

A PENA DE MORTE: UM DIÁLOGO DOS TEMPOS EM QUE OS HOMENS SENSATOS DISCUTIAM FORMAS CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDAS DE MATAR

Catiane Steffen*

Resumo: Neste artigo, discorre-se sobre a pena de morte por meio de um estudo que se projeta sobre a vedação das penas cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos. A partir de uma análise breve da história dessa vedação, chega-se ao cenário atual, de recente aplicação da hipóxia de nitrogênio como método de execução de seres humanos, que demonstra como as pretensas inovações na pena capital colidem frontalmente com a evolução na concepção universal da dignidade da pessoa humana. Essa não se esgota diante do sistema penal – e não se limita aos métodos e meios de cumprimento da pena e dos efeitos dela no condenado – para que a discussão fique nos limites da dor constitucionalmente válida de ser infligida. A dignidade da pessoa humana adentra ao mais recôndito do núcleo estrutural da pena em si e se relaciona com algo que é intrínseco ao ser humano, a capacidade de errar, inerente ao próprio ser, inseparável dele por natureza. Ao se retirar do corpo e da mente dos condenados a dimensão de humanidade, entregando-se uma pena que define aquela vida como indigna de existência, faz-se deles palco para a infligência de dor e de experiências horrendas. Neste trabalho, olha-se para o modo como a Suprema Corte dos Estados Unidos tem decidido questões que desafiam a Oitava Emenda. Verifica-se que o Tribunal tem concentrado esforços na avaliação da constitucionalidade do método do protocolo de execução, a partir da análise da possibilidade de infligência de uma dor para além do que considera tolerável. Esse diálogo, no qual os julgadores discutem modos de matar e níveis de dor constitucionalmente válidos de serem infligidos aos condenados à pena de morte ao invés de discutir porque não matar, faz com que se exclua do debate a pena de morte como expressão em si mesma de uma pena cruel e desumana.

* Doutoranda na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisadora. Egressa da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0003-4928-4844>>. E-mail: catianesteffen@gmail.com

Palavras-chave: Constituição dos Estados Unidos da América. Dignidade da pessoa humana. Hipóxia de nitrogênio. Oitava Emenda. Penas cruéis e incomuns e pena de morte.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A vedação às penas cruéis e incomuns na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. 2.2. As inovações na Pena de Morte. 2.2.1. A Hipóxia de Nitrogênio. 2.3. O entendimento da Suprema Corte de que a Constituição dos Estados Unidos não garante uma Pena de Morte sem dor. 2.3.1. O Caso *Baze v. Rees*. 2.3.2. O Caso *Glossip v. Gross*. 2.3.3. O Caso *Bucklew v. Precythe*. 3. Considerações finais. Referências.

Death Penalty: a dialogue of times when sensible men discussed constitutionally valid forms of execution

Abstract: In this article, the death penalty is introduced through a study focusing on the prohibition of cruel and unusual punishments, as enshrined in the Eighth Amendment to the United States Constitution. Through a brief analysis of the history of this prohibition, we arrive at the current scenario, characterized by the recent application of nitrogen hypoxia as a method of executing human beings, which demonstrates how purported innovations in capital punishment directly clash with the evolution of the universal conception of human dignity. Dignity which is not exhausted within the penal system – nor it is limited to the methods and means of fulfilling the punishment and its effects on the condemned – to confine the discussion within the boundaries of constitutionally permissible pain to be inflicted. Human dignity penetrates to the very core of the structural nucleus of punishment itself and relates to something intrinsic to human beings: the capacity to err, inherent to human nature itself and inseparable from it. By stripping away from the bodies and minds of the condemned the dimension of humanity, delivering a punishment that defines one’s life as unworthy of existence, condemned individuals become stages for the infliction of pain and horrendous experiences. In this article, we examine how the United States Supreme Court has decided issues challenging the Eighth Amendment. It is observed that the Court has focused its efforts on assessing the constitutionality of the execution protocol method, based on an analysis of the possibility of inflicting pain beyond what they consider tolerable. This dialogue, in which judges discuss methods of killing and constitutionally acceptable levels of pain to be inflicted on death row inmates instead of discussing why not to kill, excludes from the debate the death penalty itself as an expression of inherently cruel and inhumane punishment.

Keywords: The Constitution of the United States of America. Human dignity. Nitrogen hypoxia. Eighth Amendment. Cruel and unusual punishments and death penalty.

Summary: 1. Introduction. 2. Development. 2.1. The prohibition of cruel and unusual punishments in the Eighth Amendment to the United States Constitution. 2.2. Innovations in the Death Penalty. 2.2.1. Nitrogen Hypoxia. 2.3. The Supreme Court’s understanding that the United States Constitution does not guarantee a painless Death Penalty. 2.3.1. The case of *Baze v. Rees*. 2.3.2. The case of *Glossip v. Gross*. 2.3.3. The case of *Bucklew v. Precythe*. 3. Final considerations. References.

1 Introdução

O ano de 2023 marcou mais um capítulo da discussão sobre a pena de morte que se estende aos dias atuais. Aqueles eram tempos de uma corrida de alguns Estados norte-americanos aos Tribunais a fim de obterem a autorização para executar indivíduos condenados à pena de morte, utilizando-se, para tanto, de um *novo* método. Até então se conheciam vários casos de pessoas que não haviam

falecido dentro do período de algumas horas que os Estados têm para consumir a execução do prisioneiro após o início do protocolo de aniquilação da vida pela injeção de um coquetel de drogas.

Os discursos dos representantes dos Estados estavam carregados de uma mesma retórica: a busca por uma forma humanizada de consumir a pena de morte resultara no encontro de um método *inovador e melhor* do que o existente. E, assim, diante daquele novo protocolo que se descortinara no horizonte, era imperioso cumprir imediatamente a pena para sustentar a eficácia da lei e materializar a força do Estado.

A forma *humanizada e inovadora* era matar os condenados por meio de asfixia, utilizando-se de uma máscara e um gás barato de cilindros facilmente adquiríveis, o nitrogênio. Um procedimento que a medicina veterinária já conhecia há décadas – porque era usado para matar porcos doentes – e que até mesmo entre os veterinários encontrava resistência na aplicação.

Destacava-se um caso. A Suprema Corte dos Estados Unidos avaliava a possibilidade de o Alabama concretizar imediatamente a execução de um preso por meio da hipóxia de nitrogênio. Embora esse método já constasse nos meios de execução disponíveis na legislação de alguns Estados norte-americanos, ele ainda não havia sido efetivamente aplicado por nenhum.

Havia uma esperança de que a Suprema Corte norte-americana pudesse decidir diferente do que mais tarde se verificaria, muito embora o histórico da Corte não indicasse a tendência de a decisão ir nesse sentido. Em meio a essa discussão, do que era uma *possibilidade de acontecer*, a primeira versão do artigo foi escrita.

Poucos meses depois, logo no começo de 2024, a realidade era a da consumação da primeira execução pela hipóxia de nitrogênio. Foi quando este artigo precisou ser alterado para refletir um estado de mundo no qual, por mais que se evolua na concepção universal de direitos humanos e na ênfase na dignidade da pessoa humana como núcleo fundamental a ser garantido e preservado na esfera penal desde a cominação da pena, ainda se continua a se pensar em *justiça* a partir de uma perspectiva que desconsidera esses avanços.

Uma perspectiva que é profundamente reveladora de como nossos amoldamentos sociais suplantam até mesmo a nossa racionalidade jurídica, técnica e científica. Para muito além disso, evidencia a necessidade de se desconstruir padrões de pensamento que na essência partem de uma involução da humanização em prol de uma pretensa evolução punitiva civilizatória que se assenta na barbárie.

Neste artigo, apresenta-se a vedação das penas cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Destaca-se como os esforços na busca por formas alternativas de efetivação da pena de morte

demonstram a premente necessidade de se pensar na pena por meio de uma interpretação atual da Constituição alinhada à evolução e à profundidade de compreensão desenvolvida quanto ao valor intrínseco do ser humano.

Discorre-se, ainda, por meio de uma reflexão crítica, de que forma a Suprema Corte norte-americana tem sustentado a constitucionalidade da pena de morte e restringido a análise do que torna uma pena cruel à satisfação de determinados requisitos que nem sempre são objetivamente demonstráveis ou considerados suficientemente convincentes nos termos apresentados pela defesa.

Em um esforço interpretativo direcionado a validar ao máximo a aplicação da pena capital pelo Estado, limitam-se as considerações sobre a violação da vedação das penas cruéis e incomuns aos questionamentos que versem sobre os métodos de execução, afastando-se de discussão a pena de morte como expressão em si mesma de uma pena cruel.

2 Desenvolvimento

A história da humanidade é marcada pela dor e pelo sofrimento, elementos que entrelaçam o desenvolvimento da noção de justiça com a aplicação de uma sanção, a pena. Ao se olhar para as ações antigas determinadas como punição aos acusados de praticar condutas disruptivas ao arranjo social ou desviantes das normas estabelecidas e aceitas em uma certa comunidade em diferentes instantes de tempo e locais no espaço, verifica-se que a pena se cinge de diversas gradações e nuances, que vão externalizar desde uma projeção de transcendentalidade pela materialização do castigo divino – e expiação dos pecados pelo excesso de sofrimento e martírio infligido ao acusado – até uma ideia de pena pelas perspectivas mais próximas do contemporâneo, como a da prevenção geral positiva e da prevenção geral negativa.

A criação de dispositivos constitucionais limitadores dos poderes do Estado, a definição e o fortalecimento de ideias com caráter universais – como a dignidade da pessoa humana –, a incentivada internalização pelos Estados de regras previstas em tratados internacionais que dispõem sobre o tratamento das pessoas no cárcere, assim como o desenvolvimento e o aprofundamento do conhecimento em diversas áreas, são alguns dos fatores que contribuíram para que a pena passasse a ser pensada por parte da sociedade sob novas perspectivas. No entanto, isso não tem se mostrado suficiente por si para frear o ímpeto de alguns de trazer à realidade nos Estados Democráticos de Direito concepções históricas de pena que já deviam estar completamente superadas e antigas práticas condenáveis que agora são disseminadas escondidas sob novas roupagens.

2.1 A vedação às penas cruéis e incomuns na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América

A Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos expressa no conteúdo dela, em tradução livre, que não será exigida fiança excessiva, não serão impostas multas excessivas, nem serão aplicadas punições cruéis e incomuns. Ao olhar para decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, verifica-se que ela tende a restringir a análise da vedação das penas cruéis e incomuns para os casos que envolvam uma punição após condenação criminal.

Ações praticadas no contexto carcerário sobre pessoas que ainda não foram condenadas definitivamente deixam de ser analisadas ao abrigo da Oitava Emenda. Esse é o caso de presos provisoriamente, por exemplo, no qual as ações são analisadas a partir de outras Emendas, como a Décima Quarta, que traz na redação a previsão da privação da liberdade pelo devido processo legal.

A temática da vedação das penas cruéis e incomuns remonta a *Bill of Rights* inglesa, de 1689, e já estava em efervescência em solo norte-americano quando da ratificação da Constituição pelos Estados. Com a influência desse pensamento, algumas legislações coloniais em solo norte-americano passaram a adotar a referida proibição, que também foi reproduzida em textos de Constituições Estaduais. Em 1776, por exemplo, George Mason incluiu a proibição na Declaração de Direitos redigida para a Comunidade da Virgínia. Pouco tempo depois, a *U.S Bill of Rights* trouxe as primeiras 10 emendas à Constituição, que foram ratificadas em 1791. Naquele momento, a vedação das penas cruéis e incomuns tornou-se o componente central da Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

A Constituição proposta aumentava o controle do governo federal sobre a população, atribuindo a ele um poder particularmente expressivo que não havia antes: o poder de criar crimes federais e o de punir aqueles que os cometeram. Os que se opunham à ratificação da Constituição temiam que esse novo poder permitisse ao Congresso usar punições cruéis como ferramentas para opressão do povo, retomando práticas horrendas como as impostas nos tempos da inquisição.

A inexistência de vedação tal qual expressa na Oitava Emenda poderia entregar ao Congresso um caminho livre de impedimentos para a invenção de punições cada vez mais cruéis e degradantes, vinculando-as como sanção aos crimes. Assim, a Oitava Emenda surgiu como um limitador aos métodos de punição do Estado, pois em não havendo controle constitucional sobre o tema,¹

¹ Embora alguns Estados reclamem que a vedação das punições cruéis e incomuns limitaria o poder federal, o entendimento majoritário é o de que isso também se aplica aos Estados, que mesmo nas autonomias legislativas deles precisam considerar o conteúdo da Oitava Emenda nas codificações e na sistemática processual penal local. Essa leitura decorre da Décima Quarta Emenda que proíbe

antigas práticas horrendas poderiam estar entre os instrumentos mais brandos de disciplina aplicáveis como pena.

2.2 As inovações na Pena de Morte

Não raro se verifica que muitas das análises sobre crueldade da pena concentram-se em comparações a partir da contraposição do desenvolvimento científico e tecnológico aos atos antigos praticados desde os primórdios da humanidade, especialmente quando se trata de argumentos em prol do *aprimoramento* das técnicas de consumação da pena de morte.² No entanto, a definição de pena cruel não se trata de um exercício de simplesmente antagonizar o mecânico com o digital, as credences com a ciência, o método arcaico com o dito *inovador*.

Basta lembrar que, no contexto de se utilizar de avanços médicos e tecnológicos para produzir formas refinadas de agressão e destruição da vida dos condenados, os choques elétricos já foram inovadores e aceitos um dia. E apesar da brutalidade (podem queimar e desfigurar), seguem constando até hoje no rol de métodos de concretização da pena de morte em alguns Estados norte-americanos, em uma reverberação do eco dos velhos tempos no presente.³

Essas pretensas inovações podem retomar simbolismos, significados e relembrar traumas históricos, o que não somente desgasta o tecido cada vez mais agredido e fragilizado da incidência dos direitos humanos nas execuções penais como também inspira discursos que fazem do cárcere e da pena degradante um importante capital político dentro do populismo penal.⁴ Exemplo disso foi o que se experienciou em janeiro de 2024, quando a Suprema Corte norte-americana autorizou a consumação da primeira execução com o método da hipóxia de nitrogênio, sobre o qual se discorre a seguir.

os Estados de restringir os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos e de privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

² A pena de morte foi suspensa nos Estados Unidos da América em 1972, sendo retomada em 1976. Desde a década de 1970, 1586 pessoas foram executadas. Death Penalty Information Center (DPIC). *Execution overview*. 2024a. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview>>. Acesso em: 21 fev. 2024.

³ Mesmo nas nações mais desenvolvidas, nascedouro de ideias e concepções que sustentam os direitos humanos, há um movimento de tentar se encaixar como legítima e humanizada práticas punitivas que violam direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, colidindo frontalmente com a promoção do respeito e da valorização da vida. Nesse sentido, entre as nações ocidentais, a pena de morte destaca os Estados Unidos da América. Hoje, no mundo, a maioria das execuções é realizada por regimes autoritários como os da China e Arábia Saudita.

⁴ As execuções federais de presos condenados à morte foram suspensas no intervalo fechado compreendido entre 19 de março de 2003 e 13 de julho de 2020. A pena de morte é uma parte sensível da agenda dos presidenciais. O candidato Donald Trump defendia expressamente a expansão do rol de crimes puníveis com a pena de morte, enquanto Joe Biden se opunha.

2.2.1 A Hipóxia de Nitrogênio

Desde 2015, alguns Estados norte-americanos possuem a previsão da hipóxia de nitrogênio como forma de executar pessoas condenadas à pena de morte. Destacam-se os Estados do Alabama,⁵ Mississippi e Oklahoma. Recentemente, o Alabama buscou a autorização da Suprema Corte para tirar o método do papel e começar a utilizá-lo na execução de condenados que sobreviveram à injeção letal.

O coquetel de medicamentos da injeção letal, aplicada pela primeira vez em 1982 na execução de um condenado à pena de morte nos Estados Unidos da América, tem se tornado de difícil acesso aos Estados norte-americanos, pois a indústria farmacêutica tem evitado vender esses produtos quando se destinam a ser utilizados para matar pessoas. A fim de contornar isso, alguns Estados começaram a adotar o uso de protocolos sigilosos de aplicação de medicamentos, a procurar métodos alternativos de execução e até mesmo a importar de maneira ilegal drogas que não eram aprovadas nos Estados Unidos para o protocolo de injeção letal.^{6,7,8}

Estudos realizados em corpos de presos mortos por meio da aplicação de injeção letal mostraram sinais e conformações dentro dos órgãos, como os pulmões, compatíveis com o que se verifica em outros tipos de eventos letais, como os que envolvem afogamento e asfixia. Esse é um indicativo de que aquelas pessoas experimentaram sensações semelhantes às de mortes bastante dolorosas.

Além disso, a injeção letal em diversas situações colocou os condenados a sofrer por longo tempo com convulsões até o ataque cardíaco, em uma prática de assassinato assistido por testemunhas, as quais, em alguns casos, tiveram de ser removidas do ambiente para que não continuassem presenciando a brutalidade da execução. Foi o que aconteceu com Clayton Lockett, em 2014, no Estado de Oklahoma, que agonizou por aproximadamente 40 minutos antes de falecer de ataque cardíaco.

⁵ CHANDLER, Kim (Associated Press). *Alabama calls nitrogen execution method painless and humane, but critics are raising doubts*. 2024. Disponível em: <<https://www.wnct.com/news/national/ap-alabama-calls-nitrogen-execution-method-painless-and-humane-but-critics-raise-doubts/>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

⁶ Death Penalty Information Center (DPIC). *Arizona, Texas Attempted to Import Illegal Lethal Injection Drugs Linked to Indian Supplier with Troubling History*. 2015. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/news/arizona-texas-attempted-to-import-illegal-lethal-injection-drugs-linked-to-indian-supplier-with-troubling-history>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁷ THE GUARDIAN. *Arizona tried to illegally import lethal injection drug not approved in the US*. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/oct/23/arizona-illegally-import-lethal-injection-drug>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

⁸ HERSKOVITZ, John; CLARKE, Toni. *US regulators block Texas, Arizona over import of execution drug*. 2017. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/idUSL8N1HS7BO/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

O protocolo de execução aplicado em Lockett utilizava 3 medicamentos que nunca haviam sido testados em Oklahoma.⁹ Consistia em primeiro aplicar midazolam (que serviria para causar a inconsciência do condenado, agindo como um sedativo que retiraria a dor causada pela ação das outras duas drogas), o brometo de vecurônio (que deveria interromper a respiração) e o cloreto de potássio (que deveria fazer o coração parar de bater).

Esses protocolos experimentais refletiam a dificuldade na obtenção das drogas tradicionalmente utilizadas e influenciaram na criação de uma lei em Oklahoma que proibia a divulgação da origem dos produtos aplicados na injeção letal. A lei foi contestada em um tribunal daquele Estado, que decidiu pela inconstitucionalidade dela por violação da Oitava Emenda. No entanto, a Suprema Corte entendeu diferente e permitiu que a execução de Clayton Lockett fosse realizada envolta pelo desconhecimento de informações elementares pela defesa, como o grau de pureza dos compostos e a origem das drogas aplicadas.

Em 2015, Joseph Wood foi executado no Arizona e, assim como em Lockett, utilizou-se midazolam no protocolo da injeção letal. O preso recebeu 15 vezes a dose normal do medicamento anestésico, o que fez com que se engasgasse diversas vezes durante o procedimento e agonizasse por quase duas horas até morrer.^{10,11} Em ambos os casos, verificou-se um mesmo comportamento dos Estados: a utilização de combinações experimentais de drogas.

Muito do que se sabe sobre o sofrimento dos condenados durante o procedimento de execução por meio da injeção letal não sai do texto da autópsia (as quais nem sempre são tornadas acessíveis ou são realizadas), mas sim do que é relatado pelos próprios presos enquanto morrem. Durante as execuções, alguns tentam amparo ou discorrem sobre o que estão sentindo. As reações apresentadas, como a de luta, tornam notório o sofrimento.

Em um primeiro momento, pensava-se que a indisponibilidade de drogas da injeção letal somada ao efeito dissuasório no apoio popular causado por eventos como os acontecidos nas mortes de Lockett e Wood conteriam, ainda que momentaneamente, um pouco do ímpeto das agendas expansionistas da pena de morte nos Estados Unidos. Contudo, a conformação de um cenário de busca

⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. *Oklahoma: end barbaric lethal injections inmate regains consciousness, cries out during execution*. 2014. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2014/04/30/oklahoma-end-barbaric-lethal-injections?gad_source=1&gclid=EAIaIQobChMIX9jd_4mEhQMV1kFIAB3t3wy1EAAYASAAEgLLhPD_BwE>. Acesso em: 21 dez. 2023.

¹⁰ ROSSBACK, Andy. *Executioners vs. Veterinarians Which do we kill more humanely, our pets or condemned prisoners?* 2015. Disponível em: <<https://www.themarshallproject.org/2015/04/28/executioners-vs-veterinarians>>. Acesso em: 27 jan. 2024.

¹¹ DART, Tom. *Arizona inmate Joseph Wood was injected 15 times with execution drugs*. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2014/aug/02/arizona-inmate-injected-15-times-execution-drugs-joseph-wood>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

pela redução de custos ao Estado e a tentativa de se tornar a pena de morte menos repulsiva, fez com que os políticos passassem a propor a consumação da execução dos condenados por meio de procedimentos alternativos que pudessem ser revestidos por um discurso de *humanização*.

Nesse contexto, a facilidade de acesso aos cilindros de nitrogênio e o menor custo deles em relação aos medicamentos da injeção letal contribuíram para tornar a hipóxia de nitrogênio um método atraente de consumação da pena de morte em alguns Estados. Para muito além da aquisição prática e econômica dos cilindros de nitrogênio, o principal argumento dos defensores da hipóxia é o de que esse método é um procedimento humanizado, desejável, que reafirma à sociedade o poder punitivo do Estado, inibindo crimes.

Diante de várias tentativas de execução que infligiram sofrimento aos condenados ou que prorrogaram a custódia deles pelo Estado, a hipóxia de nitrogênio, diziam os defensores do método, seria um meio mais eficiente para matar. Além disso, eles afirmavam que a hipóxia permitiria ao Estado não somente alcançar uma redução nas despesas do protocolo de execução em si como também permitiria acelerar o processo de execução dos que esperavam há anos pela consumação da pena, demandando investimento do Estado na manutenção das vidas deles nos estabelecimentos prisionais.

O procedimento da hipóxia de nitrogênio consiste basicamente em colocar uma máscara na face do acusado, privando-o de oxigênio e liberando-se somente nitrogênio. Deitado e imobilizado em uma cama, disposta em uma sala preparada para a execução de pessoas, não resta alternativa ao condenado a não ser inalar em algum momento o gás liberado. Apesar da similitude com a prática nazista de matar pessoas fazendo-as inalar gases, os que se colocam a favor da hipóxia de nitrogênio argumentam que essa relação não pode ser estabelecida porque o nitrogênio não é um gás tóxico como os que os nazistas usavam. Desse modo, não seriam situações parecidas.

O nitrogênio é um gás incolor e inodoro que constitui aproximadamente 78% do ar que respiramos. Combinado com níveis adequados de oxigênio, torna-se inofensivo. A ideia por detrás da hipóxia de nitrogênio era a de que ao se alterar o percentual de nitrogênio na composição do ar para 100%, o condenado perderia a consciência e morreria pela privação de oxigênio.

Sabe-se que a menor ausência de vedação integral da máscara na face do condenado é suficiente para que a morte não se concretize e que o tempo de exposição à inalação do nitrogênio é capaz de causar danos neurológicos graves.¹²

¹² HOFFMAN, Jan. *Nitrogen hypoxia: what to know about this new method of execution*. 2024. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2024/01/25/health/what-is-nitrogen-hypoxia.html>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

Ainda que o preso consiga sobreviver ao procedimento, as chances de ele entrar em estado vegetativo se amplificam sobremaneira.¹³

Além disso, não há estudos científicos que comprovem qualquer imediatidade na morte pela hipóxia de nitrogênio e nem a ausência de dor e sofrimento, deixando-se sem qualquer respaldo científico as afirmações positivas divulgadas pelos defensores do método. Aqueles que promoviam a hipóxia de nitrogênio divulgaram tanto a ideia de uma morte rápida e indolor que alguns presos a declararam como método de execução primário na tentativa de aplacar o sofrimento no momento da morte.

Os defensores da hipóxia passaram então a usar isso como justificativa para argumentar que, podendo o preso escolher dentre alguns métodos disponíveis em cada Estado de que modo *queria* ser morto, nada havia de motivo para que as demais pessoas se levantassem contra uma *escolha pessoal*. Do mesmo modo, nada haveria de se criticar quanto aos eventuais desfechos, pois seriam resultados do exercício da liberdade de escolha.

Compreende-se como questionável afirmar pela existência de espaço de escolha livre e desimpedida quando uma pessoa se encontra em situações extremas como a do corredor da morte. O que há é uma relação de modos de morrer,¹⁴ que é apresentada para alguém que deverá escolher dentre aqueles, mas que independentemente do qual escolha, o resultado será o mesmo. Conforme destacou o presidente do American College of Correctional Physicians, Dr. Jeffrey Keller:

[...] a pessoa encarcerada sabe exatamente o que vai acontecer. Se eu te dissesse que, às 11h de amanhã, vou colocar um saco plástico na sua cabeça e te sufocar até a morte, você teria intensa ansiedade e medo e haveria a liberação de hormônios do estresse até o momento em que isso acontecesse. Isso é sofrimento? Claro.¹⁵ (Tradução nossa).

A hipóxia de nitrogênio, que até então não havia sido testada e, portanto, não tinha um protocolo técnico demonstrando segurança, efeitos e plano de ação em caso de qualquer desvio do previsto, poderia fazer o Estado demorar muito para obter a autorização da Suprema Corte para efetiva aplicação. Alguns presos acreditavam que esse método nunca fosse autorizado e, com o tempo pas-

¹³ EQUAL JUSTICE INITIATIVE. *Nitrogen suffocation*. 2024. Disponível em: <<https://eji.org/issues/nitrogen-suffocation/>>. Acesso em: 12 fev. 2024.

¹⁴ DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (DPIC). *Methods of Execution*. 2024b. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/executions/methods-of-execution>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

¹⁵ No original: “[...] the incarcerated person knows exactly what’s going to happen. If I told you, at 11 a.m. tomorrow, I’m going to place a plastic bag over your head and suffocate you to death, you’d have intense anxiety and fear and the release of stress hormones, up until the moment that it happens. Is that suffering? Of course.”. (CHAMMAH, Maurice. *Death Sentences – Vomiting, seizures, stroke: what could happen in the first nitrogen execution in the U.S.* Disponível em: <<https://www.the-marshallproject.org/2024/01/18/alabama-nitrogen-execution-death-penalty>>. Acesso em: 23 jan. 2024.)

sando, talvez a pena de morte já estivesse completamente abolida nos Estados que a mantêm como uma possível sanção.

O contexto todo envolvido em se estar no corredor da morte, que é profundamente estressante, o medo da dor na execução e o fio de esperança em que houvesse uma demora na aprovação da efetiva aplicação da hipóxia de nitrogênio, além da possibilidade de que no meio tempo de, talvez, anos de discussão, a pena de morte fosse eliminada, parecem explicar melhor o motivo pelo qual os pedidos pela hipóxia de nitrogênio aconteceram. O desespero pela sobrevivência leva o ser humano a tentar segurar consigo, ainda que em um plano hipotético, qualquer segundo de existência.

A hipóxia de nitrogênio não é uma *novidade* no campo da medicina veterinária,¹⁶ pois chegou a ser aplicada como método de eutanásia em animais, sendo muito criticada pelo sofrimento que provocava. Nas diretrizes de eutanásia de 2020, a American Veterinary Medical Association (AVMA)¹⁷ declarou que a hipóxia de nitrogênio é um método inaceitável de eutanásia para a maioria dos mamíferos porque cria um ambiente anóxico, que é angustiante.

Na corrida pelo uso da hipóxia de nitrogênio,¹⁸ o Alabama se destacava em 2023 pelos avanços judiciais na tentativa de executar o senhor Kenneth Eugene Smith utilizando-se desse método.¹⁹ A ausência de entendimento do que se sucederia durante a consumação da morte com a hipóxia de nitrogênio fez com que aquele Estado supusesse e divulgasse informações que clinicamente não podia assegurar.²⁰ Do aspecto jurídico, a falta de um protocolo de execução

¹⁶ Por este motivo a palavra *novidade* aparece grafada em itálico em vários momentos do texto. A hipóxia de nitrogênio é apenas mais um método alternativo dos *velhos novos tempos* (ou seria dos *novos velhos tempos*?) de executar seres humanos quando as pessoas querem matar e já não sabem mais como fazer isso.

¹⁷ AVMA. *Guidelines for the Euthanasia of Animals: 2020 Edition*. 2020. Disponível em: <<https://www.avma.org/sites/default/files/2020-02/Guidelines-on-Euthanasia-2020.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2024.

¹⁸ PILKINGTON, Ed. *Alarm as Alabama man to be executed via gas method rejected by veterinarians*. 2024. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2024/jan/18/alabama-nitrogen-gas-execution>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

¹⁹ O senhor Smith estava há décadas no corredor da morte. Ele sobreviveu ao protocolo de injeção letal, tendo vencido o tempo procedimental que o Estado tinha para matá-lo. Durante aproximadamente 4 horas, Smith foi perfurado com agulhas, sem conseguirem colocar o acesso intravenoso nele. A tentativa de execução aconteceu no Centro Correccional Holman em Atmore, Alabama, que fica em local isolado, ao sul do Estado, e está marcado por episódios de agressões graves e assassinatos. Em 2019, o Departamento de Justiça liberou um relatório sobre as condições das penitenciárias masculinas e reconheceu que naquela havia um alto nível de violência cruel e de natureza perversa.

²⁰ CHANDLER, Kim (Associated Press). *Alabama calls nitrogen execution method painless and humane, but critics are raising doubts*. 2024. Disponível em: <<https://www.wnct.com/news/national/ap-alabama-calls-nitrogen-execution-method-painless-and-humane-but-critics-raise-doubts/>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

em tempo hábil para contestação prejudicou a defesa do senhor Smith que perdeu a possibilidade de tentar demonstrar de maneira muito enfática, a partir do conteúdo do documento, situações que poderiam derrubar a resistência da Suprema Corte em reconhecer a crueldade da pena e o caráter de procedimento experimental dela que fez de Smith uma cobaia humana.

A Organização das Nações Unidas (ONU) chegou a receber queixas de profissionais da saúde, como a do anestesista Dr. Joel Zivot, que alertava para o risco de a hipóxia de nitrogênio levar o condenado a ter convulsões, aumentando o risco de ele morrer sufocado pelo próprio vômito.²¹ Até mesmo o vazamento de nitrogênio no ambiente poderia causar danos à saúde de quem acompanhasse o procedimento da execução. Muito do que se conhece sobre mortes por nitrogênio em revistas médicas decorre dos atendimentos que os profissionais realizaram em situações que envolveram vazamentos de nitrogênio em acidentes industriais, que vitimaram pessoas, ou das inalações de nitrogênio nas tentativas de suicídio.²²

Em 25 de janeiro de 2024, aconteceu a primeira execução utilizando-se hipóxia de nitrogênio, aplicada pelo Estado do Alabama contra o senhor Kenneth Eugene Smith, de 58 anos. Os relatos das testemunhas e do conselheiro espiritual Jeff Hood,^{23,24} que acompanharam o procedimento, foram no sentido de que Smith demorou para morrer, demonstrando sinais de luta intensa pela vida, de que ele parecia tentar segurar a respiração ao máximo para não inalar o nitrogênio e de que ele se debateu violentamente enquanto revirava os olhos como se convulsionasse em meio ao procedimento. O conselheiro afirmou que Smith levou 22 minutos para morrer.

Esse é um resumo de como foi a aplicação do método *inovador* que os defensores definiram como um procedimento humanizado, rápido, que não provocaria dor e que levaria à inconsciência em segundos e à morte em minutos. Ao

²¹ CBC (Associated Press). *It's not fit for putting down animals, but Alabama plans to use nitrogen hypoxia on death row inmate*. 2024. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/world/alabama-nitrogen-hypoxia-execution-1.7091845#:~:text=The%20American%20Veterinary%20Medical%20Association,by%20the%20proposed%20execution%20method>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

²² Ibidem.

²³ O jornal The Independent fez uma cobertura ampla do caso, apresentando atualizações constantes e entrevistas com testemunhas como o conselheiro espiritual senhor Jeff Hood. Maiores detalhes podem ser obtidos em: SARKAR, Alisha; SHARP, Rachel; DEL REY, Michelle; BEDIGAN, Mike. *Kenneth Smith's nitrogen execution was "textbook" and will be used again, Alabama AG says: updates*. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/kenneth-eugene-smith-alabama-execution-nitrogen-b2486356.html>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

²⁴ LADDEN-HALL, Dan. *Inmate's Spiritual Adviser Breaks Down Describing Nitrogen Execution*. 2024. Disponível em: <<https://www.thedailybeast.com/kenneth-smiths-spiritual-adviser-breaks-down-describing-nitrogen-execution>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

final do procedimento de execução, as autoridades do Alabama se posicionaram pelo sucesso no procedimento.²⁵ O Governador do Estado expressou que o senhor Smith conseguira o que havia pedido, que o caso podia ser finalmente encerrado e que agora outros condenados poderiam ser igualmente executados.²⁶

Em contrapartida, a juíza da Suprema Corte senhora Sonia Sotomayor expressou que mais uma vez o mundo assistia aquele tribunal permitir que o Alabama experimentasse com a vida humana.²⁷ Considerando a necessidade de se efetivar a Constituição do país, declarou que ela permanecia comprometida com a vedação das penas cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda. Nesse ponto, um importante detalhe: o comprometimento de alguns juízes da Suprema Corte com a vedação das penas cruéis e incomuns não significa necessariamente que eles discordem da pena de morte ou que a entendam como uma pena cruel, conforme se discorrerá em seguida.

Algumas das maiores fabricantes de gás nitrogênio nos Estados Unidos da América declararam publicamente que não venderão produtos aos Estados para fins de utilização na morte de presos. A Airgas decidiu nesse sentido ainda em 2015, quando Oklahoma adicionou a hipóxia de nitrogênio na lista de métodos de execução do Estado. Recentemente, a Matheson anunciou que não forneceria gás nitrogênio para induzir a hipóxia para fins de execução humana, pois isso não seria consistente com os valores da empresa.²⁸

Antes de a hipóxia de nitrogênio ser aplicada na execução de pessoas, alguns Estados norte-americanos importavam medicamentos de países europeus para o protocolo de injeção letal. Contudo, diante dos compromissos expressos no texto da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), os Estados-membros passaram a proibir a exportação de elementos destinados à tortura e execução.²⁹ Esse foi um modo que a Europa encontrou de se utilizar da política

²⁵ BELLWARE, Kim. *Alabama plans first nitrogen gas execution after failed lethal injection*. 2024. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/national-security/2024/01/25/alabama-nitrogen-execution-kenneth-eugene-smith/>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

²⁶ THE INDEPENDENT. *Kenneth Eugene Smith already survived one botched execution. Today he'll become the first to die by nitrogen*. 2024. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/alabama-execution-nitrogen-gas-hypoxia-b2484087.html>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

²⁷ TARA, Suter. *Supreme Court denies Alabama prisoner's last chance to avoid nitrogen gas execution, liberal justices issue written dissents*. 2024. Disponível em: <<https://thehill.com/regulation/court-battles/4430571-supreme-court-liberals-dissent-alabama-prisoners-nitrogen-gas-execution/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

²⁸ MATHESON. *Nitrogen (N₂)*. 2024. Disponível em: <<https://www.mathesongas.com/gases/nitrogen-n2/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

²⁹ EUROPA. Parlamento Europeu. *La pena de muerte en Europa y en el mundo: datos clave*. 2020. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20190212STO25910/la-pena-de-muerte-en-europa-y-en-el-mundo-datos-clave>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

comercial para incentivar o cumprimento dos direitos humanos e isso impactou na dificuldade de os Estados norte-americanos obterem as drogas para execução dos condenados à pena de morte.

2.3 O entendimento da Suprema Corte de que a constituição dos Estados Unidos não garante uma Pena de Morte sem dor

Os protocolos inacessíveis, assim como os disponibilizados pouco antes da execução à defesa dos condenados à pena de morte, têm se tornado comuns nos Estados Unidos desde 2010, com a recusa das empresas farmacêuticas em vender os medicamentos para a execução dos presos.

Na tentativa de consumir a morte a qualquer custo, obstaculizar a realização da etapa necessária de apresentação de qualquer novo protocolo de execução ao Poder Judiciário para apreciação e aprovação antes da aplicação, e a fim de evitar o escrutínio público, verifica-se um movimento de busca por novos fornecedores e drogas ao abrigo do sigilo, explorando-se métodos de execução alternativos.

É o caso do pentobarbital, um barbitúrico de ação curta que, durante o governo de Donald Trump, tornou-se muito usual em substituição aos produtos que as farmacêuticas se recusavam a vender quando eram destinados a matar pessoas. Às vezes, os condenados à pena de morte contestam o medicamento utilizado na injeção letal pelas dores intensas que lhes provocarão, ainda mais quando estão acometidos de doenças. A análise de alguns corpos após a execução mostrou que presos executados foram submetidos a um intenso sofrimento por meio da ação e do efeito das drogas injetadas neles.

A injeção letal aplicada em Wesley Purkey, executado em 2020, no Estado de Indiana, era de pentobarbital. A família dele contratou uma médica especialista Dra. Gail Van Norman para interpretar uma autópsia não oficial produzida por outra profissional. As conclusões foram no sentido de que o preso estava vivo quando houve edema agudo pulmonar bilateral grave (uma emergência médica pelo acúmulo de líquido dentro dos pulmões que afeta as trocas gasosas, dificulta a respiração e causa sensação de afogamento) e que esse evento encheu os pulmões de fluido, entrou nas vias respiratórias, atingiu os brônquios principais e alcançou a traqueia.

Na literatura médica, a sensação provocada por uma situação dessas é descrita como estando entre as mais dolorosas que o ser humano conhece. A médica afirmou que é uma certeza na medicina que a maioria, senão todos os presos executados com pentobarbital, experimentarão um sofrimento excruciante, in-

cluindo sensações de afogamento e de sufocamento.³⁰ Os representantes do Estado rebateram argumentando que as decisões judiciais anteriores concluíram que as injeções de pentobarbital são humanas e que, ainda que esse barbitúrico produza alguma dor, isso não torna o método de execução desumano.³¹

Essa é uma questão que estrutura a base de sustentação do debate sobre penas cruéis na Suprema Corte norte-americana. Hoje, a discussão está centralizada em uma espécie de *comparação e modulação da dor e do sofrimento*, na qual se busca concluir se aquilo que se inflige aos condenados por meio do método de execução (ou que, de modo geral, os condenados somatizam) está ou não dentro do tolerável para ser sentido por alguém que deve morrer. Se a conclusão for afirmativa nesse sentido, entende-se que o método se constitui em um meio constitucionalmente válido de matar.

Na Oitava Emenda, existe um espaço vazio que necessita de definição. Quando ela veda as penas cruéis, ela não estabelece critérios para qualificar algo como cruel. Na ausência de definições como as legisladas, esses vácuos vão ser preenchidos por uma atividade de interpretação nas Cortes. Neste ponto, começa um problema que envolve hermenêutica e princípios de interpretação constitucional, verificando-se na Suprema Corte norte-americana uma tendência de ela não ampliar, mas sim de restringir tanto quanto possível a análise da vedação das penas cruéis e incomuns em um cenário de busca pela máxima efetivação da sanção penal.

Cabe ao condenado à pena de morte que desafia a Oitava Emenda demonstrar, dentre alguns requisitos a serem atendidos, a existência de método de execução alternativo que comprovadamente cause menos dor do que o método do protocolo padrão do Estado. A fim de entender como se chegou até esse momento e como se sedimentou a posição na Corte nos casos em que os petionários alegam que o método de execução a que serão submetidos viola a Oitava Emenda, é preciso voltar ao ano de 2008, analisando o caso *Baze v Rees*.

³⁰ No original: “It is a virtual medical certainty, that most, if not all, prisoners will experience excruciating suffering, including sensations of drowning and suffocation from pentobarbital”. (TARM, Michael. *Lawyers: Autopsy suggests inmate suffered during execution*. 2020. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/national/lawyers-autopsy-suggests-inmate-suffered-during-execution/2020/08/21/110fb926-e402-11ea-82d8-5e55d47e90ca_story.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

³¹ Entre os anos de 2010 e 2019, ao menos 14 Estados norte-americanos utilizavam pentobarbital nos protocolos de execução. Ainda em 2019, um adendo ao protocolo de execução federal substituiu o procedimento de três medicamentos anteriormente usados em execuções federais pela administração única de pentobarbital. Ao se analisar decisões proferidas pelos Tribunais locais e pela Suprema Corte nos casos em que havia questionamentos ao pentobarbital, verifica-se que reiteradamente as instituições defenderam a utilização dele em execuções porque o consideraram consistente com a Oitava Emenda.

2.3.1 O Caso *Baze v Rees*

No caso *Baze v Rees* (2008), os senhores Ralph Baze e Thomas Bowling foram condenados à pena de morte no Estado de Kentucky, a qual seria consumada por meio de injeção letal. Eles questionaram a constitucionalidade do método da execução alegando que ele violaria a proibição das punições cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda, porque os produtos da injeção letal infligiriam a eles uma dor desnecessária e insuportável.

O protocolo consistia em três drogas: o tiopental sódico, o brometo de pancurônio e o cloreto de potássio. A primeira droga deveria agir na indução da inconsciência, a fim de que o preso não sentisse a dor associada à paralisia e à parada cardíaca causadas pela segunda e terceira drogas. Se essa droga inicial falhasse, então os petionários poderiam sofrer bastante durante a execução, especialmente por causa do brometo de pancurônio, um agente paralisante proibido na legislação do Estado de Kentucky para aplicação na eutanásia de animais, que provocava uma terrível dor antes da morte, mas que era de uso permitido na injeção letal em seres humanos presos condenados à morte.

O brometo de pancurônio tinha como principal função impedir movimentos musculares involuntários no condenado. Por detrás do protocolo com esse produto estaria uma tentativa de se garantir uma morte digna e de se evitar que as testemunhas da execução tivessem uma crença incorreta de que o preso estivesse sofrendo ao observarem os movimentos dele, argumentavam os defensores da utilização da droga.

No entanto, o brometo de pancurônio, que paralisava os músculos respiratórios e asfixiava lentamente, poderia mascarar a dor insuportável que o preso estivesse sentindo sem que ninguém conseguisse perceber o que se passava. Além disso, as legislações estaduais tinham aprovado a injeção letal como um método de execução aceito em humanos, mas a maioria dos Estados não havia promulgado legislação específica aprovando especificamente o brometo de pancurônio ou outro produto como algo aceitável em seres humanos.

O cloreto de potássio, terceira droga do protocolo, causava queimação e dor intensa por todo o corpo. Isso vai ao encontro do relato de presos que, durante as execuções, disseram sentir o corpo ardendo, em chamas. Embora se verifique na literatura ao menos um caso no qual se constatou que, ao invés de terem aplicado cloreto de potássio, injetaram acetato de potássio no condenado. Esse é um produto que, dentre as possíveis aplicações, serve para descongelar asas de aviões.

Assim, a constitucionalidade do protocolo de injeção letal do Estado de Kentucky para a Suprema Corte dependia de que os presos fossem adequadamente anestesiados pelo primeiro medicamento, o tiopental sódico. Na época do

caso *Baze v Rees* (2008), havia um alinhamento entre os Estados que tomava por referência o protocolo de injeção letal do Estado de Oklahoma, isso contribuiu para a ausência de uma análise crítica sobre os medicamentos em vários Estados.

Até mesmo nos Estados em que havia legislação regulando o uso de medicamentos na injeção letal, verificava-se nas revisões judiciais dos protocolos, solicitadas por condenados à pena de morte, uma ausência de demonstração técnico-científica que sustentasse a necessidade de certos produtos na injeção letal. Em muitos casos, nem mesmo havia uma equipe médica na elaboração do coquetel de drogas, e, sim, pessoas sem qualquer conhecimento sobre o tema. A eleição dos componentes da injeção letal às vezes se relacionava diretamente a uma decisão medicamentosa tomada por critérios de conveniência administrativa e direcionada a evitar certas reações a um evento problemático.

No caso *Baze v Rees* (2008), a Suprema Corte entendeu que o protocolo de injeção letal do Kentucky era satisfatório nos termos dele porque contava com pessoas qualificadas para atuar em todas as fases e que ele tinha condições de garantir a execução dos peticionários sem eventos mais danosos. O Tribunal se apoiou em uma determinação existente no protocolo estadual de que se o prisioneiro não ficasse inconsciente dentro de 60 segundos após a administração do tiopental sódico, uma nova dose seria administrada antes da segunda e terceira drogas serem aplicadas no preso.

A decisão foi de que só porque um método de execução pode resultar em dor, seja ela acidental ou como consequência inevitável da morte, isso não estabelece um *risco de dano objetivamente intolerável que se qualifique como cruel e incomum*. A Suprema Corte, aliás, nunca considerou inconstitucional um procedimento de execução escolhido por um Estado que os peticionários reclamassem constituir uma punição cruel e incomum. Mas, então, o que torna a pena cruel e incomum?

A seguir, colaciona-se um excerto da decisão do caso *Baze v Rees* (2008), que influenciou, mais tarde, na criação de um quadro de avaliação, o *Baze-Glossip*, que a Corte aplica quando o peticionário aponta uma possível violação da Oitava Emenda quanto à vedação das penas cruéis e incomuns. Em tradução livre:

Para constituir uma punição cruel e incomum, um método de execução deve apresentar um risco “substancial” ou “objetivamente intolerável” de danos graves. A recusa de um Estado em adotar procedimentos alternativos oferecidos pode violar a Oitava Emenda apenas quando o procedimento alternativo for viável, prontamente implementado e, de fato, reduzir significativamente um risco substancial de dor intensa. Pp. 8-14.

(a) Este Tribunal manteve a pena de morte como constitucional. (Caso *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153, 177). Como algum risco de dor é inerente até mesmo ao método de execução mais humano, mesmo

- que apenas pela perspectiva de erro ao seguir o procedimento exigido, a Constituição não exige que se evite todo risco de dor. Os petionários afirmam que a Oitava Emenda proíbe procedimentos que criam um “risco desnecessário” de dor, enquanto Kentucky insta o Tribunal a aprovar o teste de “risco substancial” utilizado abaixo. [...]
- (b) Este Tribunal considerou que a Oitava Emenda proíbe “punições de tortura, ... e todas as outras na mesma linha de crueldade desnecessária”, *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. 130, 136, tais como estripação, decapitação, esquartejamento, dissecação, e queimar vivo, todos os quais compartilham a inflição deliberada de dor por causa da dor, id., em 135. Observando também que “[p]unições são cruéis quando envolvem tortura ou uma morte prolongada [...] ... algo desumano e bárbaro [e]... mais do que a mera extinção de vidas”, o Tribunal enfatizou que um estatuto de eletrocussão foi aprovado no esforço de conceber um método mais humano para alcançar o resultado”. *In re Kemmler*, 136 US 436, 447. Pp. 9-10.
- (c) [...] Sujeitar indivíduos a um risco substancial de danos futuros pode ser uma punição cruel e incomum se as condições que apresentam o risco forem “certamente ou muito provavelmente capazes de causar doenças graves e sofrimento desnecessário” e derem origem a “perigos suficientemente iminentes”. *Helling v. McKinney*, 509 US 25, 33, 34-35. Para prevalecer, tal alegação deve se apresentar um “risco substancial de danos graves”, um “risco de danos objetivamente intolerável”. *Farmer v. Brennan*, 511 US 825, 842, 846 e n. 9. Por exemplo, o Tribunal considerou que um acidente isolado por si só não viola a Oitava Emenda, *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. 459, 463-464, porque tal evento, embora lamentável, não sugere crueldade ou um “risco substancial de danos graves”.
- (d) A principal alegação dos petionários é o de que os riscos que identificaram podem ser eliminados através da adoção de certos procedimentos alternativos. Como permitir que um prisioneiro condenado desafie o método de execução de um Estado apenas mostrando uma alternativa ligeiramente ou marginalmente mais segura não encontra apoio nos casos deste Tribunal, pois poderia envolver os tribunais em controvérsias científicas em curso para além da *expertise* deles, e poderia interferir substancialmente no papel das legislações estaduais na implementação de procedimentos de execução, o padrão de “risco desnecessário” proposto pelos petionários é rejeitado em favor do teste de “risco substancial de danos graves” de *Farmer*. Para enfrentar eficazmente um risco tão substancial, um procedimento alternativo oferecido deve ser viável, prontamente implementado e, de fato, reduzir significativamente um risco substancial de dor intensa. A recusa de um Estado em adotar tal alternativa face a essas vantagens documentadas, sem uma justificativa penológica legítima para o atual método de execução dele, pode ser vista como “cruel e incomum.”³² (tradução nossa)

³² No original: “To constitute cruel and unusual punishment, an execution method must present a “substantial” or “objectively intolerable” risk of serious harm. A State’s refusal to adopt proffered alternative procedures may violate the Eighth Amendment only where the alternative procedure is feasible, readily implemented, and in fact significantly reduces a substantial risk of severe pain. Pp. 8-14.(a) This Court has upheld capital punishment as constitutional. See *Gregg v. Georgia*, 428 U. S. 153, 177. Because some risk of pain is inherent in even the most humane execution method, if only from the prospect of error in following the required procedure, the Constitution does not demand the avoidance of all risk of pain. Petitioners contend that the Eighth Amendment prohibits procedures that create an “unnecessary risk” of pain, while Kentucky urges the Court to approve the “substantial risk” test used below. [...] (b) This Court has held that the Eighth Amendment forbids “punishments of torture,... and all others in the same line of unnecessary cruelty,” *Wilkerson v. Utah*, 99 U. S. 130, 136, such as disemboweling, beheading, quartering, dissecting, and burning alive, all of which share the deliberate infliction of pain for the sake of

A fim de estabelecer um risco *objetivamente intolerável de dor*, os petionários que contestam a injeção letal ou outro método de execução com base na Oitava Emenda precisam demonstrar que o método do protocolo a ser aplicado cria um risco de dor intensa. No caso de *Baze e Bowling*, a Suprema Corte entendeu que eles não conseguiram fazer isso. Além disso, é necessário mostrar que existe um método alternativo viável de ser prontamente implementado, que reduza significativamente o risco de dor severa. Conforme se verificará nos próximos casos analisados, a possibilidade de uma morte dolorosa não é suficiente para que a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheça uma violação da Oitava Emenda ao avaliar a administração da pena de morte por um Estado.

2.3.2 O Caso *Glossip v Gross*

Anos depois de *Baze v Rees* (2008), outro caso paradigmático, *Glossip v Gross* (2015). O senhor Richard E. Glossip, condenado à pena de morte, pediu à Suprema Corte o reconhecimento da violação da Oitava Emenda no caso da injeção letal que seria aplicada nele pelo Estado de Oklahoma. O petionário sustentava que o método de execução consistia em uma punição cruel e incommum porque continha midazolam. Esse é um medicamento com função anestésica muito comum de se encontrar nos protocolos de injeções letais que resultaram em mortes com dores excruciantes aos condenados à pena capital.

pain, id., at 135. Observing also that “[p]unishments are cruel when they involve torture or a lingering death[.]... something inhuman and barbarous [and]... more than the mere extinguishment of life,” the Court has emphasized that an electrocution statute it was upholding “was passed in the effort to devise a more humane method of reaching the result.” In re Kemmler, 136 U. S. 436, 447. Pp. 9-10. (c) [...] Subjecting individuals to a substantial risk of future harm can be cruel and unusual punishment if the conditions presenting the risk are “sure or very likely to cause serious illness and needless suffering” and give rise to “sufficiently imminent dangers.” *Helling v. McKinney*, 509 U. S. 25, 33, 34-35. To prevail, such a claim must present a “substantial risk of serious harm,” an “objectively intolerable risk of harm.” *Farmer v. Brennan*, 511 U. S. 825, 842, 846, and n. 9. For example, the Court has held that an isolated mishap alone does not violate the Eighth Amendment, *Louisiana ex rel. Francis v. Resweber*, 329 U. S. 459, 463-464, because such an event, while regrettable, does not suggest cruelty or a “substantial risk of serious harm.” Pp. 10–12. (d) Petitioners’ primary contention is that the risks they have identified can be eliminated by adopting certain alternative procedures. Because allowing a condemned prisoner to challenge a State’s execution method merely by showing a slightly or marginally safer alternative finds no support in this Court’s cases, would embroil the courts in ongoing scientific controversies beyond their expertise, and would substantially intrude on the role of state legislatures in implementing execution procedures, petitioners’ proposed “unnecessary risk” standard is rejected in favor of Farmer’s “substantial risk of serious harm” test. To effectively address such a substantial risk, a proffered alternative procedure must be feasible, readily implemented, and in fact significantly reduce a substantial risk of severe pain. A State’s refusal to adopt such an alternative in the face of these documented advantages, without a legitimate penological justification for its current execution method, can be viewed as “cruel and unusual.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte. Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/35/>>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 2-3.)

Normalmente, a injeção letal é formada por uma tríade: um anestésico que deve deixar o preso inconsciente, outra droga que paralise e um terceiro componente que pare os batimentos cardíacos. Conforme se discorreu anteriormente, a dificuldade na obtenção dos elementos da injeção letal pelos Estados norte-americanos fez com que alguns deles começassem a utilizar um único produto, o pentobarbital, em um protocolo de um único fármaco para execução, mas há os que ainda usam midazolam como anestésico do método de três fármacos.

Há vários casos de presos que buscaram os Tribunais alegando que o midazolam não seria eficaz na indução da perda da consciência e isso potencializaria o risco de eles sentirem as dores causadas pelos demais medicamentos. Porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos entende que o midazolam protege suficientemente bem os presos da dor e não viola a Constituição porque a Oitava Emenda não garante a nenhum preso uma morte sem dor.

A decisão no caso *Glossip v Gross* foi nesse sentido. Quando houve a execução de Clayton Lockett, em 2014, Oklahoma usou midazolam no procedimento de injeção letal de três drogas. Ele acordou após a injeção do anestésico que deveria deixá-lo inconsciente e morreu cerca de 40 minutos depois, em um procedimento com várias falhas de todo tipo de natureza.

Nesse contexto, alguns presos condenados à pena de morte recorreram aos Tribunais estaduais contrariando o uso de midazolam como droga inicial no protocolo de execução porque violaria a proibição das penas cruéis e incomuns da Oitava Emenda. No entanto, as decisões prolatadas sustentaram que os demandantes não conseguiram demonstrar com provas suficientes o mérito das alegações e não teriam conseguido identificar uma alternativa conhecida e disponível em substituição ao midazolam.

Especificamente no caso do senhor Glossip, ele havia processado o Departamento de Correções de Oklahoma, em 2014, com outros presos condenados à pena de morte, buscando suspender as futuras execuções deles. Alguns foram executados, mas o senhor Glossip conseguiu levar o caso à Suprema Corte e pediu o reconhecimento da violação da Oitava Emenda no caso da injeção letal com midazolam pelo Estado de Oklahoma.

Naquele tempo, havia Estados que não estavam conseguindo o tiopental sódico, que deveria atuar como um anestésico no protocolo de injeção letal, devido às restrições impostas pela União Europeia. Foi quando o Estado de Oklahoma alterou o protocolo de medicamentos, substituindo o tiopental sódico pelo midazolam, que tinha propriedades químicas diferentes.

O senhor Glossip alegou ao Tribunal Federal que o uso de midazolam o colocaria em maior risco de sofrimento excruciante durante a execução e isso violaria a proibição das punições cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda. A Suprema Corte discordou novamente.

A Corte decidiu que o midazolam na injeção letal da pena de morte não se constituía em punição cruel e incomum sob a Oitava Emenda à Constituição norte-americana. Sendo a pena de morte constitucional, então deveria haver um meio constitucional de executá-la, e havendo um meio padrão de execução aplicado pelo Estado (a injeção com midazolam no caso do Estado de Oklahoma), o peticionário somente poderia contestá-lo se primeiro indicasse um método alternativo conhecido e disponível. O uso de um protocolo de execução específico por um Estado somente violaria a Oitava Emenda se o peticionário identificasse um procedimento alternativo viável e prontamente implementado que reduzisse significativamente um risco substancial de dor intensa.

A partir dos casos *Baze v Rees* (2008) e *Glossip v Gross* (2015), criou-se o teste *Baze-Glossip*, que a Suprema Corte aplica em todas as análises que envolvem desafios à Oitava Emenda. Por meio do teste, busca-se verificar se determinadas regras são satisfeitas nos casos em que o condenado alega a violação da vedação das penas cruéis e incomuns, presente na Oitava Emenda. Faz-se uma análise comparativa da dor infligida ao condenado para se concluir se um método de execução é constitucionalmente aceitável ou não.

Os quesitos a serem verificados no teste e que devem ser demonstrados satisfatoriamente pelo condenado à pena de morte são:

- a) que existe outro método disponível que reduz substancialmente o risco de dor ou sofrimento intenso;
- b) que a recusa do Estado em adotar essa alternativa não tem razão penológica legítima;
- c) que o método seja experimentado e testado, e
- d) que o método possa ser prontamente implementado.

Contudo, o teste não captura certas especificidades dos casos. Assim aconteceu em *Bucklew v Precythe* (2019).

2.3.3 O Caso *Bucklew v Precythe*

No caso *Bucklew v Precythe* (2019), o senhor Russel Bucklew, que sofria de hemangioma cavernoso (uma doença que produz tumores vasculares e que pode dificultar a respiração), buscou a Suprema Corte alegando que independentemente de o protocolo causar dor insuportável a todos os prisioneiros, em decorrência dessa condição médica específica, a injeção letal de um único medicamento (o pentobarbital) lhe causaria dores intensas e ainda atrasaria o tempo da consumação da morte, o que foi apoiado por depoimentos de médicos que trabalhavam com pacientes portadores da doença.

A defesa de Bucklew sustentava que a condição médica do condenado causava o crescimento dos tumores na região superior do corpo, que afetavam a cabeça, o pescoço e a garganta do condenado. Diante desse quadro clínico, o protocolo de execução padrão do Missouri poderia fazer com que os tumores no corpo do petionário estourassem e ele se engasgasse e sufocasse com o próprio sangue por vários minutos. O senhor Bucklew alegava que o método de execução consistiria em uma punição cruel e incomum porque lhe causaria fortes dores devido à condição médica específica dele e, portanto, violaria a Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.

O Tribunal Distrital rejeitou as alegações, confirmando-se a decisão no Oitavo Circuito, que aplicou o teste Baze-Glossip no caso e possibilitou ao senhor Bucklew que ele identificasse um procedimento alternativo viável e prontamente implementado que reduzisse significativamente o alegado risco de dor. Nos termos do teste, a recusa de um Estado em alterar o protocolo de execução dele só poderia ser entendida como algo que violaria a vedação das penas cruéis e incomuns se primeiro o petionário identificasse um procedimento alternativo viável e prontamente implementado que reduzisse significativamente um risco substancial de dor intensa.

Bucklew indicou a substituição do método de execução padrão pela hipóxia de nitrogênio, sob o argumento de que esse método proposto seria mais rápido e menos doloroso do que a execução por injeção letal, mas a utilização da hipóxia de nitrogênio não foi autorizada. Conforme a decisão proferida no caso, não havia nada que demonstrasse algo no sentido de que a hipóxia de nitrogênio reduziria substancialmente o risco de dor, de modo que deveria permanecer o protocolo padrão de execução do Estado do Missouri.

O caso chegou à Suprema Corte e houve divergência entre os julgadores quanto ao caso ser objeto do teste Baze-Glossip, que a Suprema Corte aplica em todas as análises de casos que envolvem desafios à Oitava Emenda quando se alega que um método de execução *inflige dor inconstitucionalmente cruel*.

Alguns julgadores entenderam que Bucklew não conseguiu identificar um procedimento alternativo que pudesse reduzir significativamente os riscos causados pela injeção letal. Isso porque, apesar de ele ter apresentado a hipóxia de nitrogênio como um substituto viável, não havia nenhuma evidência de que o método reduzisse substancialmente o risco de dor.

Na análise do caso o cotejando com os quesitos do teste Baze-Glossip, o juiz Neil Gorsuch percorreu que historicamente a Oitava Emenda proibia punições apenas quando elas estavam há muito tempo em desuso (o que as tornava incomuns) e quando intensificavam a sentença de morte com a crueldade da in-

flição de elementos como terror ou dor excessiva. Para Gorsuch, não havia de se superar a aplicação do teste Baze-Glossip em nenhum caso que desafiasse a Oitava Emenda no concernente à vedação das penas cruéis e incomuns.

No entendimento dele, identificar uma alternativa disponível era um requisito de todas as reivindicações sobre questões que versavam acerca do método de execução, alegando-se dor cruel, e tal exigência seria consistente com a história da Oitava Emenda, que sempre tratou as reivindicações de pena de morte como um exercício comparativo. Em não havendo alternativa viável para substituir a injeção letal, então a aplicação dela pelo Estado do Missouri não poderia ser considerada algo que acrescentasse qualquer dor para além do tolerável. Por esse motivo, Gorsuch entendia que o caso de Bucklew não devia ser regido por meio de um padrão diferente para análise da possível violação à Oitava Emenda.

A decisão final da Suprema Corte no caso vai nesse sentido e expressa que:

[...] Pela razão de que distinguir entre graus de dor constitucionalmente permitidos e inadmissíveis é um exercício necessariamente comparativo, o Tribunal considerou em *Glossip* que a identificação de uma alternativa disponível é “um requisito de todas as reivindicações acerca do método de execução na Oitava Emenda” que aleguem dor cruel.

[...]

O argumento do Sr. Bucklew também é inconsistente com a compreensão original e histórica da Oitava Emenda na qual se baseiam *Baze* e *Glossip*: quando se trata de determinar se uma punição é inconstitucionalmente cruel devido à dor envolvida, a lei sempre perguntou se a punição exacerbadamente acrescenta dor muito além do necessário para executar uma sentença de morte. E responder a essa questão sempre envolveu uma comparação com alternativas disponíveis, e não um exercício abstrato de classificação “categórica”. O significado substantivo da Oitava Emenda não muda dependendo de quão ampla é a solução que o requerente decide buscar. A solução do Sr. Bucklew também convida a jogos de súplica e há pouca probabilidade de que um preso que enfrenta um sério risco de dor não consiga identificar uma alternativa disponível.³³ (Tradução nossa)

³³ No original: “[...] Because distinguishing between constitutionally permissible and impermissible degrees of pain is a necessarily comparative exercise, the Court held in *Glossip*, identifying an available alternative is “a requirement of all Eighth Amendment method-of-execution claims” alleging cruel pain [...] Mr. Bucklew’s argument is also inconsistent with the original and historical understanding of the Eighth Amendment on which *Baze* and *Glossip* rest: When it comes to determining whether a punishment is unconstitutionally cruel because of the pain involved, the law has always asked whether the punishment superadds pain well beyond what’s needed to effectuate a death sentence. And answering that question has always involved a comparison with available alternatives, not an abstract exercise in “categorical” classification. The substantive meaning of the Eighth Amendment does not change depending on how broad a remedy the plaintiff chooses to seek. Mr. Bucklew’s solution also invites pleading games, and there is little likelihood that an inmate facing a serious risk of pain will be unable to identify an available alternative.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. *Bucklew v. Precythe*, 587 U.S. (2019). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/>>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 2.).

Na mesma direção de pensamento de Gorsuch, decidiram juízes como Clarence Thomas, que reafirmou a posição no caso *Baze v Rees* (2008) de que um método de execução viola a Oitava Emenda apenas se ele for deliberadamente concebido para infligir dor,³⁴ e Brett Kavanaugh, que enfatizou que a satisfação do requisito de procedimento alternativo não era excessivamente onerosa para Bucklew. No entendimento de Kavanaugh, o peticionário podia ter se valido da indicação de outras possibilidades, ainda que não autorizadas pela legislação estadual vigente à época, como, por exemplo, um pelotão de fuzilamento.

Dessa síntese de manifestações a favor da aplicação do teste Baze-Glossip no caso Bucklew se verifica que no entendimento daqueles julgadores, para demonstrar a violação da vedação das penas cruéis e incomuns da Oitava Emenda, era necessário que primeiro o condenado à pena de morte apresentasse ao Tribunal um método alternativo de execução viável e prontamente implementado que reduzisse significativamente um risco substancial de dor intensa. Se o peticionário apresentasse esse método, então, em seguida, ele teria de provar que o Estado não tinha qualquer justificativa para recusar a implementação do procedimento alternativo.

Em direção divergente, o juiz Stephen Breyer entendeu que havia se estabelecido uma questão genuína *de fato material* sobre se a injeção letal causaria sofrimento constitucionalmente inadmissível a Bucklew. No caso *Baze v Rees*, exigiu-se a demonstração de um risco substancial de dano grave. Em *Glossip v Gross*, exigiu-se um risco demonstrado de dor intensa. No entanto, nos dois casos, não havia uma especificidade como a existente em Bucklew, acometido de uma rara condição médica, a partir da qual o então método de execução do Estado poderia sujeitá-lo a um sofrimento excessivo.

Tomando por base a Regra 56 (a), constante nas Regras Federais de Processo Civil, o juiz Breyer destacou que um julgamento sumário proposto pelo Estado poderia prevalecer se, mas apenas se, demonstrado que não havia disputa genuína quanto a qualquer questão factual material. Ainda, em consonância com

³⁴ Esse entendimento faz com que a constitucionalidade de um método de execução dependa da intenção daquele que o inflige. Quando a análise acontece em torno de se há ou não a vontade direcionada de causar a dor insuportável ou desnecessária, por exemplo, há um deslocamento do foco crítico para a intenção, ou seja, está a se trabalhar com o propósito subjetivo. Essa dimensão de análise abre caminho para a possibilidade de se aplicar o mesmo método de execução reconhecida-tamente torturante – e considerado inadmissível quando imposto para infligir dor – contanto que se entenda que envolva um propósito subjetivamente diferente disso. No entanto, como discorreu o juiz Stephen Breyer, para quem vai sofrer os efeitos de ser submetido a uma execução por um método torturante, de nada importa a intenção daquele que lhe inflige a punição.

a Regra 56 (c) do mesmo dispositivo, as provas deveriam ser interpretadas sob a luz mais favorável a Bucklew e, a partir dela, deveriam ser extraídas todas as inferências justificáveis a favor dele.

Além disso, o requisito da indicação de procedimento alternativo constante no teste *Baze-Glossip* não deveria ser exigido no caso de Bucklew porque os casos estavam imersos em contextos e circunstâncias substancialmente diferentes. Na decisão do caso *Glossip v Gross*, o cenário era de preocupação sobre a possibilidade de que os desafios do método de execução se tornassem um meio para se abolir a pena capital de modo geral e para se interferir no papel das legislaturas estaduais. Naquele desafio, questionava-se o uso de um método de execução específico como se ele violasse categoricamente a Oitava Emenda.

A Suprema Corte estava comprometida em sustentar que a pena capital não era por si inconstitucional. Uma situação como aquela poderia permitir aos condenados à pena de morte que invalidassem o método de execução de um Estado, anulando efetivamente as decisões. Para evitar essa situação, a Suprema Corte exigiu dos peticionários a identificação de método alternativo de execução.

No entanto, no entendimento de Breyer, no caso Bucklew, isso não deveria ser motivo de preocupação. Para ele, o peticionário não questionava o protocolo de injeção letal do Missouri em si, mas expunha que estava acometido de uma doença e que, em virtude dessa doença, o método de execução daquele Estado seria terrivelmente doloroso para ele, embora pudesse não afetar outros indivíduos da mesma maneira.

Considerando-se essa perspectiva, Bucklew contestava o método de injeção letal em relação às circunstâncias específicas de saúde dele, algo que ultrapassava os limites do teste *Baze-Glossip*, que não capturava particularidades como essa. Para Breyer, as execuções que já haviam sido realizadas pelo Missouri por meio do protocolo de injeção letal teriam fornecido uma base suficiente de comparação com o possível sofrimento de Bucklew e havia provas suficientes de que o condenado sofreria de maneira inadmissível na execução.

Desse modo, Breyer entendeu que considerar o protocolo de injeção letal do Missouri aplicado a Bucklew como algo inconstitucional, quando o condenado estava acometido de doença identificada em apenas cinco pessoas até então, não colocava a pena de morte em risco de invalidação no Estado do Missouri. O Estado permaneceria livre para executar prisioneiros por outros meios permitidos. Ainda que acontecesse o cenário improvável de o Estado não conseguir identificar uma alternativa em um caso específico, para o juiz Breyer, seria perverso tratar isso como uma razão para executar um condenado pelo método que ele demonstrou ao Tribunal que envolveria sofrimento excessivo.

A juíza Sonia Sotomayor observou que não existe uma base sólida na Constituição dos Estados Unidos que permita se exigir de um condenado à pena de morte que ele identifique um meio disponível para se efetivar a própria execução. Expressou também que a extensão atual da exigência do método alternativo está equivocada, mesmo nos termos do precedente *Glossip v Gross*.

Na decisão da Suprema Corte prevaleceu o entendimento de que o senhor Bucklew não demonstrou que o método de injeção letal do Missouri violava a Oitava Emenda. O senhor Bucklew não teria conseguido satisfazer o teste quanto à indicação de uma alternativa disponível, pois a hipóxia de nitrogênio não podia ser prontamente implementada e ainda teria de ser experimentada e testada. Além disso, Bucklew não teria conseguido demonstrar que a hipóxia de nitrogênio reduziria significativamente um risco substancial de dor intensa, de modo que poderia acontecer de esse método representar mais dor do que aquela causada pela injeção letal.

Ao se estudar as discussões dos julgadores da Suprema Corte em diversos outros casos é possível perceber que um dos principais fios de sustentação que atualmente suplanta discussões sobre a pena de morte ser uma pena cruel é o entendimento de que em casos graves, a pena deve manifestar em alguma medida um caráter retributivo para dar eficácia à própria Constituição.³⁵ Contudo, conforme expressou Stephen Breyer:

Pode ser que não haja maneira de executar um prisioneiro rapidamente, ao mesmo tempo em que lhe damos as proteções que nossa Constituição garante àqueles que foram escolhidos para a sanção mais severa de nossa lei. E pode ser que, à medida que nossa Nação passa a dar cada vez mais importância à garantia de que identifiquemos com precisão, por meio de métodos processualmente justos, aqueles que podem ser legalmente condenados à morte, simplesmente não haja maneira constitucional de implementar a pena de morte.³⁶ (Tradução nossa)

3 Considerações finais

Neste artigo, procurou-se despertar no leitor a compreensão da necessidade de se olhar para a pena de morte pela perspectiva de ela ser incompatível com a dignidade da pessoa humana, a expressão de uma pena cruel em si mesma, e um

³⁵ É indissociável da pena de morte a existência de um forte caráter retributivo que adentra a Suprema Corte dos Estados Unidos da América para fundamentar a constitucionalidade dessa pena.

³⁶ No original: “It may be that there is no way to execute a prisoner quickly while affording him the protections that our Constitution guarantees to those who have been singled out for our law’s most severe sanction. And it may be that, as our Nation comes to place ever greater importance upon ensuring that we accurately identify, through procedurally fair methods, those who may lawfully be put to death, there simply is no constitutional way to implement the death penalty.” (FORD, Matt. *Stephen Breyer versus the death penalty*. 2022. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/165225/stephen-breyer-retires-death-penalty>>. Acesso em: 15 fev. 2024.)

instituto de retribuição que para além de lavar sangue com sangue e exterminar vidas consideradas de menor valia não produz efeitos capazes de reduzir a criminalidade.

Muitos daqueles que defendem a pena de morte nos Estados Unidos se apoiam, quando analisam juridicamente a questão, sobre a Quinta e a Décima Quarta Emenda à Constituição, que expressam em parte do conteúdo que ninguém será privado da vida sem o devido processo legal, ou seja, a pena de morte teria previsão constitucional. Para além da retribuição, a pena de morte efetivaria outros objetivos penais, como os da prevenção geral e da prevenção específica.

Enquanto defensores da pena de morte divulgam supostos benefícios dela em prol da segurança pública, até na redução de despesas do Estado, e estimulam a população de outros países a se levantar em favor da importação da pena de morte, estudos nos Estados Unidos da América mostram cada vez mais que não há provas de que a pena de morte impeça ou dissuada as pessoas de cometer crimes violentos, não torna a sociedade mais segura, coloca em risco a vida de inocentes e pode ser uma medida custosa. Além disso, no sistema de justiça penal no qual, desde a base, as políticas criminais são afetadas pelos problemas inter-raciais, a pena de morte também pode ser aplicada de maneira racialmente tendenciosa.

As crescentes demonstrações de condenações injustas e as exonerações do corredor da morte enfraquecem a confiabilidade da pena de morte e descortinam a realidade de graves erros judiciais. Além das decisões arbitrárias e influenciadas por fatores como os raciais, econômicos e geográficos (poucos locais no território norte-americano sendo responsáveis pela maioria das sentenças de pena de morte), as execuções frequentemente acontecem após atrasos extremamente longos, reduzindo o suposto efeito dissuasor da pena de morte.

A discussão sobre a violação da vedação das penas cruéis e incomuns, constante na Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tem gravitado na Suprema Corte norte-americana em torno de um exercício comparativo de métodos e efeitos, no qual a pena de morte deixa de ser analisada sob o aspecto da possível expressão de sanção cruel e desumana, para se deslocar o eixo da discussão e mantê-lo em torno de uma *modulação* da dor constitucionalmente aceitável de ser infligida no protocolo de execução. Exige-se do condenado que desafie o protocolo de execução a partir da Oitava Emenda que ele apresente método alternativo para morrer, que comprove que o método proposto inflige menos dor do que aquela que derivará do protocolo padrão e que o método seja viável de ser prontamente implementado.

Em meio a isso, o devido processo legal e os recursos passam a ser compreendidos na esfera judiciária como protelações dos condenados que atrapalham o Estado ao postergar os desfechos da consumação da morte. Essa per-

cepção que se verifica tanto no discurso de julgadores da Suprema Corte quanto nas palavras de políticos vai em contrariedade ao entendimento de que os meios e recursos disponíveis no processo penal para uso dos condenados efetivam direitos constitucionalmente assegurados, que não devem ser esvaídos de análise de mérito do conteúdo pela ansiedade de se acelerar o tempo das execuções pelo Estado.

De 1973 até hoje, quase 200 pessoas deixaram o corredor da morte em decorrência de procedimentos como a reabertura dos casos e de recursos que demonstraram problemas probatórios que ensejaram, dentre outras coisas, a apresentação de provas novas e a consideração de provas suprimidas. Cada vez mais projetos como o Innocence Project colocam em evidência provas de condenações injustas que demonstram como erros judiciais graves podem levar inocentes à morte, colocando em questionamento a fiabilidade da pena de morte como se ela fosse algo resultante de um processo *justo e confiável* e expressão concreta desses mesmos termos. Estima-se que para cada 25 pessoas condenadas à pena de morte, 01 seja inocente em um cenário em que já foram executadas quase 1600 pessoas desde 1970 nos Estados Unidos da América.

Como pesquisadora, falar em contrariedade à pena de morte é, em muitos momentos, ser confrontada quanto à dor das vítimas e das famílias que sofreram devido às condutas daqueles que foram condenados à pena capital. Essa dor é profundamente respeitada por mim, abraçada, compreendida e legítima. Se o leitor voltar ao texto e relê-lo com um olhar atento e dirigido a partir do que se coloca agora verá que não são apresentados maiores detalhes sobre os crimes pelos quais os indivíduos nominados foram condenados.

Por detrás dos casos apresentados neste trabalho, há histórias dolorosas e comoventes, ações repulsivas e condenáveis. É compreensível que as famílias das vítimas sintam emoções como a raiva como parte da manifestação da dor, que sintam até mesmo vontade de retribuir de maneira violenta contra os agressores, e nesse sentido cabe ao sistema de justiça criminal ser um meio de o Estado controlar os impulsos de retribuição violenta como parte da efetivação da dignidade da pessoa humana, que não está condicionada a existir somente aos que não praticam condutas disruptivas como infrações penais.

Sabe-se como é difícil não pensar em algum momento em um ímpeto de retribuição, afinal, somos seres humanos e parte do processo de desenvolvimento da espécie humana que nos permitiu chegar até os dias atuais passou também pelo esforço individual e coletivo em frear nossos ímpetos de agressão. Mas o que a pena capital consegue produzir pela vítima, pela família dela e pela sociedade se não retribuição e higienização social? Esse impulso de retribuição violenta a

que ninguém está imune de sentir é algo que o sistema de justiça criminal precisa controlar, mas que o Estado acaba promovendo e endossando por meio da pena de morte.

As pretensas *inovações* na pena de morte têm se mostrado uma busca para garantir que os condenados à pena de morte sejam efetivamente mortos, mais dia menos dia. Nessa corrida, ignoram-se os compromissos internacionalmente assumidos, os novos direcionamentos de pensamento para construção de uma sociedade apoiada na valorização da vida, desvelando-se os horizontes da incoerência de um discurso no qual o mesmo Estado que não aceita o homicídio legítima o exercício da morte premeditada por ele. A sociedade avança na profundidade do entendimento da dignidade da pessoa humana, mas ainda existe resistência na efetivação dela na esfera penal.

Talvez assim o seja porque ainda vivamos em tempos de limitação do pensamento, transitórios, ou, quem sabe, exista, sim, um limite à resposta terrena que a capacidade cognitiva humana seja capaz de entregar. O fato é que ainda não conseguimos pensar em penas e nos meios de cumprimento dela nos casos de crimes graves que protejam a sociedade, entreguem uma resposta satisfatória à vítima e à família dela, que não produzam novos danos, que consigam sustentar a força do Estado e efetivar em tudo isso a dignidade da pessoa humana.

Essa não se esgota diante do sistema penal – e não se limita aos métodos e meios de cumprimento da pena e aos efeitos dela no condenado – para que a discussão sobre a pena de morte fique nos limites da dor constitucionalmente válida de ser infligida por meio dela. A dignidade da pessoa humana adentra ao mais recôndito do núcleo estrutural da pena em si e deve não apenas dela emergir, a partir de efeitos irradiados e dos modos de cumprimento da sanção, como nela estar contida desde a gênese.

Superando-se aqui qualquer dimensão de análise que expresse diferença entre as palavras falha e erro, ou condensando-as em um mesmo termo, tem-se que *todo ser humano é falível*, ou seja, todo ser humano pode, por meio de uma conduta omissiva ou comissiva, incorrer na prática de uma infração penal. Sendo a *falibilidade* algo intrínseco ao ser humano, a capacidade de errar é inerente ao próprio ser, inseparável dele por natureza.

Essa capacidade poderá ser externalizada no plano fático por meio da materialização de condutas tipificadas penalmente, como parte da expressão humana de existência neste mundo. Isso significa dizer que, por mais perversa que seja a conduta praticada, ela ainda assim é parte da manifestação do que é humano. Não se está a dizer que não deva haver tipos penais e cominações de pena privativa de liberdade para determinados crimes, mas que a pena de morte nega essa *falibilidade* humana.

Ao se retirar do corpo e da mente dos condenados a dimensão de humanidade, entregando-se uma pena que define aquela vida como indigna de existência, faz-se daquelas pessoas condenadas palco para todo tipo de agressão, de infligção de dor e de experiências horrendas. A colocação das vidas de vítima e de agressor em uma balança, como se verifica nos discursos de defensores da pena de morte nos casos de crimes de homicídio, faz da pena capital uma causa de pretensa promoção de equilíbrio no qual se subjeta, explora, desciviliza e se oprime aquele que é tornado um *inumanizado*.

Referências

- AVMA. *Guidelines for the Euthanasia of Animals: 2020 Edition*. 2020. Disponível em: <<https://www.avma.org/sites/default/files/2020-02/Guidelines-on-Euthanasia-2020.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2024.
- BELLWARE, Kim. *Alabama plans first nitrogen gas execution after failed lethal injection*. 2024. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/national-security/2024/01/25/alabama-nitrogen-execution-kenneth-eugene-smith/>>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- CBC (Associated Press). *It's not fit for putting down animals, but Alabama plans to use nitrogen hypoxia on death row inmate*. 2024. Disponível em: <<https://www.cbc.ca/news/world/alabama-nitrogen-hypoxia-execution-1.7091845#:~:text=The%20American%20Veterinary%20Medical%20Association,by%20the%20proposed%20execution%20method>>. Acesso em: 23 jan. 2024.
- CHAMMAH, Maurice. *Death Sentences – Vomiting, seizures, stroke: what could happen in the first nitrogen execution in the U.S., 2024*. Disponível em: <<https://www.themarshallproject.org/2024/01/18/alabama-nitrogen-execution-death-penalty>>. Acesso em: 23 jan. 2024.
- CHANDLER, Kim (Associated Press). *Alabama calls nitrogen execution method painless and humane, but critics are raising doubts*. 2024. Disponível em: <<https://www.wnct.com/news/national/ap-alabama-calls-nitrogen-execution-method-painless-and-humane-but-critics-raise-doubts/>>. Acesso em: 25 jan. 2024.
- DART, Tom. *Arizona inmate Joseph Wood was injected 15 times with execution drugs*. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2014/aug/02/arizona-inmate-injected-15-times-execution-drugs-joseph-wood>>. Acesso em: 23 jan. 2024.
- DEATH PENALTY INFORMATION CENTER (DPIC). *Arizona, Texas Attempted to Import Illegal Lethal Injection Drugs Linked to Indian Supplier with Troubling History*. 2015. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/news/arizona-texas-attempted-to-import-illegal-lethal-injection-drugs-linked-to-indian-supplier-with-troubling-history>>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- _____. *Execution overview*. 2024a. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview>>. Acesso em: 21 fev. 2024.
- _____. *Methods of Execution*. 2024b. Disponível em: <<https://deathpenaltyinfo.org/executions/methods-of-execution>>. Acesso em: 21 mar. 2024.
- EQUAL JUSTICE INITIATIVE. *Nitrogen suffocation*. 2024. Disponível em: <<https://eji.org/issues/nitrogen-suffocation/>>. Acesso em: 12 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Suprema Corte*. Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/35/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

_____. *Suprema Corte*. Bucklew v. Precythe, 587 U.S. (2019). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/587/17-8151/>>. Acesso em: 15 fev. 2024. p. 2.

EUROPA. Parlamento Europeu. *La pena de muerte en Europa y en el mundo: datos clave*. 2020. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20190212STO25910/la-pena-de-muerte-en-europa-y-en-el-mundo-datos-clave>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

FORD, Matt. *Stephen Breyer versus the death penalty*. 2022. Disponível em: <<https://newrepublic.com/article/165225/stephen-breyer-retires-death-penalty>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

HERSKOVITZ, John; CLARKE, Toni. *US regulators block Texas, Arizona over import of execution drug*. 2017. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/idUSL8N1HS7BO/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

HOFFMAN, Jan. *Nitrogen hypoxia: what to know about this new method of execution*. 2024. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2024/01/25/health/what-is-nitrogen-hypoxia.html>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Oklahoma: end barbaric lethal injections inmate regains consciousness, cries out during execution*, 2014. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2014/04/30/oklahoma-end-barbaric-lethal-injections?gad_source=1&gclid=EAIaIqobChMIx9jd_4mEhQMV1kFIAB3t3wy1EAAAYASAAEgLLhPD_BwE>. Acesso em: 21 dez. 2023.

LADDEN-HALL, Dan. *Inmate's Spiritual Adviser Breaks Down Describing Nitrogen Execution*. 2024. Disponível em: <<https://www.thedailybeast.com/kenneth-smiths-spiritual-adviser-breaks-down-describing-nitrogen-execution>>. Acesso em: 26 jan. 2024.

MATHESON. *Nitrogen (N₂)*. 2024. Disponível em: <<https://www.mathesongas.com/gases/nitrogen-n2/>>. Acesso em: 21 mar. 2024.

PILKINGTON, Ed. *Alarm as Alabama man to be executed via gas method rejected by veterinarians*. 2024. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2024/jan/18/alabama-nitrogen-gas-execution>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

ROSSBACK, Andy. *Executioners vs. Veterinarians Which do we kill more humanely, our pets or condemned prisoners?* 2015. Disponível em: <<https://www.themarshallproject.org/2015/04/28/executioners-vs-veterinarians>>. Acesso em: 27 jan. 2024.

SARKAR, Alisha; SHARP, Rachel; DEL REY, Michelle; BEDIGAN, Mike. *Kenneth Smith's nitrogen execution was 'textbook' and will be used again, Alabama AG says: updates*. 2024. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/kenneth-eugene-smith-alabama-execution-nitrogen-b2486356.html>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

TARA, Suter. *Supreme Court denies Alabama prisoner's last chance to avoid nitrogen gas execution, liberal justices issue written dissents*. 2024. Disponível em: <<https://thehill.com/regulation/court-battles/4430571-supreme-court-liberals-dissent-alabama-prisoners-nitrogen-gas-execution/>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

TARM, Michael. *Lawyers: Autopsy suggests inmate suffered during execution*. 2020. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/national/lawyers-autopsy-suggests-inmate-suffered-during-execution/2020/08/21/110fb926-e402-11ea-82d8-5e55d47e90castory.html>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

THE GUARDIAN. *Arizona tried to illegally import lethal injection drug not approved in the US*. 2015. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/us-news/2015/oct/23/arizona-illegally-import-lethal-injection-drug>>. Acesso em: 15 fev. 2024.

THE INDEPENDENT. *Kenneth Eugene Smith already survived one botched execution. Today he'll become the first to die by nitrogen*. 2024. Disponível em: <<https://www.independent.co.uk/news/world/americas/us-politics/alabama-execution-nitrogen-gas-hypoxia-b2484087.html>>. Acesso em: 26 jan. 2024.