

# CESARE BECCARIA: A INFLUÊNCIA DO SEU PENSAMENTO NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NORTE AMERICANO

MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA

Professora associada de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de  
Direito do Centro Regional do Porto  
Investigadora do CEID – Centro de Estudos e Investigação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade  
Católica Portuguesa – Porto

No ano em que se completam 250 anos da publicação *Dos Delitos e das Penas*<sup>1</sup>, de *Cesare Beccaria*, justifica-se uma reflexão sobre a actualidade do seu pensamento e dos princípios por ele enunciados no contexto do direito penal dos nossos dias<sup>2</sup>. Esta obra, que foi escrita por *Beccaria*, quanto tinha apenas 26 anos de idade, constitui, sem dúvida, um dos expoentes, senão o expoente, do iluminismo criminal, e um grito de libertação perante um sistema de justiça penal fundado no arbítrio, na irracionalidade da vingança, na desigualdade, e no desrespeito mais completo pelos direitos das pessoas e pela dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>. A este propósito, e a confirmar as palavras de

---

<sup>1</sup> Utilizámos como base de trabalho e ponto de partida para a nossa investigação, BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, tradução de FARIA COSTA, José, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição, 2007.

<sup>2</sup> Este texto corresponde, em traços gerais, ao conteúdo da palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, no dia 4 de Junho de 2014, subordinada ao tema “*Cesare Beccaria: a influência do seu pensamento no sistema de justiça criminal norte americano*” e integrada no Ciclo de Palestras nos 250 anos de *Cesare Beccaria*. Tentámos que o texto se mantivesse o mais fiel possível ao original, pelo que nos limitámos à sua revisão, e à inserção das notas de rodapé correspondentes à bibliografia que compulsámos para a elaboração da comunicação.

<sup>3</sup> Para a caracterização do Iluminismo Criminal, veja-se o que escreve TAIPA DE CARVALHO, Américo de, *Condicionalidade sócio cultural do direito penal – Análise histórica. Sentido e limites*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Separata, número especial: Estudos em homenagem aos Profs. Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz, 1985, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Tomo I*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 66 e ss., FARIA COSTA, José, *Beccaria e a legitimação do Direito Penal:*

*Voltaire* segundo as quais a obra de *Beccaria* constitui um verdadeiro Código de Humanidade no domínio da justiça penal, lembramos o discurso de *Rose*, perante a Ordem dos Advogados do Arkansas em 1900<sup>4</sup>, que descreve o funcionamento e os métodos da justiça penal europeia à data em que *Beccaria* escreveu o seu livro<sup>5</sup>: em Inglaterra, em 1765, a pena de morte era aplicável a 160 crimes, incluindo furtos do valor de um *schilling* e outros crimes de escassa gravidade. Na maior parte dos casos, a pena aplicável ao infractor não se encontrava prevista na lei, pelo que era o juiz que a definia, tendo em conta os motivos da sua actuação, as circunstâncias do caso, e a sua situação pessoal, exercendo as suas funções com assumida parcialidade de acordo com o interesse do Estado, como se se tratasse de um ramo do poder executivo. A tortura só foi abolida em Inglaterra no reino de Jorge IV, e noutros países europeus mais tarde ainda, multiplicando-se as salas de tortura um pouco por toda a Europa, onde um juiz se sentava a ouvir as confissões extorquidas a homens e mulheres, dando ordens para suspender os procedimentos quando o médico, também presente na sala, dava sinal de que a morte estava iminente. Havia duas formas de tortura: a tortura preliminar ou prévia, e a tortura suplementar. A primeira destinava-se a obter a confissão dos factos pelos quais o agente era acusado. A segunda, tinha lugar num momento posterior à condenação, e tinha por objectivo obter a indicação dos nomes de eventuais cúmplices<sup>6</sup>.

---

*entre a ética das virtudes e a ética das consequências*, em *Ciência Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 24, n° 2, Abril-Junho de 2014, págs. 205 e ss..

<sup>4</sup> ROSE, U. M., in *The American Lawyer*, Vol. 8, 1900, págs. 298 e ss..

<sup>5</sup> Muito interessante também sob esta perspectiva, traçando com detalhe a evolução do sistema punitivo na Europa até à institucionalização da pena de prisão, LANGBEIN, John H., *The historical origins of the saction of imprisonment for serious crimes*, in *Yale Law Schol legal Scholarship Repository*, 1976, págs. 36 e ss..

<sup>6</sup> De acordo com ROSE, *ob.cit.*, pág.300, o Imperador Pedro o Grande não ficou conhecido por ser particularmente original nesta matéria, mas antes por ter dotes ímpares de imitação. Efectivamente, quando visitou França em 1713, desejoso de importar para o seu país as conquistas da civilização, passou grande parte do tempo nas salas de tortura a obter ensinamentos sobre os instrumentos usados e a forma mais eficaz de os utilizar. De volta ao seu país, replicou grande parte deles – conta-se que chegou a fazer funcionar numa só aldeia catorze salas de tortura – mas foi variando os métodos de utilização. Nas palavras de ROSE, “As mulheres, depois da tortura, eram enterradas vivas, porque ele chegou à conclusão que este método de punição inspirava mais terror à alma feminina. É curioso notar que nos seus momentos de maior gentileza ele regressava às técnicas ancestrais e cortava as cabeças às vítimas com as suas próprias mãos, exercício no qual revelava particular destreza. Através do uso de métodos de tortura excessivamente prolongados e austeros acabou por matar o próprio filho”.

Quando não era possível extorquir a confissão, recorria-se à prova testemunhal, sendo perfeitamente legítimo o testemunho indirecto ou de “ouvir dizer”. À existência de dois rumores sobre a prática do crime, ou sobre qualquer acto imoral praticado pelo agente durante toda a sua vida, provenientes de duas fontes distintas, era conferido o valor do depoimento da testemunha ocular do crime, e quando o crime fosse atroz, a convicção do juiz tanto se podia basear na produção de prova como numa mera suspeita. Como é evidente, poucos acusados escapavam à condenação, e muitos inocentes eram executados, até porque os julgamentos eram secretos e os acusados não tinham quem os defendesse. ROSE chama ainda a atenção para a falibilidade dos julgamentos por bruxaria, um crime que consistia numa negociação com o diabo com o objectivo de obter poderes sobrenaturais, e que era punido com a pena capital, executada quase sempre pelo fogo. Escreve este autor: “*Michelet* conta que em Trêves foram queimados vivos 7.000 bruxos e feiticeiras, que em Genebra foram queimados 500 em três meses, em Wurburg 800, e em Bamberg 1500, quase de uma só vez, sendo a maioria deles raparigas com idade inferior a onze anos. Em Toulouse, e em algumas cidades de Espanha, o número de execuções ainda era maior. O volume de perseguições era de tal ordem, que o Imperador Fernando II da Alemanha, que deve ter disputado o prémio da crueldade com Nero e Calígula, se viu obrigado a interceder, aconselhando alguma moderação, porque se as coisas continuassem assim algumas zonas acabariam despovoadas”. Além destes julgamentos secretos conduzidos por juízes pouco qualificados<sup>7</sup>, ainda havia outras formas de libertar a sociedade de pessoas indesejáveis. Uma dessas formas consistia no uso das “cartas de cachet”, ou “cartas do rei”, como eram designadas em França, que permitiam condenar à pena de prisão sem qualquer acusação prévia, aqueles que o rei desejasse, pelo tempo que desejasse, e o rei por vezes desejava que fosse muito tempo. No reinado de Luís XV, chegaram a encontrar um homem na Bastilha que estava preso há trinta e cinco anos, e que não sabia o que tinha feito, nem ninguém sabia<sup>8</sup>. Por vezes, os acusados de crimes, mesmo pouco graves,

---

<sup>7</sup> ROSE, *ob.cit.*, pág. 301, faz referência a registos em França que revelam o grau de ignorância e escassa qualificação dos juízes a acrescer a vícios vários como a embriaguez, o deboche, e a incapacidade.

<sup>8</sup> ROSE, *ob.cit.*, pág. 301, conta, no mesmo texto, que se entendeu que o melhor seria devolver a liberdade ao prisioneiro tão injustamente privado dela, mas que este, depois de contactar com o mundo exterior, pediu para voltar para a sua cela, tendo-lhe sido satisfeito o pedido.

eram condenados às galés<sup>9</sup>. A maior parte não sobrevivia às condições infra-humanas em que a pena era executada, ficando os condenados expostos aos elementos sem qualquer protecção durante as horas de trabalho, subnutridos, acorrentados, esquecidos até muitos anos depois de cumprida a sua pena. No que toca às condições das prisões elas não justificam sequer descrição<sup>10</sup>. Apesar de todo este clima de terror e de perseguição que se vivia, e se viveu, na Europa, até metade do século XVIII, porventura até mais tarde nalguns países, a verdade é que o número de crimes e de condenados às mais variadas penas continuava a aumentar.

É neste contexto de terror e de injustiça penal que surge a obra de *Beccaria*<sup>11</sup>. Partindo do princípio de que a actuação do Estado tem que servir o bem comum, da

---

<sup>9</sup> LANGBEIN, John H, *The historical origins of the sanction of imprisonment, ob.cit.*, pág. 40: "As galeras exigiam muitas centenas de marinheiros remando em unísono. O trabalho era extenuante, perigoso e severamente disciplinado. Uma vez que não havia marinheiros voluntários em número suficiente atendendo aos salários que as frotas estavam dispostas a pagar, as frotas começaram a recorrer a escravos das galés, provenientes na sua maioria da Turquia e do Norte de África, capturados na guerra ou trazidos de propósito com essa finalidade. Quando estes recursos se tornaram escassos para tripular as armadas cada vez maiores dos séculos quinze e dezasseis, começou a utilizar-se a mão de obra dos condenados pela prática de crimes. Criminosos que de outra forma teriam sido eliminados pelo Estado através da execução da pena de morte eram agora encarados como um recurso potencialmente útil. A partir da Espanha, da Itália, e da França a condenação às galés começou a alastrar para o Norte. Há registos desta condenação na Holanda nos anos de 1520, e na Bélgica e na Austrália nos anos de 1550.

<sup>10</sup> Em 1777, John HOWARD, um reformista do sistema prisional, escreveu um livro sobre as condições de vida nas prisões da Grã Bretanha, defendendo a sua modificação. HOWARD, John, *The State of the Prisons in England and Wales (1777)*. As prisões estavam sobrelotadas, imundas, infestadas de doenças, e constituíam mero local de passagem para aqueles que aguardavam a execução da pena capital, ou o embarque para as colónias da América ou da Austrália. Os presos eram mantidos acorrentados por carcereiros miseráveis e violentos, e os juízes não tinham qualquer interesse pela situação, negligenciando a vigilância das pessoas encarregadas de executar este tipo de penas.

<sup>11</sup> Quando, terminado o livro, *Beccaria* o mostrou aos amigos, eles tê-lo-ão aconselhado a não o publicar, uma vez que continha ideias que o colocavam em rota de colisão com o poder, e que o podiam sujeitar à justiça da Inquisição. No entanto, um amigo próximo de *Beccaria*, o *Conde Veri*, convenceu-o a publicar, afirmando que estava em causa o cumprimento de um dever sagrado, e o livro transformou-se, de imediato, num grande sucesso, a que não foi alheio o facto de se tratar de um livro relativamente pequeno, que se lê em duas ou três horas. É claro que não faltou quem pretendesse que *Beccaria* fosse punido de forma eficaz e severa de forma a evitar que outros seguissem o seu exemplo, e difundissem ideias perigosas e revolucionárias, mas, mais uma vez, *Beccaria* contou com a intervenção de um amigo, *Firmiani*, o Governador austríaco de Milão, que ao que parece era um homem inteligente e de valor, e que

ideia básica e fundante do contrato social, *Beccaria* condena a pena de morte, sustenta que a pena não pode ser utilizada para perseguir pessoas ou para retribuir o mal do crime, mas apenas para prevenir a prática de novos crimes, que a sanção penal não deve conhecer privilégios, raças, ou gêneros, mas que o pressuposto de qualquer diferença de tratamento deve ser a igualdade perante a lei, que crimes e penas se devem encontrar previamente descritos nela, de tal forma que o juiz se encontre vinculado na justiça que exerce e o infractor possa fazer contas perante a tentação do crime, e que a sanção mais do que severa e cruel, deve ser certa e proporcional ao mal causado<sup>12</sup>. A sua preocupação com ideais de humanidade, a sua luta pela defesa dos direitos dos que são sujeitos à justiça penal, não é sentimentalista ou irreal como a de *Rousseau*, que proclama que todos os homens são bons e justos na essência (bondade natural) e que é a sociedade que os corrompe, mas decorre da observação da realidade, e de critérios de bom senso e de justiça<sup>13</sup>, que estiveram clamorosamente ausentes do direito penal durante séculos. Citando de novo o interessante texto de ROSE sobre o pensamento de *Beccaria* e a reforma da lei penal<sup>14</sup>, “é a antiga história do ovo de Colombo. Todos sabem como colocar o ovo de pé depois de Colombo ter ensinado como era. Antes de

---

o preservou do que seria, mais uma vez nas palavras de ROSE, *ob.cit.*, 302, uma “desagradável contingência”..

<sup>12</sup> O mal do crime deixa de ser sinónimo de pecado, e a pena deixa de valer como penitência ou expiação, autonomizando-se o Direito Penal da justiça divina e religiosa. A gravidade do crime passa a medir-se pelo desvalor do resultado e não da intenção do agente, ganhando consistência a ideia de ofensividade ou danosidade social do delito, critério que garante a segurança e a objectividade na aplicação da lei.

<sup>13</sup> Não será agora o momento para analisar a obra de *Beccaria* em todos os seus elementos essenciais, mas contém recomendações e princípios da mais elementar razoabilidade: as leis penais devem ser redigidas na língua dos países em que são publicadas de forma a permitir o conhecimento pelos seus destinatários, as cidades devem ser iluminadas a expensas do erário público como forma de reduzir a criminalidade, o contrabando nunca deverá ser punido com a pena de morte e o Estado deve diminuir os deveres neste domínio como forma de reduzir a criminalidade, o suicídio não deverá ser punido, uma vez que o castigo apenas fará sofrer inocentes, valendo o mesmo relativamente ao confisco de bens que atinge injustamente os familiares do infractor, o tempo de prisão anterior ao julgamento deve ser o mais curto possível e servir apenas para garantir a justiça do julgamento, devem ser proibidos os prémios pela captura de pessoas procuradas pelas autoridades, a confissão apenas deve ser admitida como prova onde seja voluntariamente prestada, o juiz deve ser imparcial e neutro, os julgamentos devem ser públicos, o valor do testemunho das mulheres deve ser igual ao dos homens, entre outros.

<sup>14</sup> ROSE, *ob.cit.*, pág. 303.

*Beccaria* viveram gerações de grandes juristas que não conseguiram vislumbrar nada de particularmente criticável nas leis de barbárie de que foram contemporâneos. Os homens são escravos do hábito, e abstraem dos erros e incongruências das instituições que nunca foram contestadas e que se tornaram veneráveis em razão da sua antiguidade”. A vitória de *Beccaria* está à vista, foi determinante da própria Revolução Francesa ao tornar clara a injustiça e o lado opressor do poder e das instituições vigentes, e atravessou oceanos, influenciando todas as legislações penais do Cristianismo, e até do Oriente.

Em 1770, o livro “Dos delitos e das penas” foi editado nos Estados Unidos, tendo tido grande influência na redação da Constituição de 1776, na Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (*Bill of Rights*) e na própria lei penal norte-americana<sup>15</sup>. Os Fundadores dos Estados Unidos (*America’s Founding Fathers*), com particular destaque para *Thomas Jefferson*, autor do projecto da Declaração de Independência que proclama o direito fundamental à vida, e de três propostas de Constituição da Virgínia que aboliam a pena de morte, leram o livro de *Beccaria* e citavam-no frequentes vezes nos seus discursos<sup>16</sup>.

O livro de *Beccaria* influenciou profundamente os pensadores do iluminismo, inúmeros abolicionistas americanos, e teve um peso decisivo na estruturação do sistema jurídico-penal norte americano. No entanto, sabemos que a visão de *Beccaria* – de um mundo sem pena de morte, em que a pena de prisão constitui o último recurso, onde não se pratica a tortura – ainda está longe de ser realidade em todos os países<sup>17</sup>. Em

---

<sup>15</sup> BESSLER, John D., *Revisiting Beccaria’s vision: the Enlightenment, America’s death penalty, and the abolition movement*, in *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, Vol. 4, Issue 2, 2009, págs. 195 e ss., pág.

<sup>16</sup> De acordo com BESSLER, *ob.cit.*, pág. 206, existe um estudo que demonstra que BECCARIA é o sétimo autor em número de citações feitas nos escritos e discursos dos Fundadores da América. Assim, por ordem de importância decrescente, surge em primeiro lugar SÃO PAULO, seguido de MONTESQUIEU, SIR WILLIAM BLACKSTONE, JOHN LOCKE, DAVID HUME, PLUTARCO, e BECCARIA.

<sup>17</sup> De acordo com dados da Amnistia Internacional, <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty> (consultado pela última vez em 23 de Junho de 2016), a pena de morte ainda existe em 58 países do mundo, entre os quais, os Estados Unidos da América, e 2015 foi um ano dramático em número de execuções, com mais 1634 execuções que 2014, um número idêntico ao de 1989. A amnistia Internacional divide os países nesta matéria em abolicionistas e não abolicionistas, e os abolicionistas em três grandes grupos: abolicionistas para todos os crimes, abolicionistas para crimes comuns, e abolicionistas na prática. A Europa é, neste momento, uma zona livre de pena de morte. Um grande

particular, e em relação aos Estados Unidos da América, é extremamente discutível que o sistema penal deste país garanta, sob o ponto de vista material, a correspondência ao que foi o essencial do pensamento de *Beccaria* e a princípios básicos de igualdade, legalidade, e proporcionalidade das penas. Designadamente a partir do 11 de Setembro, mas não só, porventura a partir dos anos oitenta do séc. XX, o pensamento dominante nos Estados Unidos no domínio do direito penal, é um pensamento que podemos designar como neo-punitivo, com preocupações preventivas exacerbadas, onde se misturam ou se tocam representações morais e jurídicas, e onde o princípio da igualdade resulta frequentes vezes comprometido senão na teoria, seguramente na prática.

A análise do pensamento de *Beccaria* sob este prisma, ao nível da comparação entre os princípios fundantes do seu pensamento e o actual modelo de justiça penal norte americana, trouxe-nos algumas dificuldades, para as quais pedimos desde já alguma compreensão, uma vez que se trata de um exercício que não conta com um pressuposto normativo único, dadas as variantes existentes na regulamentação penal de Estado para Estado, e que tem contra si um entendimento *sui generis* do princípio da legalidade, uma vez que os Estados Unidos não têm um sistema fechado e acabado de leis (e não nos estamos a referir apenas ao facto de se tratar de um sistema de *common law* onde as normas são retiradas das soluções jurisprudenciais dadas aos casos concretos, uma vez que a maior parte do direito penal norte americano é direito legislado, mas à forma labiríntica e desencontrada como se sucedem as leis e essas decisões jurisprudenciais, num excesso óbvio de regulamentação, realidade que não desconhecemos totalmente, uma vez que este é um dos grandes pecados e vícios da cultura legislativa portuguesa mais recente que torna quase impossível manter actualizado o conhecimento das normas legais). Pensámos, mesmo assim, que o tema tinha interesse, e que constituía um ângulo de observação do pensamento de *Beccaria*, diferente do tradicional, pelo que considerámos justificado o seu tratamento.

1. Em primeiro lugar, tentemos estabelecer a relação entre a obra de *Beccaria* e o que se passa no ordenamento jurídico-penal norte-americano em relação à pena de morte. Sobre a pena de morte escrevia *Beccaria*, em 1764, o seguinte:

---

número de países em desenvolvimento como a Albânia, Angola, Cambodja, Colômbia, Ruanda e Haiti, também aboliram as execuções. O Canadá e o México são abolicionistas. Mesmo a África do Sul proíbe a pena de morte desde que o Tribunal Constitucional a considerou inconstitucional nos finais dos anos noventa.

*A profusão inútil de penas, que nunca produziu melhores seres humanos, leva-me a perguntar se a pena de morte pode ser verdadeiramente justa ou útil num estado bem governado. Que direito, pergunto eu, podem ter os homens a cortar a garganta dos seus irmãos? Seguramente que não o direito em que a soberania e as leis se deixam fundar. As leis, como disse atrás, constituem apenas a soma das pequenas parcelas de liberdade privada de cada individuo, e representam a vontade geral, que é o agregado da vontade pertencente a cada individuo. E alguém confere aos outros o direito a retirar-lhe a própria vida?*

*A pena de morte não é autorizada por nenhum direito, pois demonstrei que não existe tal direito. Representa, por isso, a guerra de uma Nação inteira contra um cidadão cuja destruição é considerada útil para o bem comum. Mas como eu irei demonstrar mais à frente não sendo necessária, nem útil, ganhei a causa da humanidade.*

*A morte de um cidadão apenas pode ser necessária num caso: quando apesar de privado da liberdade um cidadão tenha um tal poder e ligações que possa colocar em perigo a segurança da nação; quando a sua existência possa conduzir a uma perigosa revolução na forma de Governo estabelecida. Mas mesmo neste caso, apenas pode ser necessária quando uma Nação esteja a recuperar ou em risco de perder a sua liberdade, ou em alturas de absoluta anarquia, quando os próprios distúrbios substituem as leis; mas num reino de tranquilidade, com uma forma de Governo aprovada pela vontade una de uma Nação, num Estado bem edificado, sem inimigos, e forte (...) não pode existir necessidade de retirar a vida a uma pessoa.*

Portugal aboliu a pena de morte para os chamados crimes comuns em 1864. Como escreveu *Miguel Torga*, no centenário da abolição, num dos mais belos textos escritos até hoje sobre a pena capital, negando simultaneamente a legitimidade, a utilidade e a necessidade da pena de morte: “se há delitos que pedem severo castigo, se é necessário defender o edificio colectivo dos incendiários, é preciso também que o braço da justiça se mantenha dentro da área da repressão legitima” (...) “O crime ilegal, numa problemática perspectiva de liberdade plena, compromete apenas o agressor. O crime legal, onde tal perspectiva é incontroversa, compromete toda a sociedade, que nessa maciça, fria e desmedida resposta ao agravo dum só se exautora e condena. Com o arsenal de meios coercivos de que dispõe — cadeias, penitenciárias, reformatórios, etc., etc. — que necessidade tem ela de suprimir o que pode eficientemente neutralizar? Por acreditar no poder frenador dos espantalhos? Por não acreditar na regeneração do culpado? Por estar segura da inteira responsabilidade dele? Ou, simplesmente, por ter ainda saudades de uma ancestralidade nevoenta em que o religioso, o supersticioso e o impiedoso se confundiam? Está hoje sobejamente demonstrado que nem a pena capital amedronta, nem a emenda do mais empedernido réu é impossível, nem o determinismo é uma palavra vã.”.

Segundo dados da Amnistia Internacional (2015), a pena de morte mantém-se em 31 Estados dos Estados Unidos, e também se encontra prevista no Código Penal norte-americano (Estado Federal). Durante o ano de 2015, foram condenadas 49 pessoas à morte em 14 Estados, e a pena de morte foi executada por 6 Estados, num total de 27 execuções (o que significa uma diminuição de 33% em relação a 2014, elevando-se para 1422 o número de penas de morte executadas desde a reintrodução da pena de morte em 1976). No final do ano de 2015 permaneciam nos corredores da morte, cerca de 3000 pessoas.

A história da pena de morte nos Estados Unidos não foi linear, tendo sofrido avanços e recuos, de resto, como sucedeu na maior parte das legislações antes da sua eliminação definitiva. As colónias americanas herdaram o rigor punitivo da Inglaterra, onde a justiça penal era severa, e onde se aplicavam frequentemente, sobretudo quando os infractores eram escravos, penas corporais como a marca com ferros<sup>18</sup>, trabalhos forçados, açoitamentos e mutilações. Também era frequentemente empregue a tortura, através da colocação de pedras pesadas ao pescoço do autor do crime, e através da simulação de afogamento (*waterboarding*) em que o condenado era colocado de costas e imobilizado, sendo-lhe depois deitada água sobre a cara e para dentro das vias respiratórias. Muitas destas formas de tortura conduziam quase inevitavelmente à morte. A pena de morte era utilizada para crimes graves, como o homicídio e a violação, mas também para crimes menos graves<sup>19</sup>, e era executada publicamente, embora aos poucos, à medida que a opinião pública se foi mostrando cada vez mais desconfortável com este tipo de espectáculo, tivesse começado a ter lugar no interior das prisões ou em espaços

---

<sup>18</sup> A “Scarlett letter” era uma marca ou queimadura infligida a quem tivesse cometido adultério. No livro “The Scarlett Letter” de Nathaniel Hawthorne, escrito em 1850, a figura central do romance, Hester Prynne, engana o marido, e é marcada na pele com um A.

<sup>19</sup> De acordo com BESSLER, *ob.cit.*, pág. 219, a lei penal de Massachussets, de 1636, previa os seguintes crimes capitais: idolatria, bruxaria, blasfémia, homicídio, agressão devido a raiva súbita, sodomia, bestialidade, estupro, violação, perjúrio em processo envolvendo crime capital, e rebelião. A previsão de cada um destes crimes era acompanhada por uma citação do Antigo Testamento para reforçar a autoridade da lei, e os juízes aplicavam a pena de morte com frequência a criminosos, dissidentes políticos e vagabundos, até como forma de evitar o encarceramento em estabelecimentos prisionais excessivamente cheios. Ao mesmo tempo, aqueles que escapavam à morte – fosse por perdão régio, fosse pelo chamado “benefit of clergy”, que poupava os clérigos à execução da pena, e todos aqueles que sendo delinquentes primários soubessem ler as escrituras – podiam ainda assim ser condenados ao corte dos genitais, ou à queimadura da testa ou do polegar.

fechados. A última execução pública na Inglaterra ocorreu em 1868, enquanto nos Estados Unidos da América a primeira lei a impor a execução privada data de 1830, tendo tido lugar a última execução pública – de um homem negro perante uma multidão de 10.000 a 20.000 espectadores – em 1936, no Kentucky.

Em 1972, no caso *Furman v. Georgia*<sup>20</sup>, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade da aplicação da pena de morte e a obrigatoriedade da sua suspensão em todo o país, uma vez que a forma como tinha sido aplicada violava a oitava emenda (proibição de tratamentos cruéis e degradantes)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> *William Henry Furman* era um assaltante que durante o assalto a uma casa foi surpreendido pelo proprietário e matou-o. *Furman* declarou em tribunal que a arma tinha disparado acidentalmente, mas uma vez que o homicídio se associou à execução de um crime muito grave – *felony* – foi considerado agravado e foi-lhe aplicada a pena de morte que todavia nunca foi executada.

<sup>21</sup> A oitava emenda à Constituição norte americana tem sido um elemento determinante na discussão acerca da pena de morte nos Estados Unidos da América. A oitava emenda estabelece que: “não podem ser exigidas cauções excessivas, ou impostas multas excessivas, nem infligidos castigos cruéis ou não usuais”, e tem atrás de si uma longa história a começar pela Magna Carta de 1215 que, muito antes de *Beccaria*, impunha a proporcionalidade entre a multa e a ofensa, o *Body of Liberties*, de 1641, que proibia todo o tipo de castigos bárbaros, cruéis e desumanos, o *Bill of Rights* inglês de 1689, que prescrevia que “não devem ser impostas cauções excessivas ou multas excessivas, nem infligidos castigos cruéis ou não usuais”, e a Declaração da Virgínia que também proíbia a aplicação de castigos cruéis e não usuais aos agentes de crimes. Embora se deixasse porventura justificar uma palavra acerca da discussão existente no direito norte-americano em torno do significado do adjectivo não usual quando aplicado às sanções penais, interessa-nos mais neste momento a análise da relevância da oitava emenda no contexto da avaliação da legitimidade da aplicação da pena de morte neste país. O Supremo Tribunal de Justiça norte-americano analisou pela primeira vez a história do preceito no caso *Weems v. United States* (1911), concluindo aí que a aplicação ao agente de uma pena de quinze anos de prisão, em que é mantido acorrentado, por falsificação de um documento era excessiva. Num outro caso, o Tribunal veio dizer que um castigo deve ser considerado excessivo sempre que não oferece um contributo aceitável para o cumprimento das finalidades da punição, representando uma dor e um sofrimento sem sentido e desnecessários, ou quando se encontra em desproporção grosseira com a gravidade do crime. O excesso de punição é definido em função de um princípio de dignidade humana, que deve ser deduzido a partir “dos *standards* de decência historicamente desenvolvidos por uma sociedade”. Para decidir da proporcionalidade de um castigo em concreto, o Tribunal utiliza critérios objectivos como a gravidade da ofensa, a severidade da pena, as circunstâncias em que o crime foi praticado, a reacção pública, a prática do Estado, a lei, e os veredictos dos júris. O Tribunal também compara as penas aplicáveis a outros criminosos na mesma ou outras jurisdições. Nenhuma pena é em si constitucional, pelo que só o Tribunal é que pode decidir da sua compatibilidade com a oitava emenda. Curiosamente, a constituição dos júris

Fundamental para a decisão do Tribunal não foi a natureza da pena em si, o seu carácter irreversível ou atentatório da vida humana, mas o facto de estar em causa uma pena obrigatória (*mandatory*), seguindo a tradição medieval inglesa importada pelos colonos americanos, cuja aplicação não dependia de critérios objectivos e racionais, mas do completo arbítrio e discricionariedade do juiz. Efectivamente, em caso de condenação pela prática de certos crimes a aplicação da pena de morte constituía uma consequência automática, que o juiz apenas poderia evitar declarando o arguido inocente, e prescindido da punição.

Não tendo sido declarada a inconstitucionalidade da pena de morte, e apesar da moratória de facto a que ficou sujeita durante quatro anos, justificava-se uma declaração definitiva acerca da sua legitimidade e compatibilidade com a Constituição, questão que se veio a colocar em 1976, a pedido de cinco Estados, de novo perante o Supremo

---

“qualificados para a aplicação da pena de morte” contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal em relação ao juízo de compatibilidade com a oitava emenda, uma vez que não podem integrar o júri pessoas consabidamente contra a pena de morte, o que potencia o número de condenações à morte em todos esses casos. Relativamente, a casos de aplicação da pena de morte, o Supremo Tribunal tem utilizado frequentemente a oitava emenda para restringir os crimes em que ela é susceptível de ser aplicada. No caso *Ford v. Wainwright*, proibiu a execução de dementes, no caso *Atkins v. Virginia* alargou essa proibição a outros casos de doença mental, incluindo esquizofrénicos, e no caso *Roper v. Simmons*, vedou a execução da pena de morte em relação a menores de dezoito anos. No caso *Enmund v Florida*, proibiu a execução de um criminoso que tinha sido cúmplice de um assalto durante qual foi cometido um homicídio, mas sem que ele o tivesse praticado, tentado praticar, ou tivesse qualquer intenção de o praticar. De acordo com o Tribunal, o agente teve uma responsabilidade pessoal diminuída pela prática do crime. No caso *Coker v. Georgia*, o Supremo Tribunal decidiu que não podia ser aplicada a pena de morte em casos de violação, até porque a Geórgia era o único Estado que aplicava a pena de morte a esse crime. Em 2008, a regra estabelecida no caso *Coker* foi alargada de forma a incluir a violação de crianças. Este Tribunal também utiliza a oitava emenda para garantir a consistência das decisões a envolver a aplicação da pena de morte. Para garantir moderação no uso da pena de morte, o Supremo Tribunal considera indispensável a análise do carácter e do registo criminal do agressor, e das circunstâncias do facto, devendo ser permitido ao arguido invocar qualquer factor atenuante que possa levar á aplicação de uma pena menos gravosa. É tido em conta no juízo acerca da compatibilidade com a oitava emenda o número de Estados que permitem a aplicação de determinada sanção, e o número de vezes em que ela é efectivamente executada, incluindo a pena de morte, embora o critério contabilístico não seja evidentemente o único a ter em conta na avaliação da constitucionalidade da sanção. Finalmente, o Supremo Tribunal também já se pronunciou várias vezes a esta luz acerca da constitucionalidade de determinadas formas de execução da pena de morte, tendo, por exemplo, considerado inconstitucional o protocolo da injeção letal utilizado no Kentucky (caso *Baze*)

Tribunal de Justiça norte-americano. Aí, e num *vol de face* verdadeiramente surpreendente, o Tribunal declarou a constitucionalidade da pena de morte com base numa série de argumentos: em primeiro lugar, porque a evolução legislativa entretanto havida, com o Congresso e os 35 Estados a estabelecer os procedimentos necessários para a condenação nos casos de aplicação da pena de morte<sup>22</sup>, tinha afastado o processo de aplicação da pena de morte do sistema automático que vigorava em 1972, e que justificara a decisão de inconstitucionalidade no caso *Furman*; por outro lado, porque a insistência dos tribunais em condenar à morte representava, no entendimento do mesmo Tribunal, um sinal inequívoco de que a pena de morte não era considerada pela sociedade como um tratamento cruel e desumano.

O Tribunal entendeu ainda que a pena de morte não se mostrava incompatível com o princípio da dignidade humana. A pena de morte serve finalidades de prevenção e de retribuição, e onde está em causa a punição por crimes que negam de forma flagrante e brutal valores fundamentais de humanidade, a pena de morte constitui a única resposta adequada segundo uma lógica retributiva. Já sob o ponto de vista do cumprimento de finalidades preventivas, e embora não seja possível determinar com exactidão qual o efeito preventivo da pena de prisão relativamente ao cometimento de crimes, o Tribunal considerou que é possível admitir que a eventual aplicação da pena de morte faça parte dos cálculos mentais do criminoso antes de agir. Estabeleceu ainda em 1986 (caso *Ford v. Wainwright*), e posteriormente em 2002 (*Atkins v. Virginia*), que a pena de morte não pode ser aplicada a indivíduos com um QI abaixo de 70, e em 2005, que não pode ser executada em menores de 18 anos (caso *Roper v. Simmons*), constituindo nestes casos tratamento cruel e degradante. Finalmente, entendeu também que a pena de morte não é necessariamente excessiva se estiver em causa a morte de uma pessoa (a sua aplicação foi considerada inconstitucional por violação da oitava

---

<sup>22</sup> A maioria dos Estados estabeleceu procedimentos de julgamento e de *sentencing* bifurcados: numa primeira fase, o júri decide se o arguido é inocente ou culpado, e numa segunda fase, decide se existem factores atenuantes ou agravantes da responsabilidade e qual a sua relevância na opção entre pena de morte e pena de prisão perpétua, e na aceitação da liberdade condicional. Ao mesmo tempo, existe uma tendência muito marcada para limitar a liberdade do júri nos casos de condenação à morte: nalguns Estados é necessária a unanimidade de 12 membros do júri, e o Supremo Tribunal aprovou tacitamente um outro modelo em que não existe a intervenção do júri na fase de *sentencing*, cabendo a determinação da pena ao juiz.

emenda, em casos de violação, incluindo a violação de crianças, nos casos *Coker v. Georgia*, em 1977, e *Kennedy v. Louisiana*, em 2008).

A pena de morte foi reintroduzida em 1977 com a condenação de *Gary Gilmore* que ganhou notoriedade internacional ao pedir a sua execução por dois homicídios que tinha cometido no *Utah*. *Gary Gilmore* decidiu não recorrer da sentença de morte, e esta foi executada por um pelotão de fuzilamento a 17 de Janeiro de 1977. Tiveram aplicação neste caso os critérios que tinham sido estabelecidos pelo Supremo Tribunal e pela lei para evitar a inconstitucionalidade da pena de morte (o uso de critérios objectivos na condenação à morte, e a ponderação por parte do júri, ou do juiz, do carácter e dos antecedentes do arguido nessa condenação<sup>23</sup>).

Nas décadas pós *Furman*, pergunta-se se a arbitrariedade que existia ao nível da condenação não existe agora ao nível da aplicação da pena de morte, dado o número de crimes a que se deixa associar a circunstância qualificadora da morte de uma pessoa e que varia de Estado para Estado, tornando altamente provável a condenação (a Califórnia tem 34 circunstâncias de qualificação, o Colorado, 22, e os Estados do Delaware, Texas, Nebraska, Georgia e Montana, 12 circunstâncias de qualificação). Colocam-se também dúvidas de constitucionalidade relativamente à aplicação da pena de morte prevista pela legislação federal para crimes contra o Estado, como a traição, o terrorismo, a espionagem e o tráfico de droga, uma vez que nestes casos não existe o sacrifício do bem jurídico vida, tal como exige o Supremo Tribunal de Justiça<sup>24</sup>. Por outro lado, a necessidade de ter em conta as circunstâncias pessoais do agente, para garantir a humanidade e a proporcionalidade da condenação e, por conseguinte, a adequação à oitava emenda, é de molde a suscitar sérias dúvidas à luz do princípio da

---

<sup>23</sup> Vejam-se, neste sentido, as decisões do Supremo Tribunal norte americano, nos casos *Kennedy v. Louisiana*, em 2008, *California v. Brown*, 1987, *Godfrey v. Georgia*, 1980, *Woodson v. North Carolina*, 1976, e *Lockett v. Ohio*, 1978, no sentido de garantir consistência, moderação, e contenção, na aplicação da pena de morte, e a exigir que os juízes analisem todas as circunstâncias do caso concreto e da personalidade do arguido, sendo-lhe permitido invocar todas as circunstâncias atenuantes que eventualmente possam afastar a aplicação da pena capital.

<sup>24</sup> Neste momento, só existe um condenado à morte a aguardar a sua execução, sem que a condenação se deixe associar à prática de um crime de homicídio.. Trata-se de *Demarcus Sears* que espera a execução da pena de morte na Georgia por crime de rapto com ofensas corporais. Com o auxílio de um cúmplice, ele raptou e espancou *Gloria Wilbur* na Georgia, violou-a no Tennessee, e matou-a no Kentucky. Ele nunca foi acusado de homicídio, mas foi condenado na Georgia por rapto e ofensas corporais.

igualdade de tratamento face à lei penal, que impõe um certo nível de abstracção relativamente às características pessoais do infractor (como a raça, por exemplo).

A decisão de condenação é objecto de recurso directo obrigatório que é um recurso de direito que tem por objecto a aplicação do direito pelo tribunal. A este nível, ou se afirma a nulidade da sentença e é marcada nova audiência, ou se confirma a decisão. Num momento posterior, existe uma revista colateral, que apenas é admitida em casos excepcionais, se o condenado alega, por exemplo, que não beneficiou de uma defesa jurídica efectiva, mas que raramente afecta a decisão tomada em recurso de revista. E garante-se também o *Habeas Corpus* federal, que foi regulado pelo *Anti terrorism and effective death penalty Act* de 1996, e que visa garantir que os tribunais de julgamento e de recurso respeitaram os direitos constitucionais do arguido (21% dos casos são revistos) permitindo ao condenado fazer nova prova em como está inocente. Esta Lei veio restringir bastante as possibilidades de invocar o *Habeas Corpus* e actualmente os condenados estão a avançar para uma outra hipótese de contestação das decisões que os afectam com base na Lei dos Direitos Civis e Politicos de 1871, por violação dos seus direitos no julgamento (não se trata de contestar a sentença de morte, mas os meios pelos quais ela é decretada). Esta medida é encarada como uma forma de adiar a execução mais do que como um verdadeiro recurso.

Na sequência da limitação do *Habeas Corpus* com a lei anti-terrorismo e com a aceleração desse processo, o número de execuções aumentou. Desde 1990 foram executadas nos Estados Unidos 1362 pessoas. O Estado do Texas detém mais de um terço do número de execuções, e o Oklahoma e o Alabama têm o maior número de execuções *per capita*. A Califórnia tem o maior número de presos no corredor da morte, mas o numero de execuções é baixo. De 2007 para cá, muitos Estados aboliram a pena de morte: Nova Jersey e Nova Iorque em 2007, New Mexico em 2009, Illinois em 2011, Alaska, Hawai, Columbia, Connecticut, em 2012, e o Iowa, Maine, e Maryland em 2013. É interessante notar que em Maryland, no Connecticut e em New Mexico, a abolição não foi retroactiva, o que quer dizer que ainda se permite a execução de pessoas que ainda se encontram no corredor da morte (dois condenados em New Mexico, e 11 no Connecticut). O Illinois converteu a pena de morte em pena de prisão perpétua. Em Maio de 2015, o poder legislativo do Nebraska votou pela abolição da pena de morte tendo ultrapassado o veto do governador contra a moção. No entanto, um grupo de opositores a esta decisão reuniu votos suficientes para apresentar uma petição no sentido da realização de um referendo em Novembro de 2016. Por sua vez, a

Pensilvânia (2015), o Oregon (2011), o Colorado (2013) e Washington (2014) aprovaram uma moratória no que diz respeito à execução da pena de morte que se encontra suspensa nestes Estados.

Sob o ponto de vista dos meios de execução utilizados, e depois de tentativas de execução em que as cadeiras eléctricas funcionaram mal, os Estados que ainda mantêm a pena de morte em vigor, optaram pelo uso da injeção letal (embora possam prever meios de execução alternativos)<sup>25</sup>. A partir de 2010, devido à pressão dos movimentos abolicionistas internacionais – Amnistia internacional, Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, e não só – as administrações norte americanas têm vindo a enfrentar algumas dificuldades na obtenção das drogas necessárias à execução da pena de morte<sup>26</sup>. A empresa norte americana que produzia o *Sodio Thiopental*, deixou de o produzir em 2011. A outra alternativa, o *Pentobarbital*, só é produzida na Europa, que proibiu a exportação de qualquer produto que servisse para a execução da pena de morte, apenas sendo possível obter esta droga a título residual, e limitado, a partir da Holanda.

Embora o número de execuções seja actualmente bastante reduzido, a discussão em torno da legitimidade e justificação da pena de morte mantém-se na ordem do dia. Os defensores da pena de morte dizem que se trata de um bom instrumento de prevenção do crime, que constitui um bom meio de troca no *plea bargaining*, e que elimina a reincidência o que favorece a comunidade. Os opositores - e *Beccaria* é lembrado no âmbito destas reflexões<sup>27</sup> - dizem que a pena de morte não pode ser utilizada como meio de prevenção do crime, que é uma

---

<sup>25</sup> A 29 de Junho de 2015, no caso *Glossip v. Gross*, o Supremo Tribunal de Justiça norte-americano confirmou o uso do *Midazolam* como o sedativo indicado no protocolo das três drogas do Oklahoma. Dois juízes votaram vencidos considerando que o Tribunal devia rever a constitucionalidade da pena de morte tendo em conta a sua arbitrariedade e escassa fiabilidade. Depois da sentença, o Estado do Oklahoma marcou a execução de *Richard Glossip*. A horas da execução no dia 16 de Setembro, e alguns minutos antes da execução remarcada para 30 de Setembro, o Governador mandou parar a execução depois de ter sido descoberto que as autoridades prisionais tinham a droga errada. Soube-se depois que essa mesma droga tinha sido utilizada na execução de *Charles Warner* em Janeiro. O Ministério Público obteve a suspensão das execuções até estar terminada a investigação acerca do protocolo de execução.

<sup>26</sup> O problema tem-se colocado de forma particular no Estado do Ohio que anunciou que as onze execuções da pena de morte marcadas para 2016 foram adiadas para os anos de 2017, 2018 e 2019, devido às dificuldades sentidas na obtenção legal de drogas para a injeção letal.

<sup>27</sup> Veja-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça norte-americano em *Weems v. United States*, em BESSLER, *ob.cit.*, pág. 269.

pena bárbara que pode atingir inocentes, que relativiza a vida humana, e que coloca os Governos ao nível dos criminosos comuns. A arbitrariedade com que é aplicada, e a influência de factores económicos, raciais, de género, e geográficos, tornam esta pena imoral e ilegítima (outro argumento que é utilizado nos Estados Unidos diz respeito ao seu custo, uma vez que, e embora esta objecção possa estar de alguma forma ultrapassada pela lei anti-terrorismo com a limitação aí prevista do *habeas corpus*, o condenado tende a esgotar o sistema de recursos, o que não sucede na pena de prisão perpétua).

2. Um dos pontos fundamentais em que o direito penal norte-americano se cruza com o pensamento de *Beccaria* diz respeito ao princípio da igualdade. A este propósito, escreveu *Cesare Bonesana*:

*Sobre a punição dos nobres. “Que penas devem ser impostas aos nobres, cujos privilégios representam uma parte tão importante das leis dos povos? Não pretendo indagar se a distinção hereditária entre nobres e homens comuns pode ser útil a um Governo ou necessária numa monarquia; ou se é verdade que constituem um poder intermédio, útil na moderação dos excessos dos dois extremos (...) seja como for, afirmo que a punição de um nobre não se deve deixar distinguir de forma alguma da do membro do nível mais baixo da sociedade.*

*Qualquer distinção legal, seja em honras ou bens, supõe a prévia igualdade fundada nas leis, a que todos os membros da sociedade se encontram igualmente subordinados. Devemos supor que os homens, renunciando ao seu despotismo natural, diziam, os mais sensatos e trabalhadores de entre nós devem obter as maiores honras, e a sua dignidade deve transmitir-se para a posteridade. O afortunado e o feliz pode esperar grande honras, mas não deve temer menos que os outros a violação das condições com base nas quais é exaltado (...) deste modo não se destroem as vantagens que os nobres são supostos ter, mas previnem-se os inconvenientes; e tornam-se as leis respeitáveis destruindo todas as expectativas de impunidade.*

*Poder-se-ia objectar que o mesmo castigo infligido a um nobre ou a um plebeu torna-se efectivamente diferente em razão da diferença da sua educação, e devido à infâmia que reflecte sobre a natureza ilustre da sua família: mas eu respondo, que as penas devem ser avaliadas não pela sensibilidade dos criminosos, mas pelo mal que é feito à sociedade, mal que é agravado pela origem social elevada do criminoso. A igualdade efectiva de uma pena não pode ser senão externa, porque é proporcional ao grau de sensibilidade que varia consoante o individuo.*

É inescapável a natureza tendencialmente (e formalmente) paritária do modelo de justiça criminal norte-americano que coloca face a face o arguido e o Estado. Todavia, e não obstante se poder afirmar sem hesitação que o *adversarial system* é informado à partida por uma lógica de igualdade, há inúmeras situações em que, na verdade, o princípio resulta comprometido (e não nos estamos a referir, por exemplo, às inúmeras excepções admitidas à *exclusionary rule*, segundo a qual não podem ser

admitidas em processo penal provas obtidas de forma ilegal ou traiçoeira, que existem onde está em causa a investigação de crimes altamente violentos e organizados, nem nos vamos referir às diferenças de poder negocial que existem em sede de *plea bargaining*, uma vez que as vamos referir mais à frente). A desigualdade entre acusação e defesa revela-se, desde logo, em números: um entre três homens não caucasianos dos 18 aos 30 anos, estão na prisão, ou envolvidos de qualquer outra forma no sistema de justiça criminal (sete vezes mais do que brancos). O problema racial na América acabou por se confundir com o problema criminal, uma vez que apesar das garantias constitucionais, é necessário prevenir e combater o crime e ele tem origem, na maior parte dos casos, nas classes mais desfavorecidas e negras (embora a questão também se coloque em relação à população hispânica e a outras minorias).

Um caso paradigmático, quer da forma como o problema racial diz respeito à administração da justiça penal, quer das dificuldades em manter a este nível o princípio da igualdade, foi o caso *People of the State of California v. James Simpson*. *James Simpson*, era um mediático jogador de futebol norte americano que foi acusado de matar a ex-mulher *Nicole Brown*, e o seu namorado, *Ronald Goldman*, em 1994. A investigação, detenção e o julgamento de *Simpson* constituíram um dos eventos mais noticiados na história dos Estados Unidos. O seu julgamento, que já foi chamado o “julgamento do século”, culminou em 3 de Outubro de 1995, num veredicto de “não culpado”, e foi assistido em directo por mais de metade dos norte-americanos, num dos programas mais vistos de sempre da história televisiva. Mas o que nos interessa deste processo é o seguinte: enquanto os afro-americanos festejaram o veredicto de não culpado e entenderam que tinha sido feita justiça, os americanos brancos ficaram profundamente chocados com a decisão tomada e com a absolvição de *Simpson*, tendo-se iniciado a partir daqui uma discussão acerca da justiça e da legitimidade do sistema de justiça norte americano. Durante o julgamento, três quartos da população negra e de cor entendiam que *Simpson* era inocente, e três quartos da população branca que ele era culpado, e este juízo manteve-se inalterável mesmo perante a prova de DNA, e perante a duvidosa fiabilidade do agente do Ministério Público, *Mark Fuhrman*<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> COLE, David, *No equal justice*, in Connecticut Public Interest Law Journal, University of Connecticut School of Law, April 2010, págs. 19 e ss., pág. 20.

A surpresa e a alegria da população negra perante o veredicto proferido neste caso foi compreensível<sup>29</sup>. Durante centenas de anos na história dos Estados Unidos a mera suspeita de cometimento de um crime por parte de um negro podia conduzir a um linchamento, e muito poucos anos antes, o júri que julgou *O.J. Simpson*, teria sido integralmente branco (o júri do caso *Simpson* era composto por nove negros, um hispânico, e dois brancos). Mas do outro lado da barricada, vistas as coisas sob a perspectiva da população branca, o choque sentido com a decisão final do processo também faz sentido, porque as provas de DNA, e de sangue eram inequivocamente incriminatórias, apesar de ter sido sustentado pela defesa que tinham sido forjadas. Mas onde queremos chegar? Quando nos referimos à alegria de um grupo, e à frustração do outro, se é que podemos dividir uma sociedade desta forma, queremos é chamar a atenção para a forma atípica como se processou o caso *Simpson*, e para a surpresa com que os dois grupos encararam o reajustar da balança da justiça para o lado em que ela normalmente não pesa. Dirão que a balança da justiça não deve pesar para lado algum, deve estar sempre equilibrada ao centro, mas as reacções face ao desenrolar e à decisão deste processo, mostram claramente que esse não é padrão na justiça penal norte-americana. Neste caso, um negro beneficiou excepcionalmente do estatuto de um branco. *Simpson* tinha dinheiro, popularidade, um júri que se identificava com ele, tinha quem estivesse do seu lado na opinião pública, em suma, tudo o que normalmente não sucede em processos envolvendo negros que não têm dinheiro para contratar advogados, e que são conotados como criminosos<sup>30</sup>. E não adianta dizer que os *Miranda rights* são lidos a todos os que se vêm envolvidos no sistema de justiça criminal, ou que todos têm direito a ser representados por advogados, porque se sabe muito bem que, na prática, as minorias não beneficiam de júris mistos, os advogados oficiosos não preparam os processos e negligenciam as defesas, e que “uns são mais iguais que outros”.

Se *Simpson* não fosse *Simpson*, se o processo se tivesse desenrolado nos moldes normais da justiça norte americana, provavelmente teria havido uma condenação rápida e silenciosa, sem notícia, sem que os negros tivessem uma vitória a festejar e os brancos se importassem com isso. Independentemente de saber se foi feita, ou não, justiça em relação a *Simpson*, é inegável que este processo veio permitir a discussão acerca da importância de factores como a raça, a classe social e a riqueza, na administração da

---

<sup>29</sup> COLE, David, *ob.cit.*, pág. 20.

<sup>30</sup> COLE, David, *ob.cit.*, págs. 20 e 21.

justiça penal norte americana, e embora a igualdade seja um conceito difícil de definir, e um objectivo difícil de atingir, sobretudo numa sociedade fortemente desigual, parece-nos possível concluir, ao menos, que a igualdade na aplicação da lei de que falava *Beccaria* também está longe de se poder considerar um dado adquirido neste país<sup>31</sup>.

Vejam os números: apenas nove por cento das famílias brancas têm rendimentos abaixo do limiar da pobreza, mas trinta por cento das famílias negras estão abaixo do patamar de sobrevivência. Esta desproporção reproduz-se ao nível das taxas de mortalidade infantil e de desemprego, de escolaridade e de habitação, com reflexos evidentes nas estatísticas sobre o crime e justiça criminal. A população negra nos Estados Unidos representa doze por cento do total da população, mas constitui mais de metade da população presa do país (estão presos sete vezes mais negros que brancos, e um em cada três negros com idades compreendidas entre os vinte e os vinte e nove anos está preso) o que tornaria o nível de encarceração absolutamente intolerável se se invertessem as proporções e as taxas em análise relativamente à população branca. Os negros são condenados a penas mais longas, têm taxas de detenção e de condenação mais altas que os brancos, pagam cauções mais elevadas, e são vítimas mais frequentes do uso de força letal nas acções policiais. Ao mesmo tempo, e porque a desigualdade não é apenas racial, a criminalidade violenta afecta com mais frequência as pessoas com menos recursos e com níveis de escolaridade mais baixos. Os afro-americanos são vítimas de roubo numa percentagem superior em cento e cinquenta por cento à da população branca. São vítimas de violação, assalto armado e agressão em mais de vinte e cinco por cento do que os brancos. O homicídio é uma das maiores causas de morte entre os homens negros. Como a comunidade branca e negra estão separadas, grande parte do crime é intra-racial. Ou seja, quanto mais crime negro existir, mais vítimas negras tenderão a existir, e se forem utilizados muitos recursos para defender as vítimas negras desses crimes estará a aumentar de forma consequencial a taxa de presos negros<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Lembramos a este propósito, o que escreve FARIA COSTA, *Beccaria, ob.cit.*, pág. 218, a propósito da relevância que assume o princípio da igualdade no pensamento deste autor: "Com efeito, a reivindicação de tratamento igualitário vale não porque está ao serviço de qualquer outra exigência, mas porque tem uma irrecusável pretensão de valor *in se*. As penas "devem ser as mesmas para o primeiro e o último dos cidadãos porque a igualdade aparece como verdadeiro pressuposto", uma exigência prévia a qualquer distinção".

<sup>32</sup> COLE, David, *ob.cit.*, págs. 22 e ss..

Ao nível da colisão de direitos que define a intervenção penal, existe sempre um ponto de equilíbrio entre a garantia dos direitos fundamentais da pessoa e a necessidade de prevenir e controlar o crime, que deve ser igual para todos os cidadãos. De acordo com o modelo teórico, ou seja, ao nível da lei, isso é efectivamente assim, mas, na prática, as coisas afastam-se substancialmente dessa lógica de equilíbrio. Por exemplo: o Supremo Tribunal de Justiça norte-americano estabeleceu que só é possível fazer buscas e apreensões com mandato, no entanto, permite que a polícia se aproxime de uma pessoa e lhe pergunte se autoriza a busca, sem lhe comunicar que pode negar essa autorização<sup>33</sup>. Esta regra parece articular de forma equilibrada os interesses em presença e vale de igual forma para todos. A autonomia e a privacidade de todos os cidadãos ficam garantidas e, ao mesmo tempo, o Estado obtém a prova sem grandes delongas ou obstáculos de maior. No entanto, sabe-se que não é assim que as coisas se passam efectivamente. O legislador sabe que quando a policia se dirige a um negro, ou a uma pessoa de fracos recursos, e lhe pergunta se autoriza uma busca ou uma apreensão, ela dificilmente responderá que não. E sabe também que se estabelecesse a obrigatoriedade de informar sobre a possibilidade da recusa, o Estado gastaria mais tempo e mais recursos na defesa dos seus interesses, sendo certo que os arguidos com posses e mais informados, irão muito mais depressa – e sem necessidade de indicações ou esclarecimentos - ponderar as consequências da realização destes actos processuais e pagar com mais facilidade a quem os represente e ajude.

O cenário repete-se ao nível da criminalização de condutas. Consciente, ou inconscientemente, o legislador estabelece penas mais elevadas para os crimes que não compreende, ou que associa a grupos a que não pertence. Por exemplo, um Congresso maioritariamente branco impôs uma pena para a posse e tráfico de *crack* (derivado da cocaína) cem vezes mais severa do que a corresponde à posse e tráfico de cocaína em pó, sendo que a frequência com que a população negra é encontrada com *crack* é de noventa por cento, contra vinte por cento de posse de cocaína branca. Quando nos anos sessenta, e setenta, do século passado, muitos jovens brancos começaram a fumar marijuana, a tendência dos Estados foi para reduzir as penas e para descriminalizar a posse da droga<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> COLE, David, *ob.cit.*, pág. 26.

<sup>34</sup> Exemplo retirado de COLE, David, *ob.cit.*, pág. 27.

Correndo o risco de nos repetir, concluímos que não há a possibilidade de falar de uma efectiva igualdade na justiça penal norte-americana, mas de dois sistemas de justiça criminal que funcionam em paralelo sob a capa de uma aparente igualdade formal e de defesa dos direitos constitucionais, o que é extremamente negativo, não só pelas consequências directamente decorrentes dessa desigualdade, mas também pela mensagem que uma tal situação transmite: a de que não é necessário lutar pela igualdade efectiva e pela não discriminação entre ricos e pobres, brancos e negros, porque essa discriminação que “existe”, afinal “não existe”. E o problema de igualdade/desigualdade que se coloca na sociedade norte americana em relação à raça e à riqueza, coloca-se de igual modo, e de uma forma geral, em relação aos imigrantes, sobretudo em relação a crimes relacionados com o terrorismo, e em relação aos doentes mentais que são colocados em hospitais psiquiátricos onde – de facto - vão ficando esquecidos.

3. *Beccaria* considerava que o *princípio da legalidade* constituía um princípio fundamental de direito penal, capaz de assegurar a justiça através da separação dos poderes do Estado, garantindo ao mesmo tempo o cumprimento de uma finalidade de prevenção geral, ao permitir aos destinatários da norma jurídica o conhecimento prévio da lei e das suas sanções, afastando deste modo os potenciais infractores da prática do crime.

*Que as leis sejam claras e simples, que a Nação inteira esteja unida na sua defesa, que sejam entendidas em benefício de todos e não apenas de classes particulares de homens; que as leis sejam temidas, mas apenas as leis. O temor das leis é salutar, mas o temor dos homens é fonte frequente e fatal de crimes.*

Sob o ponto de vista do princípio da legalidade, é inequívoco que o ordenamento jurídico-penal norte-americano tem leis a mais, e que nem todas estão formuladas com a precisão adequada. Em primeiro lugar, há leis a mais. Há leis que preveem e punem diferentes fases de realização criminosa, que colocam lado a lado comportamentos violentos e não violentos, condutas de desvalor penal evidente e comportamentos e negócios legítimos de resultado danoso, condutas com dignidade penal e formas de actuação social e moralmente duvidosas, comportamentos pontuais com relevância criminal e décadas de continuação criminosa, molduras penais severas e molduras penais escassas, sendo que este panorama tende a agravar-se perante os esforços da

classe política em agradar ao seu eleitorado através da intervenção legislativa no domínio do combate à criminalidade.

Em segundo lugar, na sua maioria, essas leis não são precisas na sua formulação. O conteúdo de algumas das proibições só é definido através da sua aplicação, como sucede, por exemplo, com a lei federal sobre fraude por meio de correspondência, §1341 (1994), que proíbe o envio e o recebimento de correspondência para fins fraudulentos, para obter dinheiro ou outro benefício ilegítimo, e que tem sido utilizada pelos tribunais como uma proibição abrangente de negócios ilegítimos muito para além do que a letra da norma permite, e muito para além da fraude que nela se encontra descrita.

Além disso, algumas das condutas previstas pela lei não se destinam verdadeiramente a ser punidas. A lei do conflito federal de interesses, por exemplo, proíbe uma série de actuações de advogados e outros funcionários do governo federal fazendo-lhes associar penas de prisão, sendo, no entanto, evidente, pelo menos sob o ponto de vista dos autores e do direito norte-americano, que o Congresso criou estas regras como um código abrangente de conduta para funcionários do Governo, sem que tivesse a pretensão de punir toda a violação técnica. Como se não chegasse, em relação a certos crimes, a lei abstrai do princípio da culpa, e consagra formas de responsabilidade objectiva, o que, tudo considerado, obriga o Ministério Público e o juiz a definir quais os casos que, apesar de previstos tecnicamente pela lei penal como crimes, merecem efectivamente pena, e quais os que não merecem, articulando pontos de vista de justiça com a necessidade de gerir recursos escassos.

Perante isto, talvez bastasse lembrar, para afirmar por aí a proximidade do pensamento de *Beccaria* ao que passa em termos de realidade política e legislativa no panorama da justiça criminal norte-americana, que *Beccaria* foi um consequencialista, como tão bem diz, entre nós, *Faria Costa*<sup>35</sup>, e que determinante do seu pensamento foi sempre a preocupação em prevenir a prática do crime através da lei penal. Poderíamos descansar nesta característica do seu pensamento, e concluir que, afinal, o que temos perante os olhos ao nível do panorama legislativo dos Estados Unidos mais não é do que isso mesmo, a utilização da lei penal para atingir um fim, e um fim que é querido pela população. Realmente, o que a sociedade pretende, é um sistema penal que detenha comportamentos simbolicamente reprováveis sem esmagar o cidadão normalmente

---

<sup>35</sup> FARIA COSTA, *Beccaria, ob.cit.*, pág. 218.

cumpridor com o rigor das suas sanções, que permita evitar a aplicação desadequada das suas regras ao conter normas formuladas em termos excessivamente rígidos e inflexíveis, e que deixe uma margem de criatividade ao aplicador do direito que deverá fazer justiça, estabelecendo ao mesmo tempo prioridades e ponderando custos, tendo sempre presente a frequência e a gravidade de determinada violação, e a importância que a norma adquire no momento histórico e social que está em causa.

Não sobra margem para dúvida de que a lei, e o princípio da legalidade, valem pouco, ou têm vindo progressivamente a perder importância neste sistema penal. O próprio Código Penal é olhado com desconfiança sob o ponto de vista dos objetivos a atingir, sendo certo que se trata de um instrumento difícil de utilizar quando se pretende acompanhar mudanças bruscas de políticas de aplicação da lei e de combate ao crime. A sua modificação é lenta, decorre de tendências de longo curso ao nível da sociedade em geral, e não serve para sintonizações de pormenor dos mecanismos de dissuasão a variações localizadas nas percepções sobre o crime e taxas de criminalidade, pelo que se opta pela criação de leis conjunturais ou, como se disse acima, vagas e genéricas, a um ponto tal que o aplicador do direito passa de intérprete a criador da própria solução legal.

Regressando a *Beccaria*. Disse-se, umas linhas acima, que o seu pensamento era consequencialista e que, nessa medida, talvez fosse possível admitir que nele coubesse a aceitação de que onde a lei servisse o seu fim, aqui o combate eficaz ao que a opinião pública deseja ver combatido como crime num determinado momento, a garantia cedesse à utilidade. Não é, no entanto, essa a conclusão que temos como legítima face ao que escreve, e face à realidade da justiça criminal a que pretendia reagir. Citando, mais uma vez *Faria Costa*, “*Beccaria* sustenta o carácter absoluto ou imponderável da garantia do *nullum crimen sine lege*. Nas suas palavras: ”eu não encontro excepção alguma para este axioma geral segundo o qual todo o cidadão deve saber quando é réu ou está inocente”. A desconfiança ou desagrado que se sente no ordenamento jurídico-penal norte-americano em relação à formulação precisa e fechada do Código Penal, e a preferência pela multiplicação desencontrada e descontrolada de leis penais, além de constituir reflexo de um padrão cultural e social específico, é expressão do comprometimento do princípio da legalidade e da garantia que o inspira, e reflecte a erosão de outros princípios que consideramos fundamentais como o princípio da dignidade penal das condutas, e o princípio da culpa, sacrificados a uma ideia de necessidade penal selvagem. O cidadão deve saber com precisão quando cometeu - e,

fundamental na perspectiva de *Beccaria* – ou vai cometer um crime, o que não impede, evidentemente o labor interpretativo e de justiça na aplicação da lei, ou o estabelecimento de prioridades de política criminal. Pense-se, por exemplo, na importância que hoje é conferida entre nós aos crimes de natureza sexual, à violência doméstica, ou à condução em estado de embriaguez, que leva a reforçar os meios destinados ao combate deste tipo de crimes e a seriedade com que os casos concretos são tratados.

4. Segundo *Beccaria*, a justiça deveria ser administrada pelos tribunais de forma rápida e certa, formulando assim o princípio da separação dos poderes e da certeza na aplicação do direito.

*“Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...) A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”.*

Se bem que a certeza da aplicação do direito fique desde logo comprometida – e *Beccaria* também advertiu contra os riscos da necessidade da interpretação da lei – onde a lei não corresponde, na sua elaboração, a padrões de precisão e de rigor, também é desrespeitada sempre que os casos são decididos através de negociação (*plea bargaining*), como sucede, cada vez mais no direito penal norte-americano, e não através de uma entidade imparcial e neutra, distinta do fazedor das leis: o juiz.

Em primeiro lugar, parece-nos importante ter uma ideia do que define o sistema de *plea bargaining*. O *plea bargaining*, é um processo de negociação que ocorre quando o Ministério Público convence o arguido a declarar-se culpado da prática de um crime, e a renunciar ao seu direito a julgamento, em troca da aplicação de uma sanção mais favorável do que aquela que lhe seria aplicada na sequência da declaração formal de culpa pelo tribunal. O benefício esperado, ou é oferecido directamente pelo Ministério Público, que reduz a gravidade dos factos pelos quais deduz acusação, ou decorre do acordo entre o Ministério Público e o juiz, resultando, neste caso, na recomendação da aplicação de uma sanção menos grave ao arguido. Em troca desta boa vontade para com o infractor, o Ministério Público fica dispensado de provar a sua culpa em tribunal, e o tribunal fica dispensado de proceder ao seu julgamento. O tribunal condena com base na confissão do arguido, sem levar a cabo uma avaliação autónoma dos factos. Estamos, por isso, perante um procedimento não judicial de condenação que pode funcionar,

diferentemente do que sucede no processo penal da maioria dos países europeus, em relação a crimes graves e muito graves.

É curioso, e isso reforça a nossa convicção de que o sistema jurídico-penal norte americano se tem vindo a afastar da pureza dos seus princípios iniciais e da própria influência que teve na sua conformação o pensamento iluminista e de *Beccaria*, que não há traço deste tipo de procedimento, ou o reconhecimento da sua legitimidade, pela Constituição norte-americana. Antes pelo contrário, o que lá se estabelece, ou lê, é a exigência contrária, a de que todos os cidadãos terão direito a um julgamento imparcial (sexta emenda à Constituição), ideia que continua a ocupar um lugar central na lei formal, e na “mitologia da lei” deste país.

O processo penal norte-americano deixa-se estruturar como um *adversarial system*, isto é, como um sistema de partes, em que Estado e arguido se encontram em pé de igualdade, exercendo pretensões conflitantes, tradicionalmente perante um júri. O sistema começou por ser um sistema relativamente informal, em que um júri resolvia entre doze a vinte casos por dia, de acordo com um modelo de julgamento que era mais propriamente designado como “altercação”, em que o juiz chamava as testemunhas e elas discutiam com o arguido a realidade dos factos, não havendo direito a representação por advogado, e praticamente não existindo recurso das decisões formuladas. À medida que foi aumentando, já no séc.XX, a preocupação com os direitos do arguido, com a sua representação, com a forma como a prova é produzida, em suma, a judicialização do julgamento, os julgamentos foram-se tornando tão complicados e tão demorados que se tornaram em realidades absolutamente impraticáveis como realidades diárias da justiça<sup>36</sup>. O problema tornou-se um problema prático e de custos. Como

---

<sup>36</sup> É evidente que a preocupação com as garantias do arguido também redobrou face ao nosso sistema continental. No entanto, essas exigências foram satisfeitas sobretudo ao nível das fases processuais anteriores ao julgamento, tendo deixado a fase do julgamento intocada – ou quase intocada, uma vez que não é verdade que não se sintam também entre nós a pressão em termos de custos e de tempo que decorre do aumento do número de processos, ou que as alterações processadas em termos de diversão processual não se tenham deixado relacionar também com a preocupação com factores de eficácia e de custos na fase de julgamento. No entanto, existe aqui uma realidade incontornável que não permite proceder a grandes comparações entre sistemas e soluções: é que as taxas de criminalidade com que se defronta a sociedade norte americana, são quatro ou cinco vezes mais elevadas do que aquelas que são apresentadas pelos países europeus, embora não seja só esse o problema, porque a Inglaterra também consagra o sistema do *plea bargaining* e a verdade é que as suas taxas de crime não divergem muito das que são apresentadas, por exemplo, pela Alemanha.

reconhece o próprio Supremo Tribunal de Justiça norte-americano: ”o *plea bargaining* é hoje um componente essencial da administração da justiça (...) se toda a acusação pela prática de um crime fosse submetida a julgamento, os Estados e os governos federais teriam que multiplicar muitas vezes o número de juízes e de estruturas judiciais”<sup>37</sup>.

O sistema norte-americano foi caminhando no sentido da substituição de uma justiça fundada na intervenção dos tribunais e na aplicação da lei, para uma justiça administrativa e negocial assente num princípio de oferta e de procura<sup>38</sup>. A valoração da prova e a decisão do juiz são substituídos por uma negociação em que o arguido se declara culpado em troca de benefícios processuais discricionários da parte do Estado que retira a queixa. Como o Ministério Público tem inúmeros processos para gerir, recursos escassos para garantir os julgamentos, sofre pressões administrativas e políticas para gerir os casos da forma mais eficiente possível, e não tem, muitas vezes, prova suficiente que assegure a condenação pelo júri, escolhe os casos em que prefere negociar, agravando muitas vezes nesses casos a acusação, ou a pena que vai propor ao juiz<sup>39</sup>. Sob o ponto de vista do arguido, isto significa duas coisas: em primeiro lugar, que o Ministério Público não encara, no seu caso concreto, o julgamento com bons olhos, o que diminui as suas perspectivas em termos de condenação e de pena e, por outro lado, que o acordo é desejável face à incerteza que o julgamento representa, uma vez que, quase sempre, o Ministério Público apenas procede a uma descrição sumária

---

<sup>37</sup> LANGBEIN, John H., *Land without plea bargaining: how the Germans do it*”, in Michigan Law Review, 204, 1980, pág. 205. Pode ler-se aí, na pág. 206:”a profunda elaboração do *adversarial system* e a lei da prova tornaram o nosso sistema constitucional de julgamento garantido tão caro que apenas pode ser usado numa pequena fracção de casos de crimes graves”.

<sup>38</sup> Convém dizer, todavia, que o próprio funcionamento do tribunal de júri não é considerado sem mácula. Desde logo, e como é sabido, este tipo de tribunal é composto por cidadãos comuns, o que expõe o processo penal a sentimentos e a emoções da mais variada ordem, torna as conclusões acerca do interrogatório das testemunhas extremamente dependentes da sua capacidade de falar e de impressionar um público, e da própria habilidade do advogado que as treina com antecedência, ou exerce *bullying* sobre elas. O júri e o juiz não esclarecem os factos como querem, e ignoram a prova que os advogados e o Ministério Público decidem não revelar, muitas vezes com base na sua própria percepção acerca da sensibilidade ou capacidade do júri ou do juiz. Além disso, a determinação da pena é muitas vezes influenciada pela existência de acordos iniciais.

<sup>39</sup> Ao escrever estas linhas, dei-me conta que este é exactamente o processo de negociação que seguem os feirantes, ou os comerciantes em certas partes do globo, em que a discussão do preço é um hábito instituído, o que não deixa de ser uma comparação muito pouco abonatória quando se fala de um sistema de justiça e, em particular, de justiça penal

dos factos, e o tribunal limita-se a querer saber da sua capacidade mental, não estando muito interessado em averiguar eficazmente a verdade.

Em Nova Iorque, 80 a 90% das acusações não vão a julgamento (80% dos crimes são convertidos em infracções com base no *plea bargaining*), e só 2% dos *felony*, que são os crimes mais graves, vão a julgamento<sup>40</sup>. Ora o que dizer da legitimidade de todo este procedimento de administração da justiça por acordo ou por transacção? Durante séculos a negociação esteve absolutamente excluída do processo penal, por razões que ainda hoje são completamente válidas<sup>41</sup>. Em relação aos autores de crimes graves, o afastamento da ideia de negociação decorria do princípio de que a sanção deve ser estabelecida e garantida pelo Estado, em nome da colectividade, de acordo com um princípio de proporcionalidade, que não está assegurado na negociação. É este princípio de proporcionalidade que inspira a actividade legislativa que define os crimes e os gradua através da fixação de molduras penais, a actividade da polícia e do Ministério Público, que investigam e trazem a tribunal os suspeitos desses crimes, e dos juízes, que avaliam se o processo é justo, e se a punição é merecida e necessária. Mas há ainda uma outra razão, porventura mais importante, contra a negociação, e que diz respeito à defesa das liberdades e garantias do arguido em processo penal. Se alguém é indevidamente condenado, ou desproporcionalmente punido por um tribunal, apesar de respeitadas as liberdades individuais da pessoa ao longo do processo, a decisão é injusta (injustiça externa), mas respeita princípios de justiça sistémica ou interna, o que não sucede quando se incorpora a negociação no processo penal.

*Kenneth Kipnis*<sup>42</sup> procede à analogia entre o erro judicial que ocorre apesar do respeito pelos direitos das pessoas no processo penal e o resultado de um processo penal negociado, e o controlo de qualidade em duas fábricas de antibióticos. Se são tomadas todas as cautelas contra a contaminação das amostras e, apesar de tudo, ocorre a contaminação dos frascos de antibiótico, e um doente morre, fala-se de uma aberração

---

<sup>40</sup> KIPNIS, Kenneth, *Criminal Justice and the negotiated plea*, in *Ethics*, Vol. 86, nº 2, Jan. 1976, págs. 63 e ss..

<sup>41</sup> Pode ler-se na obra *Restatement of contract*, in American Law Institute, São Paulo, 1933, pág. 652: "...mesmo que o acusado seja culpado, e o processo válido, de tal forma que seja legal a aplicação da pena de prisão pelo Estado, é ilegítimo induzir o acusado a participar numa transacção. Ultrapassar a liberdade de alguém em ordem em benefício da acusação é um abuso da lei penal que foi criada para outro fim".

<sup>42</sup> KIPNIS, Kenneth, *ob.cit.*, pág. 103.

ou injustiça externa. A morte será sempre uma tragédia, mas não havia razões para supor ou prever que ela se viesse a produzir. As coisas são diferentes onde uma fábrica não toma precauções em termos de controlo da qualidade, utilizando um processo de manufactura barato que não oferece protecção contra a contaminação. A contaminação aqui é mais grave, porque surge associada a uma violação de deveres de cuidado, e a uma injustiça sistémica, já que o resultado morte era previsível e evitável<sup>43</sup>. Com o que o autor quer dizer o seguinte: o processo penal conduz á aplicação das sanções mais graves que existem no ordenamento jurídico, pelo que a justiça da decisão e as liberdades e garantias do arguido devem estar sempre devidamente asseguradas. O funcionamento e a aplicação do direito de acordo com o sistema tradicional, isto é, mediante a intervenção do tribunal, é fundamental, pelo menos no caso dos crimes mais graves, como forma de assegurar a justiça interna e, no fim do percurso, a justiça sistemática ou externa. De outra forma, estar-se-á a comprometer de forma altamente previsível a justiça e a equidade da decisão final, e o Estado estará a incorrer numa violação grave dos seus deveres de cuidado na administração da justiça penal.

Um outro exemplo retirado do mesmo autor: A é acusado de assalto armado a que a lei faz corresponder uma punição de 5 a 7 anos de prisão. O advogado diz ao seu constituinte que indo a tribunal, a lei aplicável é a que corresponde ao crime de assalto armado, para o qual a lei prevê a pena de 5 a 7 anos de prisão, pelo que é a pena a que provavelmente ficará sujeito. Diz-lhe, ao mesmo tempo, que se ele concordar em declarar-se culpado de um crime menos grave, pode beneficiar da suspensão da sua pena e não ir para a prisão. O resultado do processo passa a depender da sua vontade. Ora, se o agente cometeu o crime vai beneficiar de uma pena menor do que aquela que merece, e o resultado do processo fica distorcido, havendo uma violação da justiça

---

<sup>43</sup> Um outro exemplo: Imagine-se uma negociação de atribuição de notas entre um aluno universitário e um examinador. O aluno entrega um *paper* e o examinador diz que se fosse ler e avaliar de acordo com os seus critérios rígidos habituais provavelmente daria um D. Mas se o aluno prescindir da leitura e da correcção, dá-lhe um B. O aluno mais interessado nos resultados que na educação e na justiça aceita o B e o professor não tem que corrigir o trabalho. Ora esta negociação de graus teria vantagens para os professores e administradores. Os professores teriam que realizar menos exames, e em relação aos alunos eles podem estar mais interessados na rapidez da concessão de graus e fica mais barato às escolas. Ao mesmo tempo os alunos que alinham neste esquema mais facilmente têm a boa vontade do examinador. Isto é ridículo mas mostra quanto o sistema da negociação penal é criticável. A justiça na avaliação como no sistema penal não tem que significar que a decisão seja aceitável pelas partes.

externa. Também há uma violação da justiça externa se ele não cometeu o crime e é punido, porque, na verdade, ele está inocente. Mas esse resultado errado, se assim podemos dizer, essa injustiça externa é, afinal, onde se admite a negociação a funcionar, altamente provável, porque decorre de uma injustiça sistémica ou interna que assenta na admissibilidade da negociação em processo penal (a morte do doente, o desvio em relação ao resultado justo era altamente provável, senão mesmo desejado, com a introdução da negociação e da vontade do arguido no processo de decisão). Já haveria apenas uma injustiça sistémica, se o agente tivesse cometido apenas o crime menos grave, ou seja, se acabasse por ser punido pelo crime que tinha cometido, não tendo sido julgado, decorrendo a sanção da sua vontade, ou do acordo de vontades entre ele e os órgãos do Estado<sup>44</sup>.

Partindo do princípio que a decisão legislativa de qualificação dos factos como crime, e de definição das correspondentes penas é correcta, então a justiça não pode decorrer de negociação, uma vez que um acordo não tem que respeitar uma ideia de proporção ou, pelo menos, a lógica de proporção que resulta da lei, e a que o juiz está vinculado. Por muito que se diga que os tribunais podem aplicar mal a lei, e cometer erros, e por muito satisfeito que fique o arguido com a solução negociada, a verdade é que a própria ideia de acordo é contrária ao princípio da separação de poderes, à garantia de imparcialidade na aplicação da lei, e ameaça seriamente as liberdades do arguido. E sob o ponto de vista das liberdades do sujeito temos ainda uma, ou duas notas, a acrescentar. É que, não só não se pode garantir que o acordo alcançado a este nível é isento de coacção sobre o sujeito, e com grande probabilidade não o será nunca, porque condição da participação na negociação é sempre o receio de um mal maior de que ameaça uma entidade dotada de poderes de autoridade – representante do próprio Estado – como, por outro lado, não está garantida a igualdade de forças e de poder negocial, quer entre as partes do acordo, quer entre os arguidos participantes nos processos. Muitos dos arguidos são provenientes de classes sociais desfavorecidas ou de grupos étnicos minoritários, não têm condições de saber em detalhe quais os termos da acusação, ou quais as provas que o Ministério Público reuniu contra eles<sup>45</sup>, e em alguns

---

<sup>44</sup> KIPNIS, Kenneth, *ob.cit.*, pág. 104: “Claro que é possível que *Alston* não tenha cometido um assalto armado, mas um crime menos grave. Mas se for feita justiça, nesse caso, será um acidente. A aleatoriedade desse resultado demonstra que temos aqui uma injustiça sistemática”.

<sup>45</sup> Embora o Ministério Público ouça os advogados de defesa até para saber com o que pode contar em julgamento, a verdade é que existe uma grande diferença de força negocial entre um arguido

processos, designadamente onde está em causa a investigação e punição por crimes de colarinho branco, existe uma verdadeira negociação à porta fechada com o Ministério Público, em que os advogados passam horas no gabinete do Ministério Público fazendo propostas e recebendo propostas, no que constitui – nestes casos, sim – uma verdadeira transacção de justiça (sendo que estes advogados não podem ser pagos por qualquer cliente). *Langbein* chega a proceder a uma aproximação entre o sistema medieval da tortura e o sistema do *pleabargaining* sob a perspectiva da ameaça às liberdades do sujeito que ambos significam<sup>46</sup>. De acordo com este autor, quer o sistema de negociação, quer a obtenção da confissão através da tortura, têm por objectivo evitar a discricionariedade e a imponderabilidade da decisão judicial, garantindo o arguido contra a ignorância da lei por parte do tribunal do júri, no primeiro caso, e vinculando o juiz a critérios objectivos de prova, no segundo caso. Não há dúvidas, que quer num sistema, quer noutro, a função judicial é efectivamente eliminada, como não há dúvidas que ambos os sistemas elevam a confissão a rainha das provas, e a coacção a meio privilegiado para a obter<sup>47</sup>. Dir-se-á que não, que os dois sistemas se encontram a anos-luz um do outro, que o espaço que separa a masmorra dos senhores medievais e o verdugo, do moderno gabinete do Ministério Público e dos oficiais de justiça, é equivalente a um fosso profundo, mas não deixamos de intuir um fundo de verdade das palavras deste autor, que também reconhece, apesar de tudo, que a coacção presente no *bargaining* é menor, mas não deixa de existir (sempre haverá alguma diferença entre quebrar as pernas ao prisioneiro para obter a confissão, ou ameaçá-lo com a acusação por um crime mais grave, ou com uma pena mais severa, mas a essência das coisas é a mesma). Outro problema que suscita o sistema de negociação relaciona-se com o sacrifício do princípio da culpa, que não chega verdadeiramente a ser apurada, podendo existir uma declaração de culpa sem que o arguido verdadeiramente a reconheça. A justiça negociada não chega assim a constituir verdadeira justiça, comprometendo princípios éticos fundantes do direito penal, e não permitindo qualquer tipo de

---

com fracos recursos, cuja representação é garantida por um defensor oficioso, e um arguido de crimes económicos que pode contratar um advogado famoso de um grande escritório.

<sup>46</sup> LANGBEIN, John H., *Torture and Pleabargaining*, in *Chicago Law Review*, 46, 1978, págs. 9 e ss., págs. 12 e ss..

<sup>47</sup> Acerca da confissão, escrevia *Beccaria* que ela nunca deveria ser admitida a não ser onde fosse voluntariamente feita.

proporcionalidade, seja em relação aos factos, seja em relação à culpa do agente (que deixa de constituir um limite ético à pena aplicada).

5. Um dos princípios básicos sobre os quais se deixa estruturar o pensamento de *Beccaria* é o princípio da proporcionalidade. A finalidade da pena não é a de torturar o criminoso, ou retribuir o mal que causou, muito menos desfazer o crime que foi praticado, mas prevenir o mal do crime. Por isso mesmo a severidade da pena não constitui um elemento essencial da punição (embora a pena deva ser suficientemente severa para “permanecer na memória dos homens”), devendo a restrição da liberdade da pessoa limitar-se ao mínimo possível, ser proporcional ao crime praticado, e não se deixar confundir com violência. A ideia de proporcionalidade é, de resto, um dos argumentos utilizados por *Beccaria* contra a utilização da pena de morte, uma vez que não faz sentido, sob o seu ponto de vista, que o Estado queira punir com a mesma pena vários tipos de crime, de gravidade distinta, e praticados contra vítimas diferentes em diferentes circunstâncias. De acordo com a linha utilitarista que segue, tendo perante os olhos a prevenção de crimes, *Beccaria* sustenta assim que a pena deve ser proporcional e diferente consoante o crime cometido, uma vez que se as penas forem iguais não se gera suficiente incentivo para que eventuais criminosos se afastem da prática dos crimes mais graves e, por outro lado, que o castigo não deve ser excessivo, não só porque isso não é permitido de acordo com a lógica do contrato social, mas também porque a crueldade é supérflua, tirânica e desumana. Sobre o princípio da proporcionalidade escreveu *Beccaria* o seguinte:

*“Em ordem a evitar que a punição seja um acto de violência cometida por uma pessoa ou muitas contra um cidadão, é essencial que seja pública, rápida, necessária, se restrinja ao mínimo possível segundo as circunstâncias, proporcional aos crimes, e prevista na lei”.*

Não é nosso objectivo analisar aqui o papel que teve a obra de *Beccaria* na abolição da pena capital, e na sua substituição pela pena de prisão, que constituía aos seus olhos o meio mais racional de prevenir e punir o crime. Na verdade, temos que admitir que, embora a justiça penal à data em que *Beccaria* escreveu a sua obra, fosse fundamentalmente uma justiça medieval e de sangue, já se faziam sentir alguns sinais de declínio da pena de morte por toda a Europa em 1764<sup>48</sup>. No que diz respeito aos Estados

---

<sup>48</sup> Veja-se, por exemplo, o que escreve LANGBEIN, John H., *The historical origins of the sanction of imprisonment, ob.cit.*, pág. 35: “Em carta dirigida a Voltaire, em 1777, Frederico o Grande gabava-se de que em todo o Reino da Prússia a taxa de execuções da pena capital não excedia as catorze ou quinze

Unidos, a pena de prisão só começou a ser implementada como forma de reacção ao crime pouco tempo antes da Revolução Americana, de forma historicamente desfasada da Inglaterra que, como sabemos, sobretudo a partir da transformação dos asilos e casas de acolhimento em casas de trabalho (*workhouses*), vinha a aplicar a pena de prisão desde o séc. XVI, e eventualmente mesmo antes disso. A evolução do sistema prisional norte-americano conheceu várias fases, interessando-nos sobretudo a sua expansão a partir dos anos setenta do século passado, quer ao nível dos vários Estados, quer ao nível do Estado federal. A partir daí, o número de presos quintuplicou, e num ano chegou a haver sete milhões de pessoas sob a supervisão ou controlo dos serviços prisionais norte-americanos, tratando-se de um sistema penal que podemos qualificar como fortemente carcerário.

A questão determinante aqui, no confronto do pensamento de *Beccaria* com o sistema penal norte-americano, diz respeito à forma como este mesmo sistema procede à determinação da medida da pena de prisão aplicável e cumpre – ou não – o princípio de proporcionalidade que *Beccaria* considerava determinante. Quer o legislador penal federal, quer os legisladores dos vários Estados, preveem para os crimes mais graves molduras penais relativamente amplas, ao mesmo tempo que estabelecem limites mínimos e máximos para as penas de prisão bastante elevados (por vezes, nem são estabelecidos mínimos legais). No entanto, também neste domínio a legislação é totalmente descontraída, variando de Estado para Estado, dando a ideia que quer a definição legal da moldura penal, quer a determinação concreta da pena, variam mais em função de escolhas de política criminal, e em nome das exigências da opinião pública que quer uma reacção rápida e eficaz ao crime, do que em função da gravidade concreta do facto e da culpa do agente.

De resto, não vemos como pode cumprir o princípio da proporcionalidade um sistema penal que integra leis que ficaram genericamente conhecidas pela regra das “*three strikes and you’re out*”, e que, pelo menos de acordo com a ideia original que as inspirou, impunham ao juiz que aplicasse a pena de prisão (que podia ser de dezenas de anos, ou mesmo perpétua, e sem liberdade condicional) ao furto de uma bicicleta, se o infractor tivesse antes cometido crimes graves. Esta regra, que foi importada do *baseball*, onde significa que o jogador que bate três vezes noutra jogador, é expulso do

---

por ano. Quando John Howard visitou Bremen em 1778 descobriu que não havia nenhuma execução na cidade há vinte e seis anos”.

jogo, foi transformada em lei pelo menos em vinte e quatro Estados norte americanos. O seu objectivo era o de afastar fisicamente os criminosos habituais (*persistent offenders* ou *prior and persistent offenders*) da sociedade, impedindo-os de cometer crimes, mas a pena que assim tem aplicação não tem que revelar qualquer relação de adequação ao facto praticado ou à culpa do agente, transformando-se numa medida de segurança. É certo que em alguns Estados a aplicação desta regra supõe que o agente tenha sido anteriormente condenado por dois ou mais crimes violentos estando a ser julgado pela prática de um terceiro crime da mesma gravidade (aproximando-se assim da nossa pena relativamente indeterminada), mas, por exemplo, no Estado da Califórnia, apenas supõe que o agente tenha cometido dois crimes violentos podendo ter sido acusado por uma infracção de menor importância punível até dois anos de prisão, ou até um ano, como o furto formigueiro, a burla, a prostituição, a intoxicação em lugares públicos, vandalismo ou conduta desordeira.

Em 1995, um índio Sioux do Iowa, um criminoso profissional que já tinha cumprido 43 anos de prisão por homicídio e assalto armado, foi a primeira pessoa a ser condenada a prisão perpétua com base nesta lei, por ter sido apanhado durante uma tentativa de assalto a uma loja de conveniência. Em 1992, um rapaz de 24 anos foi condenado a pena perpétua sem possibilidade de liberdade condicional, quando o crime que cometeu se enquadrava na *three strike law*, embora os dois crimes anteriores tivessem sido cometidos sob a influência de drogas e nenhum deles tivesse sido punido com prisão. Estudos estatísticos publicados em 2004, demonstram que esta lei não teve qualquer impacto na prevenção do crime, e que está associada a um aumento de dez a doze por cento nos casos de homicídio a curto prazo, e a um aumento de vinte e três a vinte e nove por cento de homicídios a longo prazo, até porque perante o risco de ser confrontado pela terceira vez com a justiça criminal e com a regra das *three strikes you're out*, o criminoso não hesita em matar. Esta lei teve um impacto muito negativo nas contas do Estado da Califórnia ao fazer disparar as despesas da administração prisional e foi muito criticada uma vez que estas verbas podiam ser utilizadas em programas de recuperação, em escolas, e na prevenção da poluição ambiental.

A partir de 2000 esta lei tem vindo a sofrer alterações de forma a ficar mais razoável. Em Novembro de 2012, foi aprovada uma proposta (proposta 36) que estabelece que a *three strike law* só pode ser aplicada quando o terceiro crime cometido pelo agente é grave ou violento; em relação aos presos já condenados, esta proposta permite a revisão da sentença de prisão perpétua, se o terceiro crime não foi sério ou

violento, e se o juiz entender que não há risco para a segurança pública; mantém-se a condenação a prisão perpétua se o terceiro crime não foi um crime sério ou violento, mas tiver natureza sexual, estiver relacionado com drogas, ou envolver a posse de armas, ou ainda, independentemente da sua natureza, se os dois crimes anteriores forem os crimes de violação, homicídio ou ofensas sexuais contra crianças.

A flexibilidade do sistema judicial e o cumprimento do princípio da proporcionalidade ficaram fortemente comprometidos com a entrada em vigor desta lei (*mandatory sentencing*), embora nos pareça justificado perguntar se é verdadeiramente da aplicação de uma pena que se trata em todos estes casos, ou se não estará mais em discussão a aplicação de uma medida de segurança a agentes que se revelam particularmente perigosos atendendo aos crimes que praticam. Não querendo enveredar pela discussão de fundo que rodeia a consagração da pena relativamente indeterminada no nosso sistema jurídico, a velha questão de saber se está em causa a aplicação de uma pena condicionada pelo funcionamento do princípio da culpa, o que significaria que aos agentes mais perigosos se aplicaria uma pena menos grave porque menos responsáveis, ou menos livres, nas suas escolhas, ou se devem ser tratados como inimputáveis, justificando em toda a linha, dada a sua perigosidade, a aplicação de uma medida de segurança, a verdade é que, pelo menos, no sistema jurídico norte-americano, a questão não parece colocar-se assim, não se discutindo sequer a imputabilidade do infractor, ou uma eventual violação do princípio da culpa, funcionando apenas a lógica da necessidade da prevenção de crimes, sendo essa necessidade ou utilidade que dita a severidade da pena aplicável. O Supremo Tribunal de Justiça norte-americano já apreciou uma eventual violação da oitava emenda por parte destas leis, mas acabou por entender que não está aqui em causa a imposição de uma punição que se possa ter por cruel e desumana.

Regressando a *Beccaria* e ao cumprimento de uma finalidade de prevenção geral, entendemos o seguinte: em primeiro lugar, é duvidoso, e a história do direito penal bem o demonstrou, que a severidade da pena seja motivo determinante da dissuasão da prática de crimes uma vez que as pessoas não são inteiramente racionais nas suas decisões. Já há um aspecto em que a duração da pena influencia efectivamente a prevenção, e que se refere à neutralização ou afastamento do individuo da sociedade e da possibilidade física de cometer crimes. Sob esse ponto de vista não haverá dúvidas de que quanto mais tempo o infractor, ou o potencial infractor, estiver preso, menos crimes poderá cometer, embora também a essa luz, seja de ter presente que é mais

elevada a taxa de reincidência quanto mais tempo o criminoso for mantido na prisão, sobretudo tratando-se de criminosos de baixo risco. Por outro lado, e mesmo que a severidade da pena funcionasse a cem por cento como mecanismo de afastamento da prática do crime, que fosse totalmente eficaz à luz da lógica utilitarista que começámos por referir no pensamento de *Beccaria*, nem por aí se conseguiria justificar ou legitimar esta política de *sentencing*, uma vez que ela é completamente arbitrária, tornando imprevisível a pena aplicável no caso concreto, e inviabilizando o funcionamento do mecanismo mental da prevenção de crimes. Sendo certo que, e por aqui concluímos este ponto, que mesmo *Beccaria* tinha a humanidade da pena como limite ao utilitarismo e à dissuasão da conduta criminosa.

6. Cabe ainda destacar a importância que adquire no pensamento de *Beccaria* a separação entre o Estado (o direito) e a moral. Num período da justiça criminal em que a religião e a moral colonizavam a justiça penal, e em que o crime era sinónimo de pecado, *Beccaria* chega à conclusão fundamental que a lei não deve servir “*para controlar as opiniões dos homens ou para punir meras violações morais*”<sup>49</sup>.

Mais de duzentos anos volvidos sobre a publicação da obra de *Beccaria* nos Estados Unidos, e ao contrário do que nela se sustenta, vemos como o direito norteamericano ainda utiliza o conceito de *moral turpitude*, que é um conceito com evidentes conotações éticas e morais, como um conceito de natureza jurídica com relevância penal.

O Conselho para os recursos de imigração (BIA) definiu *moral turpitude* como um conceito nebuloso que se refere a “uma forma de conduta que choca a consciência social e é contrária aos *standards* comunitários de justiça, honestidade ou boa moral”. A *moral turpitude* é sinónimo de “baixeza, vileza, ou depravação, contrariedade às regras da moral e aos deveres privados e sociais que um homem tem para com os seus concidadãos, ou perante a sociedade em geral”. As legislaturas de alguns dos Estados, entre os quais, os Estados da *Georgia, Alabama, e Alaska*, também definiram o conceito, e estabeleceram uma lista das infracções que podem ser associadas à ideia de depravação ou de desonestidade (por vezes também se integra a falta de modéstia no

---

<sup>49</sup> Esta dimensão do pensamento de *Beccaria*, a secularização da lei penal, e a construção do crime a partir de uma ideia de danosidade social, é posta em destaque, entre nós, por FARIA COSTA, *Beccaria, ob.cit.*, pág. 210, e por ROSE, *ob.cit.*, pág. 302.

conteúdo a dar ao conceito), mas o que parece estar aqui em causa é, na verdade, a reconstrução de uma ideia de crime em sentido natural por contraposição ao crime em sentido formal ou legal. Na verdade, a *moral turpitude* é a qualidade do crime que constitui *malum in se* e não apenas *malum prohibitum*, o que suscita evidentes questões não apenas à luz da separação do direito e da moral, mas também sob o ponto de vista do cumprimento do princípio da legalidade e das fronteiras entre os crimes legais e os crimes judiciais.

A classificação de um crime como *moral turpitude* tem significado para várias áreas do direito. Em primeiro lugar, quem foi condenado por crime envolvendo *moral turpitude*, ou mesmo quem adoptou comportamentos desta natureza, ainda que sem condenação, pode ser impedido de prestar testemunho em processo penal. Por outro lado, a condenação em crimes que envolvam *moral turpitude* pode ser fundamento para recusar ou revogar licenças profissionais do Estado como autorizações para ensinar, para advogar, ou para exercer outras profissões, e pode ter ainda efeitos ao nível da concessão de benefícios pela Segurança Social. Por último, este conceito adquire a maior importância no âmbito da aplicação da *Lei da Imigração dos Estados Unidos (US Immigration Law)* porque a condenação por um crime desta natureza pode impedir a atribuição do visto de residência permanente, assim como pode levar à deportação de um cidadão já residente (tudo isto supondo que se preencham os demais requisitos da lei que supõe uma certa gravidade da pena, e que se trate de crimes específicos).

7. Importa agora, e para terminar, voltarmos a nossa atenção para a importância que assume a protecção dos direitos humanos e a proibição da tortura no pensamento e obra de *Beccaria*, colocando em confronto a sua perspectiva, e a legislação e a prática vigentes no momento actual nos Estados Unidos.

Escreve *Beccaria*, numa secção do seu livro especificamente dedicada à tortura: “O inocente é colocado em pior situação do que o culpado; pois se é verdade que ambos são torturados, todo o resultado é adverso ao inocente, pois que ou confessa o crime e é condenado, ou é declarado inocente, e sofreu um castigo imerecido” (...) “Para *Beccaria* a tortura constituía uma crueldade, acreditando que apenas o culpado devia ser punido, e preocupava-se com as confissões falsas: “A dor pode atingir um ponto tal, que tomando conta de toda a capacidade sensitiva, não permite qualquer liberdade à vítima senão a de escolher a via mais rápida para terminar momentaneamente com o sofrimento”. Nestas circunstâncias, concluía, “as declarações feitas pelo acusado são tão inevitáveis como as sensações causadas pelo fogo e pela água”.

Os direitos fundamentais das pessoas são colocados frequentemente em causa pelo sistema penal norte-americano, embora formalmente, e como já tivemos oportunidade de referir, se trate de um sistema fortemente garantista. De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça deste país, os direitos fundamentais no processo penal abrangem a liberdade de não ser sujeito a buscas ou apreensões irrazoáveis (vale aqui a *exclusionary rule*, o que quer dizer que a prova obtida por estes meios não pode ser valorada em tribunal), de não ser objecto de punição cruel e desumana, o direito a assistência judiciária, a protecção contra a auto-incriminação, o direito a um julgamento rápido, entre outros direitos e garantias.

Consolidado este ponto de partida, ter-se-á, no entanto, que dizer, que a interpretação judicial dos direitos fundamentais que é permitida aos Estados lhes tem deixado grande liberdade na configuração dos seus processos penais, pelo que estes direitos não são garantidos por todas as jurisdições na mesma extensão e da mesma forma. Por outro lado, a necessidade de prevenir e punir o terrorismo e a criminalidade violenta, o conceito de “guerra global”, tem permitido justificar e legitimar a compressão dos direitos das pessoas, através do estabelecimento de perfis “étnicos”, do alargamento do segredo de Estado, e da possibilidade de deter e deportar imigrantes suspeitos de actividades terroristas, ao mesmo tempo que se limitam os mecanismos para reagir e para recorrer destas decisões. De acordo com o relatório de direitos humanos dos Estados Unidos enviado em Maio de 2015 à Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, continuam por cumprir os compromissos assumidos por este país no que diz respeito aos crimes contra o direito internacional cometidos ao abrigo do programa secreto de detenção desenvolvido pela CIA, e no âmbito do combate ao terrorismo iniciado na era do Presidente Bush. A prisão de Guantánamo Bay mantém-se em funcionamento, garantindo a execução de penas de prisão de duração ilimitada por crimes de natureza militar, não foram ratificadas as Convenções sobre os direitos das crianças e sobre a proibição da tortura, as prisões federais continuam a executar a pena de isolamento celular, e há inúmeras queixas acerca do uso excessivo da força pela polícia.

Os Estados Unidos alegam transparência em relação a esta matéria, mas a verdade é que o relatório da CIA sobre a situação dos prisioneiros em Guantánamo, mantém a sua classificação como ultra secreto. Muitos, se não a totalidade, dos detidos, foram sujeitos a desaparecimento forçado e a condições de interrogatório e de detenção que violam a proibição da tortura e de tratamento cruel e desumano (muitos deles não

foram sequer acusados ou julgados). A recusa em divulgar este relatório com cerca de 6700 páginas permite manter a impunidade e o apuramento de responsabilidades. Ao mesmo tempo, existem cerca de 1400 fotografias tiradas em zonas classificadas pela CIA como “zonas negras” no Afeganistão, Tailândia, Polónia, Roménia, Lituânia, e eventualmente noutros locais, que incluem detidos a serem transportados nus, e que também não foram tornadas públicas até ao final de 2015. Em relação às condições em que são mantidos os presos de Guantánamo, e em resposta às exigências da comunidade internacional em saber o que se passa, os Estados Unidos invocam uma “extraterritorialidade artificial”, alegando ou que não estão em causa obrigações decorrentes de Convenções a que se tenham vinculado, ou que essas obrigações apenas são vinculantes relativamente a pessoas que se encontrem dentro do território de Estados partes, ou no âmbito da sua jurisdição. Entretanto, e durante o ano de 2015, vários presos foram transferidos da base de Guantánamo para prisões em Marrocos, Arábia Saudita, Inglaterra, Estónia, entre outros países.

As leis norte americanas acerca do uso da força pelas entidades policiais também são consideradas excessivamente permissivas pela Amnistia Internacional. Entre 2001 e 2015 morreram pelo menos 670 pessoas em todo o território dos Estados Unidos em virtude do uso de *Tasers* pela polícia, que são armas eléctricas que disparam dois pequenos eléctrodos que permanecem ligados à unidade principal por condutores que permitem o envio de corrente eléctrica sobre o infractor, impedindo-lhe o controlo voluntário dos músculos e causando-lhe incapacidade neuro-muscular. As *Tasers* são utilizadas pela polícia como forma de deter criminosos em fuga, beligerantes, ou pessoas potencialmente perigosas, evitando o uso de armas tendencialmente letais, como armas de fogo. No entanto, e muito embora existam estudos e relatórios que comprovam que o uso de *Tasers* reduz o risco de acidentes mortais, a verdade é que há inúmeros casos em que a sua utilização causou a morte ou ofensas corporais graves à vítima, que na maior parte não se encontrava armada nem parecia representar um risco sério para a vida ou integridade física de outra pessoa. Ao mesmo tempo, não existem registos do exacto número de vítimas do uso da força pelos oficiais de execução de penas – também de acordo com a Amnistia Internacional estima-se que esse valor oscile entre as 458 e as 1000 mortes por ano. Segundo os escassos elementos disponíveis, os homens negros são atingidos em número desproporcional, e não há limitações legais relativas ao uso da força pelas autoridades, isto é, não se exige que o uso de armas de fogo apenas ocorra como último recurso, depois de terem sido utilizados meios menos

gravosos e não violentos, e apenas quando o agente da autoridade enfrente risco de vida ou séria ameaça para a sua integridade física.

E assim concluimos, não tendo dúvidas em afirmar que se é verdade que o pensamento de *Beccaria* inspirou a estrutura fundante do sistema de justiça penal norte-americano, não é menos verdade que ao longo destes duzentos anos esse sistema que formalmente se mantém de pé, deu lugar a uma realidade completamente distinta, e inversa, em muitos aspectos, ao que *Beccaria* tinha como essencial, ao nível do cumprimento do princípio da legalidade, da proporcionalidade entre o facto e a pena, sob o ponto de vista da proibição da tortura e da pena de morte, relativamente ao valor probatório da confissão que incorpora os acordos de negociação no *plea bargaining*, e em tantos outros domínios que tentámos aflorar.