O. Douglas. "The Leopold and Loeb Trial: A Brief Account", 1997, disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/leoploeb/Accountoftrial.html>, acessado em 22/11/2014.

Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586 (1978).

Louisiana ex rel. Francis v. Resweber, 329 U.S. 459 (1947).

McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279 (1987).

McGautha v. California. 402 U.S. 183 (1971).

NATHANSON, Stephen. *Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?* em *Philosophy & Public Affairs* Vol. 14, n. 2, 1985.

Notorious Crime Profiles: Leopold and Loeb, Partners in Crime, The Biography Channel 2009.

Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989).

People v. Anderson, 6 Cal.3d 628 (1972).

People v. LaValle, 3 N.Y.3d 88 (2004).

PERLIN, Michael L., "Mental Disability and the Death Penalty: The Shame of the States" .Rowman & Littlefield, 2012.

Powell v. Alabama. 287 U.S. 45 (1932).

Proffitt v. Florida, 428 U.S. 153 (1976).

RADELET, Michal L. *Examples of Post-Furman Botched Executions*, disponível em: <http://www.deathpenaltyinfo.org/some-examples-post-furman-botched-executions>, acessado em 22/11/2014.

REIMAN, Jeffrey. *Justice, Civilization, and the Death Penalty, answering van den Haag*, em *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 14, n. 2, 1985.

REIMAN, Jeffrey. *Why the Death Penalty Should be Abolished in America*, em *The Death Penalty: For and Against*, ed. Rowman & Littlefield, 1998.

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980).

Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).

STEIKER, Carol S. *No, Capital Punishment is Not Morally Required: Deterrence, Deontology, and the Death Penalty*. *Stanford Law Review*, Vol. 58, 2006.

Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984).

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Is Capital Punishment Morally Required? The Relevance of Life-Life Tradeoffs*. *Chicago Law & Economics* n. 239, 2005.

Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).

Tison v. Arizona, 481 U.S. 137 (1987).

United States v. Quinones, 205 F. Supp. 256 (2002).

Urbana Daily Courier, edição de 10 de setembro de 1924.

WEISBERG, Robert. *The Death Penalty Meets Social Science: Deterrence and Jury Behavior Under New Scrutiny*. *Annual Review of Law and Social Science* Vol. 1 (2005).

Witherspoon v. Illinois, 391 U.S. 510 (1968).

Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976).

ZIMMERS, Teresa A. et al. *Lethal Injection for Execution: Chemical Asphyxiation?* disponível em: <http://www.plosmedicine.org/article/info:doi/10.1371/journal.pmed.0040156>, acessado em 22/11/2014.

Anexos

Anexo I: Quadro comparativo da pena de morte nos Estados Unidos por jurisdição.

ANEXO 1

TABELA 1: QUADRO COMPARATIVO DA PENA DE MORTE NOS ESTADOS UNIDOS POR JURISDIÇÃO

Estado	Pena de Morte?	Ano de abolição	Taxa de Homicídios (por 100.000 habitantes)	Execuções (Antes de 1976)	Execuções (após 1976)	Corredor da Morte (atual)	Métodos (opção do condenado)
Alabama	Sim	N/A	5,7	708	56	202	Injeção Letal Cadeira Elétrica
Alaska	Não	1957	4,4	12	0	0	N/A
Arizona	Sim	N/A	6,4	104	37	123	Injeção Letal Câmara de Gás (se condenado antes de 1992)
Arkansas	Sim	N/A	4,7	478	27	34	Injeção Letal Cadeira Elétrica (se condenado antes de 1983)
California	Sim	N/A	4,9	709	13	745	Injeção Letal Câmara de Gás
Colorado	Sim	N/A	2,4	101	1	3	Injeção Letal
Connecticut	Não	2012*	3,6	126	1	11* (abolição não-retroativa)	Injeção Letal
Delaware	Sim	N/A	5,3	62	16	18	Injeção Letal Enforcamento (se condenado antes de 1986)
District of Columbia	Não	1981	2,4	118	0	0	N/A
Florida	Sim	N/A	5,2	314	89	404	Injeção Letal Cadeira Elétrica
Georgia	Sim	N/A	5,8	950	54	92	Injeção Letal
Hawáii	Não	1957	1,8	49	0	0	N/A
Idaho	Sim	N/A	1,3	26	3	12	Injeção Letal
Illinois	Não	2011	5,5	348	12	0	N/A
Indiana	Sim	N/A	4,5	131	20	14	Injeção Letal
Iowa	Não	1965	1,3	45	0	0	N/A
Kansas	Sim	N/A	3,5	57	0	10	Injeção Letal
Kentucky	Sim	N/A	4,3	424	3	34	Injeção Letal Cadeira Elétrica (se condenado antes de 1998)
Louisiana	Sim	N/A	11,2	632	28	85	Injeção Letal
Maine	Não	1887	1,8	21	0	0	N/A
Maryland	Não	2013*	7,4	309	5	4* (abolição não-retroativa)	Injeção Letal Câmara de Gás (se condenado antes de 1994)
Massachusetts	Não	1984	3,2	345	0	0	N/A
Michigan	Não	1846	5,7	13	0	0	N/A
Minnesota	Não	1911	1,8	66	0	0	N/A
Mississippi	Sim	N/A	7,0	351	21	48	Injeção Letal
Missouri	Sim	N/A	7,0	285	79	42	Injeção Letal
Montana	Sim	N/A	2,6	71	3	2	Injeção Letal Câmara de Gás
Nebraska	Sim	N/A	3,0	34	11	3	Injeção Letal
Nevada	Sim	N/A	5,9	61	12	79	Injeção Letal
New Hampshire	Sim	N/A	1,0	24	0	1	Injeção Letal Enforcamento
New Jersey	Não	2007	4,2	361	0	0	N/A
New Mexico	Não	2009*	6,9	73	1	2* (abolição não-retroativa)	Injeção Letal

ANEXO 1

New York	Não	2007	4,5	1130	0	0	N/A
North Carolina	Sim	N/A	5,0	784	43	162	Injeção Letal
North Dakota	Não	1973	1,5	8	0	0	N/A
Ohio	Sim	N/A	4,1	438	53	143	Injeção Letal (droga única)
Oklahoma	Sim	N/A	5,2	132	111	49	Injeção Letal Cadeira Elétrica Fuzilamento (se outros métodos não forem possíveis)
Oregon	Sim	N/A	2,4	122	2	36	Injeção Letal
Pennsylvania	Sim	N/A	5,2	1040	3	191	Injeção Letal
Rhode Island	Não	1984	2,8	52	0	0	N/A
South Carolina	Sim	N/A	6,1	641	43	46	Injeção Letal Cadeira Elétrica
South Dakota	Sim	N/A	2,8	15	3	4	Injeção Letal
Tennessee	Sim	N/A	5,6	335	6	75	Injeção Letal Cadeira Elétrica (se condenado antes de 1999)
Texas	Sim	N/A	5,0	755	519	277	Injeção Letal
Utah	Sim	N/A	1,9	43	7	9	Injeção Letal Fuzilamento (se condenado antes de 2004)
Vermont	Não	1964	1,1	26	0	0	N/A
Virginia	Sim	N/A	4,6	1277	110	8	Injeção Letal Cadeira Elétrica
Washington	Sim	N/A	2,3	105	5	9	Injeção Letal Enforcamento
West Virginia	Não	1965	3,3	155	0	0	N/A
Wisconsin	Não	1853	2,7	1	0	0	N/A
Wyoming	Sim	N/A	1,4	22	1	1	Injeção Letal Câmara de Gás (se outro método não for possível)
U.S. Government (Governo Federal)	Sim	N/A	4,8	340	3	60	Métodos do estado onde a pena capital for imposta

Tabela por Luiz Francisco Mota Santiago Filho com base nos dados fornecidos pelo *Death Penalty Information Center*.