

**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO**

Rodrigo Augusto de Azambuja Mattos

A (I)LEGITIMIDADE DA TORTURA:

Os tormentos em tempos de terrorismo internacional

**Porto Alegre
2018**

Rodrigo Augusto de Azambuja Mattos

A (I)LEGITIMIDADE DA TORTURA:

Os tormentos em tempos de terrorismo internacional

Dissertação apresentada como requisito para obtenção de título de Mestre em Direito pela Faculdade de direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Eixo temático: Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Direito Fundamental à Segurança e o Direito de Liberdade.

Orientador: Prof.º Dr. Bruno Heringer Júnior.

**Porto Alegre
2018**

RESUMO

As mais diversas questões atinentes à tortura voltam à tona nos debates acadêmicos pós-atentados de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, sob o cenário de combate ao terrorismo. Convive-se, atualmente, com a disseminação sistêmica de ataques violentos em diversas cidades do ocidente e, também, do restante do mundo. Volta-se, assim, a discutir questões referentes à tortura, desde seu conceito, origens, proibição, até a eventual legitimidade ou escusa da tortura em situações pontuais. Tal debate repercute também na discussão sobre a possibilidade de regulação pelo Estado dos atos de suplícios tendo em conta o caráter absoluto do direito fundamental de não ser torturado. O presente trabalho, portanto, sem exaurir as questões apresentadas, procura abordar alguns pontos dentro dessas temáticas, passando, inicialmente, pela conceituação de tortura, verificação de sua origem e análise da proibição em ambiente internacional, com ênfase na dignidade humana e, redundando, ao fim, na atual celeuma em torno da ilegitimidade e relegitimação da tortura em casos extremos.

Palavras-chave: Tortura. Conceito. Origens. Ilegitimidade. Relegitimação.

ABSTRACT

The most diverse topics about torture under the combat against terrorism scenario have returned for academic discussion post-September 11, 2001 attacks in the United States. Currently, people live under a systemic spread of violent attacks in several western cities and also, in the remaining world. The concept, origin and prohibition of torture and its eventual legitimacy or excuse in specific situations are back for debate. It also reverberates on the discussion about the possibility of the State to regulate these torture acts, taking into consideration the absolute character of the fundamental right not to be tortured. This project, without depleting the presented issues, approaches some topics within this panorama passing, initially, by the conceptualization of torture, verification of its origin and analysis of the prohibition in an international environment, with emphasis on human dignity, leading to the end around illegitimacy and relegitimation of torture in extreme cases.

Keywords: Torture. Concept. Origins. Illegitimacy. Relegitimation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	05
2	TORTURA: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO	08
2.1	Aspectos conceituais: etimologia e sujeito ativo	09
2.2	Crime próprio ou comum?	13
2.2.1	Objetividade jurídica como critério para definição do sujeito ativo	25
2.2.2	Eficácia horizontal e tortura entre particulares	34
2.3	Origens e evolução do tratamento jurídico	38
3	PROIBIÇÃO INTERNACIONAL E DIGNIDADE HUMANA	54
3.1	Caráter absoluto da proibição	54
3.2	Norma <i>jus cogens</i>	56
3.3	Tortura e dignidade humana	59
4	(I)LEGITIMIDADE	71
4.1	Terrorismo: a nova variável na tortura	71
4.2	Casos extremos: nova base da discussão	75
4.3	Análise doutrinária sobre tortura nos casos extremos	76
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
	REFERÊNCIAS	123
	ANEXO A – Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	129
	ANEXO B – Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas Contra a Tortura ou outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - 1975	143
	ANEXO C – Declaração Universal dos Direitos Humanos	147
	ANEXO D – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	153

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará como tema a tortura, sua conceituação e definição enquanto crime, abrangendo aspectos relacionados ao sujeito ativo e a sua objetividade jurídica, bem como a sua origem e a evolução de seu tratamento.

Seguirá abordando aspectos da proibição internacional da tortura e sua relação com a dignidade da pessoa humana, fazendo incursão em alguns pensamentos de importantes doutrinadores da matéria.

Por fim enfrentará questões específicas relativas à ilegitimidade e à eventual relegitimação da tortura, passando por novos cenários e casos extremos a justificar ou desculpar eventualmente a tortura e pela exposição da análise de doutrinadores sobre a temática.

Na fase inicial do trabalho, procurar-se-á definir se a tortura é um crime próprio, em razão de agente necessariamente estatal, ou se pode ser considerada validamente como um crime comum, concebível nas relações de âmbito meramente privado.

Para tanto, far-se-á análise e cotejo de diversas críticas de doutrinadores que visitaram a matéria, bem como utilizar-se-á de recurso a pesquisas estatísticas sobre julgados, além de se fazer um apanhado histórico e técnico sobre a questão.

Com base em objetividades jurídicas procurar-se-á chamar a atenção para as possíveis, devidas e indevidas, distinções que se pode fazer entre tortura e outros maus tratos e as consequências dessas separações.

Será utilizado, nesse ponto, recurso a decisões de cortes internacionais que trataram a matéria, verificando-se a evolução no trato do problema, bem como dando-se o panorama atual sobre a questão em face do Direito Internacional.

Ainda nesse primeiro ponto buscar-se-á a origem da tortura ou, ao menos, de seus primordiais registros, propiciando-se com isso, uma breve verificação da evolução do seu tratamento durante os tempos em diversas organizações sociais, culminando por chegar no tratamento da questão na atualidade.

Já numa segunda fase, o que se visará é o aprofundamento em alguns importantes aspectos do tratamento internacional dado à tortura, com ênfase na questão atinente à proibição dessa prática e nas características que lhe são atribuíveis.

Dentre as várias questões possíveis de se abordar, incursionar-se-á no dito caráter absoluto da proibição contra a tortura, buscando-se fundamentos doutrinários e normativos

dessa característica, visando testar a sua efetiva validade tanto em ambiente interno como no internacional.

Procurar-se-á explicar o significado especial do caráter de norma de *jus cogens* atribuído à proibição absoluta da tortura no Direito Internacional, socorrendo-se em decisões de cortes internacionais e internas.

A valoração também de doutrina sobre esse ponto será a tônica.

Ainda dentro deste terço do estudo, tratará o trabalho da dignidade como barreira última à flexibilização da proibição absoluta da tortura, sendo que o recurso à doutrina será a base desse item.

A digressão sobre dignidade terá de ser efetivada para assentar as bases da proibição da tortura na medida em que se reconhece na doutrina que o substrato do direito em questão atingido pela prática cruel de suplícios é composto, quase que exclusivamente, pela dignidade.

Ao fim, a análise perpassará pela questão da ilegitimidade ou relegitimação da tortura, buscando-se fixar bases para a discussão noutra plano, em que se consideram modernos cenários criados hipoteticamente, mas relacionados a novas demandas sociais, em face de situações envolvendo a prática de atentados terroristas, em especial a questão do *ticking bomb scenario*.

Nesse último terço propor-se-á a consideração do terrorismo e de outros casos extremos como o conhecido caso Daschner, ocorrido na Alemanha e julgado em 2004, para discutir a tortura.

Após serão fixadas as bases teóricas com a descrição das situações extremas em que a proibição da tortura deve ser posta à prova, finalizando-se com a exposição de argumentos de doutrinadores sobre tais situações.

Sem pretender esgotar o tema, por óbvio, o presente estudo visará pinçar algumas questões importantes sobre a matéria e trazer algumas considerações de caráter científico, com o objetivo de fomentar o debate e a curiosidade sobre tão relevante temática no atual contexto mundial.

Não se duvide da importância do debate ora proposto, nem tanto pela atualidade do tema, mas pela repercussão que pode ter, no Direito Penal e nos Direitos fundamentais, as diferentes soluções que se pode ter na resposta às situações tratadas.

Há, sem dúvidas, diversas questões subjacentes ao tema, mas a tensão entre o direito à segurança e liberdades individuais está com certeza na base das decisões que se podem tomar diante dos casos limítrofes tratados.

Assim, todo o estudo sobre essas questões aproveitam ao Direito Penal, fazendo-se relevantes, se não por si só, por essa reflexa consequência.

2 TORTURA: EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO

Em que pese se possa ter a noção quase que intuitiva do significado do termo, é preciso advertir que a definição de um conceito hermeticamente fechado sobre o que vem a ser tortura não é tarefa fácil, nem mesmo que se possa cumprir de forma absoluta, ainda que se proponha um trabalho de ampla pesquisa, isso em face dos inúmeros aspectos que se pode abordar sobre o tema e das múltiplas definições existentes já lançadas ao longo do tempo por um grande número de estudiosos da matéria.

Mesmo que várias dessas definições possam convergir em determinados pontos é de se observar que há variações significativas especialmente nas conceituações jurídicas, que ora exigem determinadas elementares, ora as abandonam.

A esse propósito, é possível perceber em relação às definições de tortura que elas agregam ou dispensam elementos de acordo, por exemplo, com os períodos em que foram sendo produzidas, variando sua significação principalmente em termos de abrangência.

Assim, as definições de tortura podem se diversificar a depender do momento histórico e do local no qual foram concebidas.¹

Ainda é preciso dizer que as definições do ato de tortura no campo social ou antropológico, socorrendo-se até mesmo de aspectos semânticos, embora possam inspirar a conceituação do crime de tortura, não necessariamente guardam os mesmos aspectos.

As definições não jurídicas podem ter significados mais abrangentes do que aquelas utilizados em Direito, que tendem a agregar elementos normativos, valendo-se de expressões e conceitos técnicos.

As distinções e comparações com outros atos de violência já tipificados e reprovados levam em conta especificidades que tornam especialmente complexa a definição do ato.

Afora isso, sempre poderia ficar excluído do conceito que pretenda fechar a questão algum ponto de vista ou alguma observação nova não encerrada na definição.

Vai-se, assim, buscar uma conceituação de tortura de uma forma abrangente num primeiro momento, mas procurando-se dar ênfase para os aspectos jurídico-penais do ato que definem a tortura como crime.

Tendo em vista a relevância do tema e a sua repercussão nos cenários jurídicos, é necessário que se tente demarcar e relacionar alguns elementos possíveis de se colher nas

¹ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

diversas definições de tortura, com o fim de propiciar uma adequada compreensão do termo e fixar um ponto base de partida para o prosseguimento do trabalho.

Sem pretender esgotar o tema, por óbvio, o que se quer é destacar algumas questões importantes sobre a matéria e trazer breves considerações de caráter científico, com o objetivo de fomentar o debate, bem como de estabelecer algumas premissas para o desenvolvimento deste estudo.

2.1 Aspectos conceituais: Etimologia e sujeito ativo

Do ponto de vista semântico, a etimologia do termo tortura provém do latim significando suplício e tormenta.² Ainda, tortura seria o ato de torcer.

Tortura: ato ou efeito de torturar; volta tortuosa; dobra; curvatura. Sofrimento físico ou moral imposto a alguém, geralmente para obter alguma revelação; suplício, tormento. Grande aflição do espírito; angústia, sofrimento.³

Já na antiguidade, tortura encontrava definição como sendo o suplício que se aplicava ao corpo *com o fim de se alcançar a verdade*.⁴

Veja-se que já nessa remota definição é possível perceber a referência “ao fim de alcance da verdade”.

Gonçalves, sobre isso, ressalta o caráter público da tortura, uma vez que a sua prática sempre esteve relacionada a uma autoridade pública, ligado a uma finalidade pública ou equivalente.

É importante observar que a história semântica da expressão tortura possui uma dimensão pública, porque a tortura apresenta como elemento comum o fato de ser um tormento tolerado ou praticado por uma autoridade pública com finalidade pública.⁵

Essa finalidade ligada a algum interesse público remete, sem dúvida, à ideia de que a prática de tortura é vinculada ao detentor de algum poder ou autoridade de caráter

² TORTURA. In: DICIONÁRIO de Português – Latim. 2. ed. Portugal: Porto, 2000, p. 532, apud GONÇALVES, 2014, p. 20.

³ TORTURA. In: MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tortura>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

⁴ FASOLINO, Alfredo Necetti. Tormentos ou torturas. In: ENCICLOPÉDIA Jurídica Omeba. Buenos Aires: Omeba, [20--?]. t. 26, p. 233-237.

⁵ GONÇALVES, 2014, p. 23.

público,⁶ ou, ao menos, em nome do coletivo, mas não há (e nem poderia haver naquela quadratura histórica) menção à figura do agente estatal como sujeito ativo necessário à configuração de tal prática.

De qualquer maneira, parece correta a afirmativa no sentido de que a tortura, já naquela época, exigia uma autoridade ou ascendência do torturador sobre o torturado e que, de regra, essa autoridade se conectava com algum interesse dito público ou de caráter coletivo.

Aqui importante uma breve digressão sobre isso.

É sabido que, desde a pré-história da humanidade, o ser humano passou a viver em grupos em face de perigos e de sua própria evolução natural, e regras de condutas foram sendo produzidas e impostas nestas sociedades primitivas para o bem da própria espécie.⁷

Estudos de antropologia mostram que o ser humano primitivo se juntava em pequenos grupos com laços fortes entre seus integrantes já que era impossível a vida fora dele, em razão dos perigos de toda ordem.⁸

O temor não só dizia respeito a animais e à hostilidade de outros grupos humanos, mas também a entes imaginários e sobrenaturais, que protegiam e castigavam o grupo, a depender do comportamento de seus integrantes.⁹

Desse modo, a escassez, as epidemias e os desastres naturais eram entendidos como castigos por comportamentos negativos do grupo.

A prosperidade era tida como dádiva de tais entes por comportamentos positivos da comunidade.

Em razão da crença na magia existente naquela época surge a figura do *totem*, com poderes ilimitados, que podia recair sobre qualquer coisa como um animal ou qualquer força da natureza. Em alguns povos esses poderes recaíam sobre um antepassado do grupo, que era também o espírito protetor e também quem castigava quem o ofendesse.¹⁰

Aqueles que cultuavam um mesmo *totem* mantinham grande respeito e devoção a essa figura e cultuavam valores como respeito à vida e à integridade de todos. Os que descumpriam as obrigações sofriam severos castigos. Daí a afirmativa de que as primeiras proibições e castigos surgiram das relações totêmicas.¹¹

⁶ GONÇALVES, 2014, p. 23.

⁷ COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Ciência do Direito Penal Contemporâneo, 2).

⁸ COIMBRA, 2002, p. 13.

⁹ COIMBRA, 2002, p. 13.

¹⁰ COIMBRA, 2002, p. 14.

¹¹ COIMBRA, 2002, p. 14.

As ofensas ao *totem* eram severamente punidas, geralmente com a morte, e os castigos eram determinados pelo chefe do grupo que também era o chefe religioso.¹²

Essa vinculação sacral entre o suplício recebido pelo condenado e a divindade expressa a razão do poder de julgar e de fixar as normas repressivas, permanecerem sob a responsabilidade do encarregado do culto.¹³

Feitas essas observações relativas à origem da tortura ou de seus primeiros registros, ponto ao qual se retornará adiante, torna-se possível depreender e agregar que essa finalidade, antes referida, que teria de ser buscada por quem detivesse algum poder ou autoridade sobre o grupo, induzindo que, em definições oriundas de tempos mais próximos, o agente tivesse que deter algum tipo de poder comunitário, público ou estatal sobre a vítima, fortalecendo a ideia de que a tortura, necessariamente, só se configura com a presença desse elemento.

Embora não refira a elementar *finalidade* em seu conceito, Einolf emprega a figura do agente público na sua definição, corroborando essa tese.

[...] ato em que, intencionalmente, um sofrimento severo é aplicado numa pessoa por um agente público, durante o período em que tal pessoa está sob sua custódia ou o controle, sem que ocorra - ou tenha ainda ocorrido - um veredicto formal de culpa.¹⁴

Mais recentemente, as definições de carácter internacional propostas em convenções e tratados, do mesmo modo, não discrepam dessa ideia.

A primeira tipificação de tortura no âmbito do Direito Internacional emprega a expressão “funcionário público” na sua definição concebida na Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, firmada na 5ª Assembléia Geral da ONU, realizada em 9 de dezembro de 1975.

[...] todo ato pelo qual um funcionário público ou outra pessoa, sob sua instigação, inflija intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos graves, sejam físicos ou mentais, com o fim de obter dela ou de um terceiro informação ou uma confissão; de castigá-la por um ato que haja cometido ou suspeite que tenha cometido; ou de intimidar a essa pessoa ou a outras.¹⁵

¹² COIMBRA, 2002, p. 14.

¹³ COIMBRA, 2002, p. 15.

¹⁴ EINOLF, Christopher J. The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis. **Sociological Theory**, [S.l.] v. 25, n. 2, p.101-121, jun. 2007. p. 103.

¹⁵ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS – CDHM. Câmara dos Deputados. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Assembléia Geral da ONU, realizada em 9 de dezembro de 1975. Disponível

De igual sorte a concepção de tortura contemplada na Convenção Internacional Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes¹⁶, também em tempos já contemporâneos, não destoa:

Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.¹⁷

Assim, para além da questão finalística e semântica, percebe-se nas citadas definições convencionais também a presença do elemento *agente estatal* como item essencial para a configuração da tortura.

Assim, como visto, a tortura é considerada, historicamente, algo de caráter público, visto que praticada por agentes estatais contra particulares, envolvendo finalidade específica, normalmente com viés dito público ou em nome coletivo.

As principais convenções internacionais sobre o tema respaldam essa assertiva.

Portanto, é possível perceber que os tormentos e suplícios infligidos aos homens sob a forma de tortura, sempre decorreram, de modo significativo, de ações em nome coletivo, em razão do grupo social (ao menos sempre se utilizou esta justificativa).

Tal constatação permite inferir, sem dúvida, que as definições de tortura que exigem a presença de agente estatal no seu bojo estão ligadas a essa realidade histórica.

Importante frisar que eventuais suplícios e tormentos praticados em âmbito privado não eram capazes de despertar interesse da comunidade em nível internacional, visto que, de regra, quando eram reprovadas, sempre o eram de modo autônomo, em correspondentes penais específicos relativos normalmente à lesão corporal.

em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclProtTortTrasCru.html>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

¹⁶ CONVENÇÃO contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

¹⁷ CONVENÇÃO, 1984.

Ainda, as violências e suplícios praticados por particulares por razões privadas, de regra, não possuíam um grau significativo de perigo que pudesse ameaçar todo o grupo social, senão às vítimas individualizáveis de determinados criminosos em situações tidas por isoladas.

Daí que, até certo tempo, não se cogitava de se deter em maiores preocupações e em nível macrossocial com violências tormentosas nas relações privadas.

2.2 Crime próprio ou comum?

As primeiras considerações feitas no âmbito da etimologia do termo tortura e das elementares do ato permitem direcionar a discussão para o terreno mais propício à análise jurídica dessas questões.

Assim, a presença do elemento relacionado à figura do “agente estatal” ou “funcionário público” em diversas definições de tortura sem dúvida inspiraram as normativas internacionais e internas a definirem o crime de tortura, de um modo geral, no sentido de induzir a inclusão dessas elementares para a tipificação do crime correspondente, tornando o delito um crime próprio.¹⁸

Essa circunstância, além de respeitar aspectos históricos sobre a temática, pelas razões já mencionadas, reflete o centro de preocupação em âmbito internacional em matéria de tortura.

A ideia de que o ato de tortura, em princípio, para ser tido como tal, deve ter como sujeito ativo a figura de um agente estatal, mostra que as convenções antes mencionadas (assim como outras), preocupam-se, num primeiro momento, com a atuação do *Estado* na prática e regulação a tortura. Essa preocupação se reflete, se não em todo, em grande parte do ambiente internacional no que diz respeito à tortura.

Como se pode perceber, essas definições, relacionam-se com a ideia de que a tortura deve configurar um crime próprio, pois exigem determinada qualidade ou condição especial do agente, ou seja, “funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas”.

A ligação histórica das definições internacionais deve-se ao fato de que, como já dito e é cediço, ao longo dos tempos, o Estado não só tolerou como aplicou a tortura como

¹⁸ “[...] ou seja, aquele que depende de uma qualidade especial do agente, no caso, a qualidade de funcionário público [...]” RUDNICKI, Dani; MATUSIAK, Moisés. O olhar do TJRS sobre a tortura. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 113-128, jan. 2016.

meio de obtenção da verdade, desde os primórdios da civilização, como já antecipado, passando por todas as etapas do desenvolvimento da humanidade, tendo sempre participação efetiva na prática desse tipo de violência.¹⁹

Sobre isso, Arzamendi corrobora a ideia:

[...] A condição de funcionário público como sujeito ativo do delito em questão é inerente à “história semântica da tortura”. Essa, juridicamente, conectava-se com a produção de uma prova por meio da confissão ou do testemunho de alguém e não com atividades vinculadas à vingança privada. É justamente essa peculiaridade que distingue a tortura enquanto injusto penal das demais formas de crueldade e maus-tratos, elevando a repressão do delito de tortura ao interesse internacional, especialmente porque “sua prática por elementos pertencentes ao aparato de Estado deixa vítimas absolutamente desprovidas de proteção.”²⁰

Com efeito, a prática ou tolerância da tortura pelo Estado deixa o indivíduo e toda a comunidade à mercê de tormentos e sofrimentos sem que se possa recorrer a mais ninguém, ao passo que, quando praticada por particular, sempre haverá, em tese, a tutela estatal como último refúgio para proteção contra esses atos.

O próprio nascer dos direitos humanos e fundamentais em ambiente de excessivo poder estatal ratifica a ideia de que a preocupação geral seja com a tortura protagonizada pelo Estado.

Ora, na medida em que se reconheceu o Estado como detentor de um “quase monopólio da força disponível em uma sociedade,”²¹ não é difícil compreender a necessidade do reconhecimento dos direitos fundamentais (incluindo aí o de não ser torturado) como mecanismos hábeis para o indivíduo se opor legitimamente a esse poder.

Portanto, não surpreende que a preocupação internacional sobre a tortura, de um modo geral, diga respeito, ainda hoje, àquela perpetrada pelo Estado, visto o histórico poder de que sempre foi detentor.

De outro lado, a definição de tortura como crime próprio também atende a aspectos técnicos jurídico-penais importantes.

É que, dessa forma, ficaria mais bem protegido o núcleo do bem jurídico a que se visaria salvaguardar.

¹⁹ BURIHAN, Eduardo Arantes. **A tortura como crime próprio**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008, p. 105.

²⁰ ARZAMENDI, 1990, p. 34 apud GONÇALVES, 2014, p. 29, tradução do autor.

²¹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução: Denise Mattos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF), p. 5.

Explica-se: uma vez que a tortura sempre se efetivou (significativamente) com a presença da figura do Estado tolerando-a ou a praticando, a ampliação da proteção para atos sem seu protagonismo poderia importar em violação do princípio da *proibição de excesso*, isso porque, como apontam críticos, há de se ter em conta que, de regra, os atos de violência no âmbito das relações privadas, geralmente, possuem correspondentes típicos próprios nas legislações penais internas,²² de modo que, além de excessiva, a ampliação do âmbito de incidência da tortura poderia trazer aparentes conflitos no âmbito dos princípios da *especialidade* e do *non bis in idem*.

Ademais, como já dito, não parece se constatar maiores preocupações em nível internacional com a prática e responsabilização por suplícios praticados por particulares, embora seja sabido que há essa abertura a ensejar algum debate.

Dessa forma, a ampliação teria o efeito de desfocar e, portanto, tornar mais difícil a proteção do bem jurídico que se pretenderia tutelar quando o assunto é tortura, pois equipararia ações de particulares, em tese, com menor potencial ameaçador à comunidade, com a de agentes estatais, verdadeiro perigo a se considerar.

No entanto, apesar das críticas e questões apontadas, a normatização da matéria em âmbito interno, no Brasil, ampliou o âmbito de proteção contra a tortura propondo uma definição legal de tortura que se deve classificar como crime comum.

A Lei nº 9.455/97 tipificou a tortura, sendo que em seu artigo 1º, inciso I, alínea ‘a’, está prevista a tortura-prova:

Constitui crime de tortura constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

Em relação a isso advertem Sarlet e Weingartner Neto sobre a possível polêmica que pode decorrer da opção legislativa feita no Brasil, uma vez que destoa daquilo que é considerado o foco principal de atenção no mundo sobre a temática.

Já nesse plano é preciso sublinhar que o legislador infraconstitucional brasileiro levou a efeito opção que não se revela imune a alguma polêmica. É que o legislador infraconstitucional desbordou daquilo que se poderia designar de leito natural, ou seja, do Direito Internacional, que conceitua a

²² Adiante será novamente tratada essa questão, esclarecendo-se, desde logo, que as violências perpetradas em relações privadas, para serem classificadas como outros delitos distintos da tortura, necessariamente precisam conter elementares materiais distintas em relação ao crime de tortura. STEINER, Sylvia Helena. A prevenção do crime de tortura no cenário do direito internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 99, p. 299-323, nov./dez. 2012. Base de dados RT Online.

tortura como crime próprio, a *priori* restrito a um especial sujeito ativo, agente dotado de autoridade pública [...].²³

Efetivamente o legislador brasileiro houve por “ampliar” o espectro de proteção contra suplícios para incluir também sob o seu manto aqueles atos praticados por particulares, sem necessária ligação com finalidades públicas.

Isso, sem dúvida, gerou críticas e apontes de diversos teóricos e estudiosos da matéria, que ponderaram sobre uma possível inadequação de nossa legislação.

Burihan, por exemplo, ao criticar a normatização brasileira refere, dentre outras coisas, que a definição que permite a classificação em crime comum faz, em outras palavras, a proteção penal tornar-se excessiva, como já destacado antes, na medida em que a incidência da norma está para além dos fatos que requerem salvaguarda, pois estas situações já contariam com proteção prevista em outros tipos penais.

Sugere, ainda, a reforma da legislação nacional neste ponto.

Em nossa opinião, os argumentos expendidos por parcela da doutrina, no sentido de que a tortura é crime comum, não merecem prosperar. Conforme ficou salientado anteriormente, a tortura sempre assumiu uma dimensão estatal. É algo imanente ao Estado. Historicamente, foi o Estado que se valeu dessa prática para obter informações ou confissões daqueles que se encontravam de alguma forma submetidos ao seu poder. Outros comportamentos que implicam em imposição de sofrimento físico ou mental à vítima, cometidos por particulares, mesmo que presente uma finalidade específica, como, por exemplo, obtenção de informação ou confissão, não se harmonizam com a essência do termo e encontram enfoque em outros tipos penais. Assim a legislação brasileira sobre tortura está em descompasso com as convenções internacionais que cuidam do tema e com o sentido técnico que deve acompanhar a definição de tortura. Logo, deve ser objeto de reforma para que apenas o funcionário público ou quem esteja a seu serviço possam ser sujeitos ativos do crime em questão.²⁴

Noutro texto,²⁵ o referido autor, valendo-se de diversos autores a corroborar sua tese, afirma que a Lei nº 9.455/97 é inconstitucional e que está em flagrante descompasso com as principais convenções internacionais sobre o tema.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 615-630, ago. 2015. Base de Dados RT Online.

²⁴ BURIHAN, 2008, p. 126.

²⁵ BURIHAN, Eduardo Arantes. Breves Considerações Sobre o Sujeito Ativo do Crime De Tortura. **GECAP-USP – Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo**. São Paulo, [2013]. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/18-breves-consideracoes-sobre-o-sujeito-ativo-do-crime-de-tortura-autor-eduardo-arantes-burihan-advogado-em-sao-carlos-sp-e-mestre-em-direito-penal-pela-pontificia-universidade-catolica-de-sao-paulo>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Ao que parece, Burihan entende que o alargamento ou ampliação do conceito de tortura enfraquece a proteção que se deve emprestar contra esses atos.²⁶

Em face de sua tese, ele propõe, inclusive, que se dê outra denominação distinta da de tortura para os tormentos entre particulares, a fim de que não restem dúvidas de que é de outro instituto que se está a tratar.²⁷

²⁶ [...] Conforme salientado no tópico anterior, os Tratados internacionais relativos aos direitos humanos ingressaram em nosso ordenamento jurídico com dignidade de norma constitucional.

As Convenções contra a tortura já mencionadas, objetos do presente trabalho, salientam que somente pratica tortura o funcionário público ou quem lhe faça as vezes.

Em 07.04.97, entrou em vigor no ordenamento jurídico interno de nosso país, a Lei 9.455, que passou a criminalizar a tortura.

Esse diploma legal passou a disciplinar a matéria de forma diversa. Segundo a Lei, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de tortura. É o que se verifica da análise do artigo 1º da Lei que apresenta a seguinte redação: “Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.”

Parece muito claro que esse alargamento tipológico, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei de Tortura (Lei 9.455/97), abrangendo o comportamento do particular, tornando a tortura um crime comum, é inconstitucional, uma vez que não poderia contrastar com o que ficou consignado nas definições das Convenções internacionais, anteriormente subscritas. Consoante o magistério de Alberto Silva Franco: “Destarte, o conceito de tortura, como crime próprio, já faz parte do ordenamento jurídico brasileiro, em grau constitucional. É evidente que tal conceito não dispensa, por respeito ao princípio da reserva legal também de nível constitucional, da intermediação do legislador infraconstitucional para efeito de sua configuração típica. Mas esse legislador não poderá, sem lesionar norma de caráter constitucional, construir um tipo de tortura que não leve em conta o conceito já aprovado em convenções internacionais.”

Se fosse do interesse das mencionadas Convenções sobre a tortura abranger o comportamento do particular, isso teria sido feito expressamente, de maneira clara e indubitosa, sem deixar margem a outras interpretações, demonstrando de maneira inequívoca que a preocupação dos documentos internacionais é o de coibir a prática de tortura, sejam quais forem as características de seu autor. Não parece ter sido essa a mensagem enviada às nações. É que o foco das discussões, quando da elaboração de tais documentos, não era o comportamento do particular e sim dos agentes estatais, que, de defensores dos direitos do cidadão passaram a abusar do poder estatal que lhes fora conferido. Conforme salientado por Maria José Rodríguez Mesa, a maior parte dos Estados entendeu que a Convenção deveria ser aplicada apenas aos atos cometidos por funcionários públicos ou por alguém por sua determinação.

Flávia Piovesan assinala que a legislação brasileira sobre tortura transcende, de maneira indevida, a própria concepção introduzida pela Convenção que requer que o sujeito ativo do crime seja um agente público. Consoante seu magistério: “Parece mais adequada a definição da Convenção, ainda que mais ampla se mostre a definição nacional. Isto porque a gravidade da tortura e o fato de ser ela considerada crime contra a ordem internacional justifica-se na medida em que sua prática revela a perversidade do Estado que, de garante de direitos, passa a ter em seus agentes brutais violadores de direitos.”

Restringir o tipo penal da tortura ao comportamento do agente público é medida que efetivamente garante a tutela do bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora. Aliás, não é outra a função do direito penal senão a de tutela subsidiária dos bens jurídicos dotados de dignidade penal. Querer proteger a vítima de tortura a qualquer custo, considerando o comportamento criminoso do particular, é uma providência que não se coaduna com o desejo dos textos internacionais que repudiam essa prática. Não é esse o teor do conceito de tortura. O tipo penal, nessas condições, perde as suas características fundamentais. Tudo passa a ser tortura.

Vale dizer que a preocupação maior desses documentos é coibir o abuso praticado por aqueles que agem em nome do Estado, ou seja, aquelas pessoas que têm por obrigação a custódia dos direitos fundamentais do cidadão. BURIHAN, [2013].

²⁷ Historicamente, a tortura apresenta um caráter eminentemente estatal. Trata-se de prática que foi tolerada e aplicada pelo próprio Estado, como meio de obtenção da verdade. Isto se deu, como visto anteriormente, desde

No entanto, apesar do que se destacou até agora, a exigência do agente estatal na definição de tortura, embora condizente com aspectos históricos e até mesmo com algumas questões técnicas não é, necessariamente, elemento absolutamente indispensável para se definir tortura.

Note-se que a própria Convenção Internacional mencionada no item 2 do mesmo artigo primeiro preceitua que o seu conteúdo não poderá ser interpretado de modo a que se restrinjam as possibilidades de outros instrumentos internacionais ou nacionais conferirem alcance mais amplo e, portanto, mais protetivo contra a tortura.

O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.²⁸

Portanto, mesmo que se reconheça que o ponto de preocupação sobre tortura mais latente em ambiente externo seja aquele que diz com suplícios praticados por agente estatal, é possível perceber, mesmo no leito do Direito Internacional, que a questão não é totalmente pacificada, havendo espaços para alguma divergência.

Consideradas, portanto, as pertinentes críticas sobre o ponto, de fato, é preciso que se diga que a possibilidade de transmutação do conceito a possibilitar uma classificação da tortura como crime comum, *prima facie*, amplia o espectro de proteção da norma porque permite a proteção contra os suplícios da tortura ainda que praticados no âmbito das relações privadas.

os primórdios da civilização. Em todas as fases por que passou a humanidade, o Estado teve participação direta no emprego da tortura [...] BURIHAN, [2013].

[...] Portanto, quando nos referimos à tortura, partimos do pressuposto indeclinável de que, no sentido técnico do termo, somente praticam tortura os órgãos estatais ou quem lhes faça as vezes. Não é possível emprestar ao termo um sentido vulgar, que não se coaduna com o verdadeiro significado da expressão, permitindo ao legislador, de maneira indevida, considerar que o particular também pode cometer crime de tortura. É da essência do termo a participação do agente público, com finalidade eminentemente pública. Equiparar o comportamento do particular ao do agente estatal é medida que não se amolda às características fundamentais de seu conteúdo, porque as notas que caracterizam a tortura são outras e estão relacionadas ao abuso do poder estatal. [...] BURIHAN, [2013].

[...] A expressão tortura parece ter sofrido, ao longo do tempo, um processo de desvirtuamento, em que seu anterior sentido técnico cedeu passo a uma definição sentimental. Na visão de Edward Peters, a partir do século XVII, a definição legal de tortura parece ter sido substituída por uma definição moral, que, do século XIX em diante foi suplantada por uma definição sentimental, até seu completo desvirtuamento, passando a ter qualquer tipo de significado.

Comportamentos que emocionalmente são qualificados como tortura devem, na verdade, receber outro tipo de denominação. Trata-se de argumento que se amolda mais perfeitamente a um exercício de retórica que não resiste a uma séria análise histórica ou social. BURIHAN, [2013].

²⁸ CONVENÇÃO, 1984.

Se até um dado momento histórico a evolução das relações sociais não tinha atingido um ponto que justificasse a preocupação geral com atos de tormento praticados privadamente, atualmente, não se pode afirmar isso com a mesma convicção.

E sobre isso é importante referir que a experiência nacional, ao menos numa amostragem do que ocorre em âmbito judicial, trouxe a lume o fato de que nas relações privadas há práticas de suplícios e tormentos brutais em número considerável e preocupante.

Em pesquisa realizada por Rudnicki e Matusiak²⁹ envolvendo julgamentos de tortura pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entre os anos de 2009 e 2013, os resultados mostram o total de 92 julgamentos, sendo 74 envolvendo agentes privados e 18 envolvendo agentes públicos.

Destacam-se ainda 45 condenações de agentes privados e apenas 7 condenações de agentes públicos.

Apenas em corroboração a tal pesquisa, em consulta ao sítio do mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mas no período compreendido entre novembro e dezembro de 2017, estão disponibilizados os julgamentos de 10 casos envolvendo tortura, sendo 07 no âmbito das relações privadas e 03 envolvendo agentes estatais, contando, no todo, 03 absolvições e 07 condenações.

Embora o breve período tomado possa não ser relevante em termos de cientificidade, é curioso que as 03 absolvições encontradas diziam justamente com as situações de tortura envolvendo agentes públicos e as 07 condenações se referiam à tortura caracterizada no âmbito das relações privadas.³⁰

²⁹ RUDNICKI; MATUSIAK, 2016.

³⁰ A primeira situação envolve a condenação do agressor que durante 03 anos seguidos espancava a vítima sob sua guarda a pretexto de evitar que se drogasse ou que faltasse as aulas.

A despeito de uma possível desclassificação para o delito de maus tratos, o Tribunal entendeu que as agressões, pela sua intensidade e frequência expuseram a vítima a intenso sofrimento, desbordando da conduta típica de quem se excede nos meios de correção.

A situação, de fato, era dramática e obteve a tutela da lei contra a tortura aplicável nas relações privadas:

APELAÇÃO. TORTURA. PRELIMINAR DE NULIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. HIPÓTESE NÃO VERIFICADA. MÉRITO. PROVA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA MAUS-TRATOS. PENA. CRIME CONTINUADO.

1. A peça acusatória narrou, de forma suficientemente clara, que o denunciado agredia o ofendido, com frequência, com o intuito de castigá-lo pelo suposto consumo de drogas e para coagi-lo à prática das tarefas domésticas. Ainda, há descrição fática da prática reiterada da conduta, o que viabiliza o reconhecimento da continuidade delitiva. Nulidade não identificada. Preliminar afastada.

2. O conjunto probatório dos autos é firme a embasar o juízo condenatório. Convergência entre os relatos do ofendido e das testemunhas inquiridas em juízo, a indicar o réu como autor das agressões que impuseram ao ofendido intenso sofrimento físico e psíquico, como forma de castigo pessoal. Condenação mantida.

3. Inviável o acolhimento do pedido de desclassificação da conduta para o crime de maus-tratos, pois suficientemente comprovado que o ofendido foi submetido a intenso sofrimento físico, inclusive em diversas

oportunidades, e, sobretudo, mental, como forma de castigo pessoal, pelo que deve ser mantida a condenação pelo crime de tortura.

4. Readequação da pena-base após afastamento da valoração negativa da personalidade do agente. Viável, no caso concreto, o reconhecimento da agravante prevista no artigo 61, II, alínea “e”, do Código Penal, pois a referida agravante não está inserida no tipo penal incriminador imputado ao recorrente, pois submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, independe do vínculo familiar entre os envolvidos no fato. Assim, sendo a violência praticada contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, a reprovabilidade da conduta do agente é de maior intensidade, viabilizando o reconhecimento da agravante. Reconhecimento da continuidade delitiva mantido. Redução, contudo, da fração aplicada, pois ausente fundamentação idônea a amparar o patamar escolhido pelo juízo de origem. Ausente fundamentação para o aumento estabelecido na decisão recorrida, e não tendo o órgão acusatório recorrido dessa parte da sentença, impõe-se, no julgamento de apelo exclusivo do réu, aplicar a fração ao mínimo previsto em lei.

5. Regime inicial de cumprimento de pena abrandado para o aberto em consonância à pena concretamente imposta, combinada com o disposto no §3º do artigo 33 do Código Penal, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determinava o regime inicial fechado obrigatório para os crimes hediondos.

6. Afastamento da pena de multa aplicada pelo juízo de origem, na medida em que não constante do preceito secundário do tipo penal incriminador imputado ao acusado.

7. Determinação para que, após esgotados os prazos para a interposição de eventuais recursos de competência desta Corte, os autos físicos baixem à origem para que o pedido de execução provisória da pena seja formulado pela parte interessada naquela instância, independentemente do trânsito em julgado pelo manejo de recursos para as instâncias superiores.

PRELIMINAR REJEITADA.

RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO.

RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime N° 70074548371 (N° CNJ: 0218952-43.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

A segunda situação de condenação e aplicação da lei a particulares também demonstra que o caso destoava de simples lesões corporais, visto que o agressor submeteu a vítima a intenso sofrimento com o fim de obrigá-la a prestar informações sobre um suposto relacionamento extraconjugal:

APELAÇÃO CRIME. TORTURA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PROVA ROBUSTA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Diante do conjunto probatório produzido, plenamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito. O acusado, com a finalidade de obter confissão da vítima sobre suposto relacionamento extraconjugal, submeteu a ofendida a sofrimento físico e psicológico, conforme demonstra a prova carreada aos autos.

CONCESSÃO DO SURSIS. INVIÁVEL.

2. Inviável a concessão do *sursis*, em face do *quantum* da pena aplicada, nos termos do artigo 77, “caput”, do Código Penal.

RECURSO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime N° 70074912783 (N° CNJ: 0255393-23.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

A situação que se segue também demonstra a necessidade de enquadramento da conduta como tortura na medida em que a atitude da agressora ultrapassou todos os limites do razoável para que se pudesse dizer tratar-se de simples exagero nos meios de correção ou prática de lesões corporais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

Materialidade e autoria do delito comprovadas pela conduta da ré que, como forma de aplicar castigo pessoal, por ter a vítima atravessado a rua sozinha sem autorização, mediante violência, submeteu sua filha, de 09 anos de idade, sob seu poder e guarda, a cruel agressão, jogando água quente sobre seu corpo, causando-lhe intenso sofrimento físico e mental, eis que gerou diversas queimaduras pelo corpo, que resultaram, não só em incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de 30 dias, como em deformidade permanente. Crime de tortura caracterizado. Incabível desclassificação do delito para lesões corporais. Sentença mantida.

Apelo improvido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime N° 70071240659 (N° CNJ: 0334259-79.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

No caso seguinte a condenação também se sustentou na impossibilidade de reconhecer eventual desclassificação para delito menos grave em face da violência aplicada nos meios de correção:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO.

Materialidade e autoria do delito comprovadas pela conduta do réu que, mediante violência, submeteu a vítima, sua filha de 02 anos, sob seu poder e guarda, a intenso sofrimento físico e mental, como se verifica pelas agressões e lesões físicas cometidas contra a vítima, como forma de aplicar castigo pessoal. Extrapolaram, em muito, as agressões o mero abuso dos meios de correção e disciplina, não se cogitando de desclassificação para delito de maus tratos (art. 136 do CP). Crime de tortura caracterizado. Regime inicial, considerando a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, reconhecida pelo STF deve observar o art. 33 do CP. Apelo parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça.

Apelação Crime N° 70070806070 (N° CNJ: 0290801-12.2016.8.21.7000). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Veja-se que também entes privados podem aplicar tormentos para obter informação ou confissão sobre eventual subtração de um bem (um cavalo), como foi o caso da condenação transcrita na ementa abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

Materialidade e autoria do delito comprovadas pela conduta da ré, que, em comunhão de esforços e vontades com a corré e com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima acerca do furto de um cavalo de sua propriedade, mediante violência, submeteu o ofendido, de 15 anos de idade, amarrado, a diversas agressões, inclusive com pedaço de prego enferrujado, além de passarem um ferro de passar roupa quente em seu rosto, e obrigando-o a ingerir bebida alcoólica, causando-lhe intenso sofrimento físico e mental e lesões de natureza grave, que resultaram na incapacidade para suas ocupações habituais por mais de 30 dias. Prova oral em conformidade com os autos de exame de corpo de delito. Crime de tortura e autoria demonstrados. Logo, incabível desclassificação para o delito de lesões corporais. Pena justificada. Sentença mantida. Apelo improvido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime N° 70070839832 (N° CNJ: 0294177-06.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

De se notar, com base na condenação transcrita na ementa que segue, que é perfeitamente possível de se cumular o crime de tortura com o de lesões, a demonstrar a diferença necessária que existe entre eles:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. TORTURA (LEI N° 9.455/97) E LESÕES CORPORAIS LEVES (ART.129, § 9º). PROVA SUFICIENTE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*.

Prova suficiente a alicerçar a condenação baseada na prova oral colhida ao longo da persecução penal, bem como diante dos documentos juntados, especialmente o laudo de exame de corpo de delito. Condenação impositiva. A dosimetria pelo delito de tortura mantida pelos fundamentos da sentença. Redimensionada a pena pelo delito de lesões corporais leves, excessivamente exasperada em quantum superior ao standard jurisprudencial, ficando a pena final em 07 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, uma vez que declarada a inconstitucionalidade do cumprimento integral fechado para crimes hediondos, pelo Supremo Tribunal Federal.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime N° 70074946146 (N° CNJ: 0258729-35.2017.8.21.7000). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Possível notar, ainda, nas condenações citadas, envolvendo tortura praticada por particulares, que a prova dos fatos foi considerada suficiente e, em geral, houve-se com grande peso as declarações das vítimas, situação bem diferente daquelas em que se tratou das absolvições das acusações de torturas envolvendo agentes estatais como autores.³¹

Por fim, das condenações citadas, esta última que reconheceu o ato de tortura aplicado pelo agressor padrao de infante com menos de 2 anos na época dos fatos, em razão da violência das atrocidades praticadas contra a vítima:

APELAÇÃO CRIME. CRIME DE TORTURA. FATO 01. CONDENAÇÃO.

Reformada a sentença para condenar, exclusivamente, o réu A. B. da S., diante da palavra da vítima e das testemunhas, indúvidas quanto à ocorrência e à autoria do 1º fato denunciado.

ESTUMPRO DE VULNERÁVEL. CRIME DE TORTURA. FATOS 02 E 03. ABSOLVIÇÃO.

Ausentes elementos de certeza para sustentar uma condenação, a manutenção da sentença recorrida, que absolveu os acusados das imputações do 1º e 2º fatos denunciados, é medida que se impõe, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

PENA. DOSIMETRIA. Pena-base fixada um pouco acima do mínimo legal, em razão de três vetores desfavoráveis.

REGIME CARCERÁRIO. Deve ser observado o disposto no artigo 33, § 2º do Código Penal, quanto à fixação do regime carcerário para os condenados por crimes hediondos, fixando-se, no caso concreto, o regime aberto.

RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça.

Apelação Crime Nº 70073373300 (Nº CNJ: 0101445-61.2017.8.21.7000). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

³¹ De se verificar, pelas ementas abaixo transcritas, que em todas as absolvições houve como um dos fundamentos a fragilidade ou inexistência de provas suficientes contra os acusados:

APELAÇÃO-CRIME. ART. 1º, INCISO I, LETRA “A” E § 4º, INCISO I DA LEI Nº 9.455/97 (DUAS VEZES) E ART. 121, § 3º DO CÓDIGO PENAL. TORTURA NÃO CARACTERIZADA. FATOS OCORRIDOS RAPIDAMENTE, EM LOCAL PÚBLICO, FRENTE A DIVERSAS PESSOAS, O QUE AFASTA QUALQUER POSSIBILIDADE DE CRIME PREVISTO NA LEI ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE. PRESCRIÇÃO. PUNIBILIDADE DECLARADA EXTINTA. DELITO CULPOSO CONTRA A VIDA. DISPARO DE ARMA DE FOGO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Apelo parcialmente provido. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074974221 (Nº CNJ: 0261537-13.2017.8.21.7000).** Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

Outra:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ILICITUDE DAS PROVAS. INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA MILITAR. OBTENÇÃO DE PROVAS MEDIANTE TORTURA. INOCORRÊNCIA.

1. Do exame dos autos se depreende que a apreensão das drogas ocorreu durante diligência de verificação de informação anônima, realizada pela polícia militar. Ausência de irregularidade. Atividade de segurança pública e de patrulhamento. Ilicitude rechaçada.

2. Ausência de elementos a demonstrar a alegada tortura de testemunhas. Ilicitude rejeitada.

3. No mérito, demonstradas a existência do fato, sua autoria e a materialidade, afigura-se acertado o juízo condenatório por tráfico de drogas.

RECURSO DESPROVIDO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70074652942 (Nº CNJ: 0229409-37.2017.8.21.7000). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

A última, onde a questão da valoração da prova como insuficiente é mais perceptível:

Nessas hipóteses, em geral, destacaram-se outros elementos a confrontarem as declarações das vítimas que, de regra, não foram consideradas bastantes diante de todo o acervo probatório.

Portanto, ao menos no que diz respeito à amostragem aqui trazida, revelou-se de fundamental importância a ampliação da proteção contra a tortura para que albergasse também os suplícios praticados no âmbito das relações particulares.

Somente desse modo foram possíveis responsabilizações de diversos “torturadores privados” que cometeram verdadeiras atrocidades com pessoas submetidas às suas autoridades no âmbito familiar, íntimo e particular de qualquer natureza.

Em termos de aplicação jurídica dos institutos da tortura em face de maus tratos e lesões corporais (esses dois últimos tidos como regras próprias para salvaguarda do direito

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS DEFESAS.

PRELIMINARES. Nulidade quanto ao reconhecimento do acusado. Alegada desobediência aos arts. 226 e 228 do CPP. As formalidades dos arts. 226 e 228 do CPP devem ser observadas quando possível, não havendo nulidade no reconhecimento policial ou judicial realizado sem aquelas. Nulidade no cumprimento de mandado de busca e apreensão. Embora a alegação do cumprimento de mandado de busca e apreensão em local não autorizado pela autoridade judicial, o resultado das buscas não foi considerado no juízo condenatório, nem foi demonstrado qualquer prejuízo à defesa (art. 563 do CPP). Nulidade por cerceamento de defesa pelo indeferimento de prova pericial complementar. Não foram especificadas, pela defesa, a necessidade do laudo complementar e as dúvidas a ser esclarecidas pelos peritos. Portanto, ausente comprovação de efetivo prejuízo à defesa, inócua nulidade. Suspeição do Promotor de Justiça. Não há suspeição ou impedimento de atuação do agente ministerial por ser esse irmão de Delegado de Polícia que sequer atuou no caso, pois não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 258 do CPP. Violação do princípio acusatório. Art. 212 CPP. Não há amparo legal à tese do chamado “sistema penal acusatório”, pelo qual o juiz seria mero expectador da produção da prova, eis que o que prevê o art. 212 do CPP é que as perguntas das partes sejam formuladas diretamente à testemunha, mantendo o dever do juiz de não admitir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. O art. 212 do CPP não retirou do juiz a possibilidade de, no início da inquirição, fazer à testemunha os questionamentos que entender primordiais. Inexistente nulidade.

MÉRITO. Os fatos são extremamente graves e a materialidade dos delitos está devidamente comprovada nos autos, inclusive quanto ao empalamento de uma das vítimas, ao contrário do que constou dos memoriais da defesa de Gilberto, a fl. 07, bastando ler os documentos médicos de fl. 653, ratificados posteriormente pelo auto de exame de corpo de delito de fl. 96, realizado dois dias após o fato, sendo dita vítima, inclusive, submetida à laparotomia, para verificar possível ocorrência de lesões internas, o que acabou descartado.

A prova colhida em juízo, contudo, não permite afirmar, com certeza, quais os autores de tais fatos dentre os réus denunciados, em número de quinze.

Com efeito, não basta a presença dos réus no local dos fatos para fundamentar a sua condenação, exigindo-se que a prova demonstre, acima de qualquer dúvida razoável, a efetiva participação de cada acusado em cada um dos fatos denunciados.

No caso, penso que a prova colhida, quanto à autoria, não fornece a necessária certeza ao embasamento do decreto condenatório lavrado contra os réus apelantes. Voto vencido.

PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE.

APELOS DEFENSIVOS PROVIDOS E PREJUDICADO O APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POR MAIORIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime N° 70055712780 (N° CNJ: 0295905-87.2013.8.21.7000). Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#mai_n_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

contra suplícios infligidos por particulares), como se viu, não necessariamente colidirão entre si, causando conflitos e punições excessivas – seja em razão de agente público ou privado.

Como demonstrado, em decisões como as referidas, é possível perceber que os julgadores, de regra, em primeiro e segundo graus, fazem essa distinção de intencionalidades possibilitando claramente as exatas classificações dos delitos praticados.

Como se verifica, plenamente comprovadas a materialidade e autoria do delito pela conduta do réu que, como forma de aplicar castigo pessoal, mediante violência, submeteu a vítima, sua filha Camila, de 02 anos de idade, sob seu poder e guarda, a intenso sofrimento físico e mental, como se verifica pelas agressões e lesões físicas cometidas contra a vítima, bem como pela prova oral produzida, como bem examinou a magistrada *a quo* na sentença. Logo, extrapolando, em muito, as agressões o mero abuso dos meios de correção e disciplina, não se cogita de desclassificação para o delito de maus tratos (art. 136 do Código Penal). Induvidosa, portanto, a caracterização do delito imputado.³²

Assim sendo, essa teórica ampliação protetiva proporcionada pela definição de crime comum aparece concretamente em situações envolvendo particulares e tem se mostrado efetiva em ambiente judicial interno, considerados os casos retratados.

Em relação a isso, há também abalizada doutrina a corroborar estas assertivas.

Sarlet e Weingartner Neto, ao diferenciarem maus tratos, lesões corporais e tortura, destacam que os referidos delitos possuem graus diferentes de ofensividade e tutelam situações passíveis de serem distinguidas no âmbito do Direito Penal.

o crime de maus tratos, inclusive pelo que significa em termos de menor reprovação político-criminal, permanece literalmente como sendo de incidência excepcionalíssima; essa a função precípua de um crime de perigo, de aplicação subsidiária, que há de ser aplicado apenas para situações de meras vias de fato no âmbito doméstico ou lesões de baixo conteúdo de injusto, evidenciado e pertinente o fim educativo;

Já o crime de tortura tipifica-se, também pelo que significa em termos de maior reprovação político-criminal, nos casos em que o domínio parental, orientado para castigar ou prevenir condutas filiais, sendo externalizada por meio de violência ou grave ameaça, substancia-se em resultado de intenso sofrimento físico ou mental – devendo ser verificado com critérios apertados o correlato elevado grau de injusto.

Outrossim, quando materializadas lesões corporais na atuação dos pais sobre os filhos, mas não na extensão e/ou intensidades exigíveis para o gravoso

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime N° 70070806070 (N° CNJ: 0290801-12.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

patamar da tortura, a desclassificação primária (salvo peculiaridades que justifiquem saltar o degrau direto para maus tratos) ocorre para a figura da lesão corporal no contexto da violência doméstica.³³

O que se quer destacar aqui é que o crime de maus tratos, como previsto em nossa legislação, pode e deve ser distinguido dos suplícios praticados por quem tortura, seja em âmbito público, seja em ambiente privado.

Assim, não é porque a tortura é praticada nas relações privadas que pode ser tratada como equivalente a tipos penais já existentes³⁴, como maus tratos e lesões corporais. Não é a mesma afronta. São condutas distintas que não podem ser tidas por idênticas.

Nesta perspectiva, possíveis (e devidas), portanto, as referidas distinções sem que haja malferimento a princípios de Direito.

2.2.1 Objetividade jurídica como critério para a definição do sujeito ativo

Essa distinção (que deve valer tanto para a tortura praticada pelo Estado com para aquela perpetrada nas relações privadas) deve ser observada justamente em razão das distintas objetividades jurídicas dos crimes em comento.

Enquanto nos delitos, por exemplo, de maus tratos, lesão corporal, ameaça e constrangimento ilegal, os bens que se objetivam proteger primordialmente são a integridade física, psíquica e até a liberdade individual das vítimas, na tortura, apenas reflexamente esses bens são tutelados.

No que tange aos crimes de tortura constata-se uma tendência generalizada para a identificação incorreta do bem jurídico protegido. As manifestações doutrinárias em geral pairam na epiderme da questão, apontando como bens tutelados a integridade física e psíquica da vítima [...].

Em leve dissidência encontra-se Nucci que soma à integridade física a liberdade da pessoa humana como bem jurídico objetivado pelo crime de tortura, conferindo-lhe a característica de “crime complexo” [...]. No entanto, também este autor não foge à indicação de bens jurídicos que já são objeto de tutela em outras normas penais sem lograr conferir ao crime de tortura um elemento distintivo.

Noutra banda podem-se apontar aqueles que abrem os horizontes da proteção jurídica do crime de tortura para “as garantias constitucionais do cidadão” [...]. Nessa linha pode-se dizer que para além de reconhecer a complexidade da tortura, tutelando variados bens jurídicos abarcados pela Constituição, se obtém o efeito desejado de distinguir o crime de tortura de

³³ SARLET; WEINGARTNER NETO, 2015.

³⁴ Salvo se for possível distinguir as suas elementares materiais das do crime de tortura. STEINER, 2012.

outras infrações penais previstas no ordenamento jurídico – penal brasileiro, tais como lesões corporais, ameaça, constrangimento ilegal etc.³⁵

Evidentemente que a integridade física e psíquica, bem como a liberdade individual são bens jurídicos que restam protegidos no crime de tortura, no entanto, o bem principal que se visa salvaguardar nesse caso é a dignidade das pessoas.

Mister se faz, portanto, delimitar dentre “as garantias constitucionais do cidadão” qual delas pode ser erigida de forma específica e determinada como o bem jurídico tutelado especialmente pelo crime de tortura a conferir-lhe um elemento distintivo com relação às demais espécies criminais.

Esse bem jurídico certamente não pode constituir-se simplesmente na integridade física e psíquica ou mesmo na liberdade individual, pois que já devidamente protegidos pelos crimes de lesões corporais e contra a liberdade individual previstos no Código Penal. É certo que esses bens são *também* tutelados pelo crime de tortura, mas apenas de forma subsidiária no bojo de um crime complexo e em irradiação da proteção principal de um bem jurídico mais abrangente. Esse bem jurídico somente pode ser a “dignidade humana” incrivelmente olvidada pela doutrina em geral quando se trata da questão da definição do bem jurídico tutelado na incriminação da tortura. Fala-se comumente de integridade física e psíquica, liberdade individual, garantias constitucionais em geral, mas omite-se o principal, ou seja, a “dignidade humana” mortalmente atingida pela conduta da tortura infligida a uma pessoa.³⁶

Cabette analisa a questão no texto ora transcrito parcialmente, salientando o fato de que é possível lastrear essa afirmativa em relação à dignidade humana como principal bem jurídico protegido pela criminalização da tortura, nos próprios tratados e convenções internacionais que lidam com o tema.

Essa afirmação da “dignidade humana” como bem jurídico tutelado no crime de tortura encontra lastro nos diplomas internacionais de Direitos Humanos que regem a matéria. Em seu anexo 1 a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes de 1984 reconhece que a necessidade de proteção emana da “dignidade inerente à pessoa humana”. Outra não é a postura da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985 ao reafirmar que “todo ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes constituem uma ofensa à dignidade humana”.³⁷

³⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bem jurídico tutelado pelos crimes de tortura. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8683>. Acesso em: 02 jan. 2018.

³⁶ CABETTE, 2010.

³⁷ BORGES, 2004, p. 201, 223 apud CABETTE, 2010.

Assim, parece correto ou adequado deduzir que os mandados de incriminação da tortura, tanto em ambiente internacional como nacional, independentemente de ter em seus fundamentos teleológicos o maior grau de ameaça comunitária dos suplícios praticados por agentes do Estado, são produzidos a partir da constatação de que a odiosa prática viola a dignidade das pessoas.

Quando se aponta como bens jurídicos tutelados apenas a integridade física e psíquica, ainda que a estas se adicionando a liberdade não há justificativa para a criação de um crime especial de tortura, de uma legislação específica. Os danos produzidos aos bens jurídicos poderiam muito bem ser devidamente coibidos e punidos proporcionalmente pelos tipos penais já existentes em sua gradação. Por exemplo: as lesões se dividem em leves, graves, gravíssimas e seguidas de morte; os crimes contra a liberdade individual podem variar entre a ameaça, o constrangimento ilegal e o sequestro ou cárcere privado etc. Não obstante, os tratados internacionais e a Constituição Federal determinam um tratamento especial para o crime de tortura. O que justifica isso a não ser que para além desses bens jurídicos subsidiários a tortura tutela a dignidade da pessoa humana, princípio e fundamento basilar de nosso Estado Democrático de Direito Constitucional?³⁸

Portanto, sendo a questão principal na incriminação da tortura a tutela especialmente da dignidade humana, se as violências verificadas forem gravosas a ponto de violarem esse tão caro bem, não importaria perquirir se foram perpetradas por agente público ou por sujeito das lides particulares, não se justificando negar a tutela àqueles atos praticados no ambiente das relações privadas, tão só por isso.

Ademais, corroborando esse entendimento, o próprio autor do texto citado admite claramente a tortura praticada por autores particulares.

A relevância da dignidade humana encontra-se satisfeita por seu assento constitucional que não somente a erige em fundamento do Estado de Direito Brasileiro, mas a repudia e determina sua incriminação rigorosa. Para além da determinação de incriminação constitucionalmente prevista é de se ressaltar a necessidade de intervenção criminal no caso específico da tortura, pois que se trata de infração grave muitas vezes (embora não exclusivamente) perpetrada pelos próprios agentes estatais, de modo que não poderia comportar proteção somente em outros campos do Direito que não o penal com seus instrumentos mais drásticos de repressão. Nesse mesmo caminho se vislumbra o cumprimento da função limitadora do direito de punir do Estado e sua função teleológica ou interpretativa, possibilitando uma distinção entre a tortura e outros crimes anteriormente existentes. O legislador, em face da peculiaridade dos atos de tortura está legitimado a

³⁸ CABETTE, 2010.

criar um tipo penal especial para a defesa do bem jurídico “dignidade humana”, bem como a partir daí, confere-se ao intérprete um critério diferenciador entre um crime de tortura e uma simples lesão corporal, ainda que grave, ameaça ou constrangimento ilegal. Também a função individualizadora está operante quando se identifica a dignidade humana vilipendiada pelo torturador a justificar uma reação penal mais gravosa e rigorosa em cotejo com outras figuras criminais. Finalmente a função sistemática é cumprida pelo bem jurídico dignidade humana, fundamentando a tipificação da tortura em legislação esparsa e não como integrante de capítulos do Código Penal como os das lesões corporais ou dos crimes contra a liberdade individual.³⁹

Também Coimbra reforça o coro quanto à objetividade jurídica na proibição da tortura se constituir da dignidade.

Inicialmente ele se sustenta em documentos de Direito Internacional.

Quando as Nações se uniram, para proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos e cristalizar o direito de todo homem de não ser submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (art. V), desencadearam, aí, o prelúdio de um postulado, para que as normas posteriores que enfocassem a prática da tortura como crime consagrassem a dignidade humana como bem jurídico, protegido pelo direito penal internacional.

Aliás, verifica-se, pelo próprio preâmbulo do mencionado instrumento jurídico internacional, a preocupação dos Estados-partes em sobrelevar a dignidade da pessoa humana em todo o mundo.⁴⁰

No mesmo sentido, agora como norma cogente, manifestou-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tanto no texto preambular como no seu art. 7.º, que se refere, explicitamente, à tortura.

Quanto à Convenção de 1984, que abominou a tortura, tratando-a como crime internacional, observa-se que, no seu preâmbulo, ao motivar os preceitos contra a prática de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo, reconheceu, expressamente, que os direitos ali reconhecidos "emanam da dignidade inerente à pessoa humana".

Mais incisiva, a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura dispôs expressamente, no seu preâmbulo, que a tortura e os demais tratamentos já referidos "constituem uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta das Nações Unidas, e são violatórios dos direitos humanos e liberdades fundamentais [...]".⁴¹

Cita, após, Kant como um das bases para suas conclusões nesse sentido, visto que entende que ele deixou transparecer que a dignidade expressa o reconhecimento da liberdade e da autonomia do ser humano.

³⁹ CABETTE, 2010.

⁴⁰ COIMBRA, 2002, p. 5.

⁴¹ COIMBRA, 2002, p. 5-6.

Registre-se, por oportuno, que Kant analisou a dignidade com grande cientificidade, enfocando-a sob dois aspectos: consistente o primeiro, em considerar o homem como um fim em si mesmo e que, portanto, não pode ser utilizado como simples meio instrumental, como uma coisa; quanto ao segundo, deixou transparecer que a dignidade expressa o reconhecimento da liberdade e autonomia do ser humano. Dessa feita, no contexto plasmado por Kant, pode-se afirmar que a dignidade impõe que o homem seja tratado, na totalidade de suas relações sociais, como sujeito, e não como objeto, o que implica no reconhecimento da sua capacidade de autodeterminar-se e no direito do livre desenvolvimento da personalidade, fomentando-se que o indivíduo exercite suas próprias opções "sem perder a auto-estima nem o apreço da comunidade".⁴²

Ao fim, atribui também méritos a Beccaria nesta questão, pois lhe reconhece a primazia na análise da dignidade.

Saliente-se, porém, que, apesar do inegável enfoque científico dado por Kant à dignidade humana, a primazia de sua análise deve ser tributada a Beccaria, ao pontificar que "não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa".⁴³

De qualquer modo, como já salientado, há discordâncias doutrinárias sobre essa questão.

Carvalho e Carvalho sugerem que a dignidade não seja considerada genericamente como o objeto jurídico do crime de tortura, já que ela sintetiza tudo aquilo que há no homem que inspira todos os direitos fundamentais e que seria possível identificar, mais especificamente, outro bem mais adequado a espelhar àquilo que se pretende proteger: a integridade moral.

A identificação da tortura com um tratamento desumano ou degradante leva um importante setor da doutrina a interpretar que o bem jurídico protegido através da criminalização da mesma seria a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF). Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma "síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais". Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal. Daí porque se diz, com

⁴² COIMBRA, 2002, p. 6.

⁴³ COIMBRA, 2002, p. 6.

razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art. 5.º, III, da CF) não só dos presos, como de todos os indivíduos.⁴⁴

Se bem que, apesar disso, as autoras admitem a relação entre a dignidade e a integridade moral (praticamente igualando-as), bem que consideram mais específico para constituir o objeto jurídico protegido pela criminalização da tortura.⁴⁵

Assim, a distinção ora exposta, a favor da integridade moral como objeto jurídico no crime de tortura, apesar de possível, nos termos em que foi proposta, em face da quase equiparação dos bens em cotejo, não chega a afetar o que se disse em relação ao alcance da tutela às relações privadas.

Todavia, em matéria de distinções de delitos, em razão de sua objetividade jurídica, há de se atentar para a realidade de que outra divisão não tão protetiva é possível em ambientes internos e já contou, inclusive, com a chancela de cortes internacionais, mas aí para permitir atos de tortura sob outra veste.

É a que separa tortura de outros atos cruéis, desumanos e degradantes.

De uma lado ficaria a tortura, totalmente cercada de proteções contra ela e, de outro, os maus tratos, que seriam os demais atos cruéis, desumanos e degradantes, que poderiam não configurar tortura deixando de contar com os mesmos escudos.

⁴⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. Alguns aspectos da dimensão constitucional da dignidade da Pessoa humana. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26., Florianópolis, 2017. **Direitos e Garantias Fundamentais III**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/yj48z8w0/1Ox3S5J0x848z376.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

⁴⁵ Ante o exposto, a relação entre os conceitos de dignidade humana e integridade moral resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Desta afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que lhe não de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua conduta social. A proteção da integridade moral pela Constituição Federal é, portanto, um reflexo ou manifestação primária da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III).³⁴ Dado o caráter geral da dignidade humana, portanto, será a integridade moral, como seu corolário, que figurará como bem jurídico protegido pela criminalização da tortura, já que através de sua tutela o direito penal protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos. Tanto é assim que o Código Penal espanhol prevê, em seu Título VII, a seguinte rubrica: “Da tortura e outros delitos contra a integridade moral”, em texto promulgado em 1995, que prevê não só a tortura, como também o assédio moral laboral e intrafamiliar sob o mesmo e original título, logo antes dos crimes contra a liberdade individual. CARVALHO; CARVALHO, 2017.

Em outras palavras, a distinção entre ato de tortura e outros maus tratos serviria, ao contrário, para permitir a prática de tormentos sob outra classificação, o que impediria a incidência das reprovações e sanções próprias ao crime de tortura.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, é verdade, foi desenhando uma linha evolutiva no trato dessa questão, iniciando por permitir a dita distinção até equiparar as situações dando maior proteção contra os suplícios em qualquer caso.⁴⁶

A Comissão Europeia de Direitos Humanos, em 1978, em face do *Greek Case*, foi o primeiro organismo internacional a se deparar com a necessidade de enfrentar a distinção conceitual entre tortura e outros atos cruéis e desumanos e degradantes,⁴⁷ e houve por permitir a distinção de conceitos.

Ao analisar este caso, a Comissão Europeia de Direitos Humanos entendeu que a tortura é uma espécie agravada de tratamento desumano, infligido a alguém com intuito específico (obter confissão, informação etc). Já o tratamento desumano seria aquele que causa intenso sofrimento e dor em uma situação injustificável. Por fim, a comissão entendeu que o tratamento degradante seria aquele que humilha a pessoa perante os demais ou que a leva a agir contra a sua vontade ou consciência.⁴⁸

No caso Irlanda vs. Reino Unido, também no ano de 1978, a Irlanda queixou-se perante a Corte de Estrasburgo tendo em vista o tratamento dispensado aos seus nacionais que estavam sob custódia do Reino Unido. Havia a prática da chamada “tortura invisível” com a utilização das denominadas “cinco técnicas de interrogatório”, que se constituíam na privação de sono, de alimentos, obrigação de ficar em pé por longos períodos, submissão a barulhos excessivos e uso de capuz.⁴⁹

Neste caso, mais uma vez a Corte Europeia de Direitos Humanos fez distinção entre os conceitos de tortura e outros maus tratos cruéis, desumanos e degradantes.⁵⁰

Neste precedente, a Irlanda reclamou perante a Corte de Estrasburgo em relação ao tratamento dado aos nacionais irlandeses que estavam sob custódia do Reino Unido. Vários desses prisioneiros foram submetidos pelo Reino Unido às chamadas cinco técnicas de interrogatório, que incluíam a privação de sono por tempo indeterminado, a privação de alimentos por tempo indeterminado, a obrigação de ficar em pé por tempo indeterminado, a exposição a barulhos e ruídos excessivos, e a necessidade de se usar um capuz cobrindo toda a cabeça. Configurou-se o que a doutrina costuma chamar de

⁴⁶ PAIVA; HEEMANN, 2017.

⁴⁷ PAIVA; HEEMANN, 2017.

⁴⁸ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 819.

⁴⁹ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 820.

⁵⁰ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 820.

tortura invisível. Ocorre que, embora os prisioneiros irlandeses estivessem sendo submetidos à tortura invisível, a Corte Europeia de Direitos Humanos cristalizou entendimento de que tais atos não caracterizavam tortura, mas “apenas” maus-tratos e tratamento desumano e degradante, eis que não denotavam intenso sofrimento ou crueldade (elementos entendidos à época como necessários para a caracterização da prática de tortura). Assim, neste precedente, a Corte Europeia de Direitos Humanos separou o conceito de tortura do conceito de maus-tratos.⁵¹

Entretanto, ao julgar o caso *Selmouni vs. França*,⁵² a Corte Europeia parece ter retrocedido nesse entendimento, afirmando a equivalência de conceitos, tanto para a prática de tortura como para a de outros maus tratos cruéis, desumanos e degradantes.

Neste precedente, a Corte Europeia de Direitos Humanos cristalizou o entendimento de que submeter determinado prisioneiro à prática do “corredor polonês”, ser alvo de urina por agentes estatais, ser alvo de assédio verbal em razão de sua origem, obrigá-lo a simular sexo oral com policial ou ainda ameaçar determinado prisioneiro com seringa constituem atos de tortura, não havendo que se falar em mero tratamento degradante, superando-se, assim, o entendimento proferido pela Corte de Estrasburgo no caso irlandês. Este é o atual entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos.⁵³

⁵¹ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 820.

⁵² A França foi condenada ontem pela Corte Européia de Direitos Humanos por tortura cometida pela polícia francesa contra Ahmed Selmouni, 57, de origem marroquina e holandesa. Selmouni atualmente cumpre uma pena de 13 anos em uma prisão francesa por tráfico de drogas. Pelo veredicto da corte, que tem sede em Estrasburgo (leste da França), Selmouni, que perdeu o olho esquerdo nas agressões e foi vítima de abuso sexual cometido por policiais na cadeia, terá de receber uma indenização no valor de US\$ 99,3 mil por danos físicos e psíquicos e por gastos judiciais. É o primeiro caso de condenação por tortura policial de um país da União Européia (UE). A Turquia -que não é membro da UE, mas é um dos 40 integrantes do Conselho da Europa, do qual a Corte Européia de Direitos Humanos faz parte- já foi condenada por abusos cometidos pela polícia turca. No caso turco, a polícia tem sido acusada de agressão contra jornalistas e opositores e de maus-tratos em relação a presos que permanecem sob a sua custódia. A Corte Européia foi criada logo depois da Segunda Guerra (1939-45) para julgar crimes contra os direitos humanos no continente. No caso de Selmouni, a França também foi considerada culpada por ter demorado sete anos e meio para investigar e julgar os policiais responsáveis pela violência cometida contra o prisioneiro. O marroquino se dirigiu às autoridades francesas em Versalhes (oeste de Paris) em 1993 para reclamar de abusos violentos cometidos contra ele em 1992, um ano após ter sido preso num bar em Paris por traficar heroína.

Sob custódia

Entre as acusações feitas por Selmouni à Justiça estão, além do abuso sexual e da perda de um olho, a de ter tido os dedos esmagados e a de ter sido amarrado numa escada por alguns dias. Os ataques dos policiais, com chutes e bofetadas, teriam sido iniciados antes mesmo de Selmouni ter ido a julgamento, quando ainda estava sob custódia da polícia em Bobigny. O processo contra os policiais foi aberto pela Justiça francesa em 93, mas as investigações só começaram depois de três anos. A condenação dos responsáveis só veio em março de 99.

Os policiais acusados pela tortura de Selmouni estão hoje cumprindo penas que variam de dois a quatro anos em prisões francesas. Segundo a Corte Européia, o caso de Selmouni foi considerado "de natureza muito séria e cruel, devendo ser classificado e tratado como um caso de tortura" COLOMBO, Sylvia. Corte Européia condena França por torturar preso: traficante de origem marroquina perdeu olho e sofreu abuso sexual. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 29 jul. 1999. Violência. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft29079907.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

⁵³ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 821.

Sarlet e Weingartner Neto citam também o caso *Selmouni vs. França* como um marco sobre a questão.

Da jurisprudência internacional, destacamos um dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, do dia 28.07.1999 (caso *Selmouni* contra a França), onde – em que pese ter a Corte se declarado incompetente para o efeito de estabelecer uma indenização pelos danos causados – foi reconhecido que o uso da força por ocasião de um interrogatório, especialmente (mas não exclusivamente) quando caracterizado a tortura, é manifestamente incompatível com a vedação estabelecida pelo art. 3.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proíbe a tortura e qualquer tratamento desumano ou degradante, assim como se trata de ato incompatível com a dignidade da pessoa humana.⁵⁴

Steiner adverte, ainda, para o fato de que não se justificam as distinções entre os crimes de tortura e de outros tratamentos cruéis, degradantes e desumanos sem que haja clara diferença de elementos materiais que os compõem, justamente pelo risco de tornar inócua a proteção contra a tortura, que poderia ser tida por outro delito, em tese menos grave e menos protegido.

Em relação ao crime de outras formas de tratamento desumano, cruel ou degradante, ou de maus tratos, ou de ultrajes à dignidade pessoal, as condutas em geral não contêm elementos materiais distintos do crime de tortura como crime contra a humanidade. No entanto, as diversas figuras típicas podem coexistir se o crime de tortura contiver algum elemento material distinto dos elementos previstos para aquelas formas de conduta. Entretanto, se a distinção entre a conduta de tortura e a de tratamento cruel – para ficarmos no mesmo exemplo – não é clara, uma das duas condutas típicas pode tornar-se penalmente supérflua. Se chegarmos a um ponto onde não se aponte nenhuma distinção, nenhum elemento material que distinga as duas condutas, os juízes estarão diante da impossibilidade de determinar qual o crime cometido. Reconhecer a prática de duas condutas típicas levaria à cumulação indevida.⁵⁵

Ela considera possível e até mesmo devida a separação dos delitos, mas exige, para tanto, a clara detecção de elementos materiais distintos, o que não ocorreria nas decisões anteriores ao caso *Selmouni* contra França. Ou seja, havia distinção de delitos, mas não de elementos materiais, havendo identidade de bens atingidos, o que violaria a proteção contra a tortura.

Assim, fica claro que as distinções de conceitos devem servir apenas para viabilizar maior proteção contra a tortura, mas nunca para o fim de possibilitar a prática de

⁵⁴ SARLET; WEINGARTNER NETO, 2015.

⁵⁵ STEINER, 2012.

suplícios sob o manto de outra categoria de crime menos gravoso, pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

As decisões ora referidas bem ilustraram essa questão.

Portanto, se por um lado a ampliação do conceito de tortura é criticável em face das considerações que já se fizeram, de outro, não há negar, está relacionada com a evolução das relações sociais, de seus conflitos e dos direitos humanos e fundamentais ligados à dignidade da pessoa, uma vez que os tormentos físicos e mentais que representam a tortura, independentemente de quem os pratique, atentam contra valores dos mais caros da humanidade.

2.2.2 Eficácia horizontal e tortura entre particulares

Admitindo-se, portanto, a ideia de ampliação no âmbito de proteção contra a tortura, em que se aceita a definição de crime comum para a tortura, dispensando-se a presença de agente estatal para a configuração do fato, faz-se necessário uma breve digressão para melhor se compreender esse fenômeno.

Aqui é preciso destacar que, em dado momento histórico, passou-se a perceber que as violações aos direitos fundamentais, não especificamente em relação à tortura, mas também em relação a ela, não mais se constituíam numa exclusividade estatal.

Assim, num cenário em que o Estado passa a perder parcela do monopólio das violações aos direitos individuais, natural que em relação aos atos de tortura também, paulatinamente, pudesse se verificar esse movimento.

E isso foi produzindo uma dilatação no conceito do ato de tortura para deixar-se, pouco a pouco de se exigir, em todos os casos, a presença do agente estatal na autoria da perpetração dos tormentos.

Não se pode esquecer que a ampliação da definição da palavra em questão, para incluir outros tipos de brutalidades ou coerções praticadas por particulares, vincula-se a um fenômeno que ocorreu após o século XVII, quando a conceituação legal de tortura foi paulatinamente sendo substituída, em um primeiro momento, por uma definição de ordem moral e, especialmente, após o século XIX, acabou alcançando uma proporção moral-sentimental “que designa o ato de causar sofrimento de qualquer tipo em qualquer pessoa, para qualquer propósito – ou mesmo sem propósito” previamente determinado.⁵⁶

⁵⁶ GONÇALVES, 2014, p. 23.

A observação, com o passar dos tempos, propiciou notar que a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais contra o Estado, apenas, numa perspectiva tradicional e verticalizada, não mais protegia o indivíduo contra as violações, de um modo geral, que passaram a advir também das relações privadas de modo significativo.

O estudo da eficácia horizontal tomou relevo entre os juristas e estudiosos do direito em tempos relativamente próximos, tendo em conta a decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 1958, no caso Lüth. Há de se referir, sobre o ponto, que tal fenômeno de interesse deu-se também em face da tendência de constitucionalização do Direito, ou pós positivismo⁵⁷, algo que se revelou apenas no século XX.

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.⁵⁸

A par de que a doutrina tradicional sempre entendeu os direitos fundamentais como normas destinadas a proteger o cidadão contra eventuais violações causadas pelo Poder Estatal, foi sendo possível perceber, como já dito, a necessidade de extensão da proteção jurídica diante do surgimento de violações não de exclusividade do Estado.

[...] a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presente em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.⁵⁹

A prática privada desses abusos e violações de direitos fundamentais, até mesmo como decorrência das modificações sociais verificadas principalmente a partir do século passado, foi preparando um terreno fértil para o desenvolvimento de teorias que reconhecem força normativa de direitos fundamentais nas relações privadas, em razão das violações praticadas por entes particulares.

⁵⁷ No sentido de um positivismo inclusivo, dotado de conteúdo axiológico, permeado por valores ditados pela moral.

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo. Malheiros, 2005, p. 52.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010, p. 185.

Diversas situações surgiram onde se pode perceber essas violações, em geral, decorrentes de uma disparidade entre particulares em razão de uma privilegiada situação econômica ou social de um sujeito em relação a outro, o que vinha a submeter a vontade de um dos integrantes da relação privada.

Assim, observado o surgimento do referido fenômeno, em que a opressão e as violações de direitos fundamentais advinham não apenas do Estado, mas de outros particulares, foi possível observar o crescimento da força normativa dos direitos fundamentais também numa perspectiva horizontal, ou seja, oponível a outros particulares, o que propiciou o desenvolvimento de teorias sobre a eficácia horizontal, aplicada nas relações de direito privado, onde os interesses antagônicos são entre particulares.

Portanto, enquanto a eficácia tradicional (vertical) é a oposição dos direitos fundamentais nas relações entre particular e Estado, pode-se dizer que a eficácia horizontal é a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

A designação “horizontal” pode ser justificada considerando que as relações privadas, ao menos em termos jurídicos, devem ser de coordenação, o que remete à ideia de irradiação em um mesmo plano.

No dizer de Alexy,⁶⁰ trata-se de análise dentro de um sistema de “posições” e “relações” jurídicas.

Segundo Alexy, atualmente é amplamente aceita a ideia de que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos de modo horizontal, ou seja, nas relações cidadão/cidadão.⁶¹

Portanto, a extensão do conceito de tortura para abranger aqueles tormentos perpetrados também por particulares estariam dentro de uma perspectiva evolutiva dos direitos fundamentais e humanos.

É nessa extensão ampliativa que o Brasil (ao menos em termos normativos), como já mencionado, está situado na proteção jurídica contra a tortura.

O artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e, no inciso XLIII, que a prática da tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

De se notar que nem a Constituição Federal pátria, nem a legislação ordinária, sobre o tema, fizeram menção à necessidade de figurar no conceito de tortura o “agente

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 523.

⁶¹ ALEXY, 2015. p. 523.

público”, formando, assim, um sistema de incidência mais amplo de proteção contra a tortura do que aqueles sistemas preceituados em ambiente internacional.

Sobre agente estatal, pela legislação brasileira, previsão há de aumento de pena quando o crime for cometido por agente público, conforme definido no parágrafo 4º do inciso I do artigo 1º da Lei 9.455/97.

Assim, a sistemática nacional, como já dito, embora possa desbordar daquilo que configura o centro de preocupação da comunidade internacional sobre a questão, está adequada aos preceitos da convenção referida, visto que, em tese, mais ampla e protetiva.

Sendo assim, é possível se valer, agora, de uma conceituação ampla, proposta por Amorim Junior,⁶² que parece refletir a ideia trabalhada:

A tortura consiste na imposição intencional de sofrimento físico, mental ou moral desnecessário ao ser humano, por intermédio de ato ilícito ou meio físico, químico, fisioquímico ou psicológico, para qualquer finalidade, inclusive: obter informação, declaração, confissão ou testemunho; aplicar pena, castigo pessoal ou medida preventiva; intimidar ou coagir; expressar motivo discriminatório.⁶³

Como se pode perceber, a conceituação de tortura, como inicialmente referido, não é tarefa das mais tranquilas, visto os diversos aspectos que circundam o tema.

De qualquer sorte, crime próprio ou comum, sendo o objeto jurídico a dignidade ou outro bem, o fato é que a evolução do conceito de tortura precisa acompanhar as evoluções sociais e jurídicas de modo a não se perder o verdadeiro sentido do termo e nem mesmo, por conseguinte, a necessária proteção contra esse ato.

Agora uma observação importante sobre esse debate.

Cabe aqui ressaltar que essas questões aqui tratadas são oportunas na medida em que identificam o importante debate sobre o ponto, que merece séria reflexão.

No entanto, para o desenvolvimento deste trabalho, especialmente no ponto em que se tratar da questão da ilegitimidade e relegitimação da tortura, o conceito que se vai utilizar, de regra, é o que contempla a tortura praticada pelo Estado, pelos seus agentes, em face de sua maior aceitação em âmbito internacional, onde se revela com mais clareza o problema.

⁶² AMORIM JÚNIOR, Gilberto costa de. **A tutela da liberdade contra a tortura pelo direito criminal brasileiro com o advento da Lei 9.455/97**. 2001. 179 f. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2001, p. 24-25.

⁶³ AMORIM JÚNIOR, Gilberto costa de; SILVA FILHO, Edmundo Reis; KRAYCHETE, Maria Auxiliadora Campos Lobo. **Manual de combate ao crime de tortura**. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia, 2005, p. 22-23.

2.3 Origens e evolução do tratamento jurídico

A busca pelas origens da tortura com a demarcação exata de seu início também não é algo que se possa ter como objetivo absoluto. Isso porque possivelmente não seja factível demarcar com exatidão o momento em que teve origem a tortura.

Os atos de submissão de um homem por outro deve ser tão antigo quanto a existência da própria espécie.

De acordo com a lição de Verri a origem da tortura remonta aos primeiros agrupamentos humanos, tendo em conta o desejo do homem de dominação do semelhante:

A origem de uma invenção tão feroz ultrapassa os limites da erudição e é provável que a tortura seja tão antiga quão antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem, quão antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pela virtude, e quão antigo é o instinto, no homem armado de força prepotente, de estender suas ações segundo a medida antes do poderio do que a razão.⁶⁴

Assim, o que se pode pretender fixar são os registros primordiais encontrados sobre o tema.

Já se mencionou aqui as relações totêmicas como precursoras de castigos.

Essa informação é convergente com as conclusões de alguns estudos, como já referido anteriormente, que apontam que já nos primeiros agrupamentos sociais se podia ver a utilização de tormentos contra indivíduos do próprio grupo.

Surge então, mediante necessidade de preservação e de crescimento natural do bando, a obrigatoriedade de punir os malfeitores, os membros que, imaginariamente, eram responsáveis pelos castigos lançados contra o povoado. Estudos antropológicos descrevem que esta reprimenda foi o primeiro registro de tortura na humanidade tendo como método a lapidação, um ritual em que o bando atirava pedras contra o malfeitor [...]⁶⁵

No entanto, em se tratando de registros textuais ou formais sobre a tortura, a história ocidental dos suplícios pode se iniciar a partir dos gregos porque não se pode afirmar que eles tenham sofrido influência de civilizações anteriores neste quesito e, ao contrário, há

⁶⁴ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução: Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 99-100.

⁶⁵ CARVALHO, Gisele Mendes de. OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. Crime de Tortura: rompimento com o Direito da Personalidade. Revista do Programa de pós-graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 24, jul./set. 2013, p. 85.

elementos a indicar a influência grega nos romanos que, por seu turno, influenciaram futuros estatutos de outros povos da Europa medieval e moderna.⁶⁶

Não está claro, por exemplo, até que ponto é que os Gregos devem aos Egípcios e aos Persas os seus métodos de tortura; portanto, é possível e plausível começar com o que sabemos a respeito dos Gregos - porque parte do suas leis parecem, realmente, ter influenciado as de Roma, e as de Roma, por sua vez, parecem ter influenciado as da Europa medieval e moderna.⁶⁷

Assim, como se sabe, a sociedade urbana grega era perceptivelmente estratificada com base em conceitos de *status* e de honra. Os cidadãos detinham honra e o poder de coerção sobre eles era limitado. Além disso, podiam recorrer de decisões dos magistrados às cortes populares. A palavra do cidadão era respeitada e dotada de confiabilidade de modo que poderia servir de evidência.⁶⁸

Aqueles que não detinham o *status* de cidadão (escravos, forasteiros e outros), ao contrário, não possuíam estas prerrogativas e também não contavam com a proteção processual legal de modo que para equiparar seus depoimentos aos dos cidadãos deveriam ser submetidos à coerção física.⁶⁹

A honra do cidadão conferia grande importância ao empenho de sua palavra. Pode dizer-se que a doutrina da evidência em si foi definida a partir da importância do depoimento de um cidadão. Dessa forma, nenhum cidadão que não possuísse o *status* de cidadania podia fornecer "evidências" no sentido entendido pelos Gregos. A grande diferenciação que havia entre o cidadão livre, possuidor de proteção processual legal, e as outras classes de pessoas, muito menos privilegiadas levou os Gregos a concluir que aqueles que não possuíam privilégios legais deveriam ser enquadrados por coerção num *status* especial, no qual o seu depoimento se tornasse aceitável. O depoimento destas pessoas igualava-se ao dos cidadãos por meio da coerção física. [...]. Originalmente, então, a importância da honra de um cidadão criava uma classificação que distinguia um tipo "natural" de evidência que podia ser facilmente obtida por meio da palavra de um cidadão e um tipo de evidência coagida, que precisava ser arrancada à força de todos os outros indivíduos.⁷⁰

⁶⁶ PETERS, Edward. **Tortura:** uma visão sistêmica do fenômeno da tortura em diferentes sociedades e momentos da história. Tradução: Lila Spinelli. São Paulo: Ática. 1989. (Série Temas, v. 11).

⁶⁷ PETERS, 1989, p. 13.

⁶⁸ PETERS, 1989.

⁶⁹ PETERS, 1989.

⁷⁰ PETERS, 1989, p. 21.

Desse modo, na Grécia, é possível depreender que o uso da tortura, como regra, não era admitido contra cidadão, mas era possível contra quem não detivesse esse mesmo *status*, especialmente escravos e estrangeiros.

De outro lado, há de se ressaltar que não há, nesse quesito, legado grego, em termos de documentos oficiais sobre procedimentos civis ou penais, sendo as principais fontes sobre a tortura praticada contra os escravos e forasteiros os oradores legais da época e os dramaturgos cômicos, sendo que os primeiros por seus discursos em defesa de seus clientes e os segundos por suas peças que buscavam retratar a vida cotidiana.⁷¹

Em razão da qualidade destas fontes, a questão da tortura nos escravos não passou livre de alguma polêmica acadêmica. No entanto, apesar da relativa divergência sobre a questão das evidências extraídas por tortura dos escravos e também da sua frequência, o direito de um cidadão de requerer a tortura de escravos em processo penal ou civil parece ter sido aceita de uma maneira geral.⁷²

A legislação romana, mais adiante, traz algumas regulamentações sobre a tortura sem, contudo, proibi-la.

As fontes legais principais sobre o uso da tortura em Roma são encontradas no Código de Justiniano, que é formado de constituições imperiais, e no Digesto, que se constitui de opiniões de juristas.⁷³

De acordo com as mais antigas leis romanas somente escravos poderiam ser torturados e apenas quando tivessem cometido um delito. No entanto, mais tarde, puderam ser torturados como testemunhas e também em face de casos pecuniários.⁷⁴

Homens livres, inicialmente, não podiam sofrer tortura, mas durante o Império passaram a estar sujeitos a ela. De início, a sujeição do homem livre à tortura dependia de envolvimento em casos de traição, mas gradualmente foi-se ampliando o espectro de casos passíveis de tortura por determinação imperial.⁷⁵

Após o século II d.C. passou a haver uma divisão social em Roma entre os homens livres que se classificavam em *honestiores* ou em *humiliores*.⁷⁶ O fundamento disso parece estar ligado à noção de honra e dignidade (no sentido de posição social destacada), formando uma casta social privilegiada e outra passível de tratamento antes só dispensado aos escravos.

⁷¹ PETERS, 1989.

⁷² PETERS, 1989.

⁷³ PETERS, 1989.

⁷⁴ PETERS, 1989.

⁷⁵ PETERS, 1989.

⁷⁶ PETERS, 1989.

Assim, os *humiliores* poderiam ser submetidos à tortura, assim como os escravos e, paulatinamente, essa possibilidade avançou até mesmo no âmbito dos *honestiores*, mas aí apenas em alguns casos relacionados a crimes de traição e de alguns outros delitos específicos, inicialmente como réus, mas posteriormente também como testemunhas.⁷⁷

É possível constatar, na época do imperador Trajano, que a tortura foi vetada para crimes mais leves e contra mulheres grávidas e crianças, só podendo ser aplicada fora desses casos quanto aos delitos graves estritamente comprovados.⁷⁸

Nesse compasso, apesar do uso de suplícios, a dúvida quanto à eficácia da tortura como meio de obtenção da verdade dava alguns sinais e, nas legislações futuras, passou a imperar, visto o Código de Teodosiano e o de Justiniano que, mesmo sem vedá-la, questionam a eficácia da tortura:

A tortura é meio muito incerto e perigoso para buscar a verdade, pois muitos com a robustez e paciência superam o tormento e não falam de maneira nenhuma, outros não suportando, preferem mentir mil vezes a resistir à dor. (Lei 2, § 23, ff)⁷⁹

Há de se referir, no entanto, apesar disso, que o “Digesto” admite a prática da tortura na elucidação de delitos, mas reserva a prática para as hipóteses em que haja indícios veementes de autoria e somente quando esgotados todos os demais métodos para esse fim.

Importa que se se atente para a advertência de Ulpiano no sentido de que as declarações obtidas mediante os tormentos nem sempre são confiáveis, são pouco seguras e perigosas, pois há homens que suportam o castigo desprezando a dor, dos quais não é possível obter a confissão, assim como há outros que preferem mentir a suportar a dor, confessando crimes que não praticaram.⁸⁰

Cabe, aqui, sem dúvidas, destaque para as palavras de Verri sobre a temática:

Se a busca da verdade em meio aos suplícios é, em si mesma, feroz, se naturalmente ensombrece a simples imaginação de um homem sensível, se todo o coração não pervertido tenderia espontaneamente a proscrevê-la e abominá-la, um cidadão esclarecido, porém, reprime e sufoca esse calafrio isolado e, contrapondo aos males padecidos por um réu suspeito o bem resultante da descoberta da verdade dos crimes, considera o mal de um indivíduo largamente compensado pela tranquilidade de mil outros. Tal deve ser o sentimento de todo aquele que, ao distribuir o senso de humanidade, não proceda à injusta partilha de consagrá-la inteiramente à piedade para

⁷⁷ PETERS, 1989.

⁷⁸ STASINSKI, 2007.

⁷⁹ STASINSKI, 2007, p. 44.

⁸⁰ STASINSKI, 2007.

com os cidadãos suspeitos, sem reservar nada para a maioria dos cidadãos inocentes. Esta é a segunda razão em favor da tortura, invocada por quem atualmente defende o costume como benéfico, oportuno e até mesmo necessário para a salvação do Estado. Mas os defensores da tortura por este raciocínio pecam por uma falsa suposição. Supõem que os tormentos constituem um meio de saber a verdade, e somente então o raciocínio seria fundado; [...] não raro réus robustos e determinados sofrem os tormentos sem nunca abrir a boca, decididos antes a morrer de dor do que reconhecer a culpa. Nesses casos, que não são raros nem inventados, o tormento é inútil para a descoberta da verdade. [...] Os autores trazem inúmeros exemplos de outros infelizes que, devido à dor, se acusaram de um crime de que eram inocentes.⁸¹

Um pequeno parêntese, por oportuno, para referir aqui uma aparente divergência doutrinária que poderia dar azo a uma polêmica sobre o regramento da tortura na antiguidade. É que para Verri inexistia previsão nestes códigos citados de uso de tortura.⁸²

Ao que parece Verri considera não haver em tais codificações previsão de que a tortura fosse modo efetivo de descobrimento da verdade e, de fato, chega a negar previsões e autorizações sobre sua aplicação.

Estabeleci que iria provar em segundo lugar que as leis e a própria prática dos criminalistas não consideram a tortura como meio para distinguir a verdade. É fácil vê-lo observando que não se encontra nenhum método ou regulamento no Código de Teodosiano, e tampouco no Código de Justiniano, que prescreva a aplicação de torturas a réus suspeitos. Nesses imensos conjuntos de leis e prescrições, onde se esmiúçam as menores diferenças entre os processos tanto civis quanto penais, não se prescreve nada em relação à tortura. Portanto, se a lei tivesse considerado esses tormentos como meio para descobrir a verdade, os dois códigos não se teriam omitido sobre o modo, os casos, as ressalvas com que se deveria proceder. Assim, a partir do próprio silêncio do corpo das leis, concluo que a lei não considera a tortura como um meio para desvendar a verdade.⁸³

Em verdade, ao negar as previsões sobre tortura e até aplicação dela nas civilizações antigas, Verri estava a se referir aos cidadãos, estando aí excluídos os escravos e todos aqueles que mantinham esse mesmo *status*.

Entre os gregos, assim como entre os romanos, desconhecia-se o uso da tortura contra os homens. Não falo dos escravos, que, no sistema deles não eram considerados pessoas, mas apenas coisas, de modo que eram vendidos, mortos, mutilados com o mesmo poder e liberdade com que se age no caso de um jumento, sem que as leis limitassem o poder sobre eles. A tortura era

⁸¹ VERRI, 2000, p. 85-87.

⁸² STASINSKI, 2007.

⁸³ VERRI, 2000, p. 90.

empregada contra os servos, ou seja, os escravos, mas não contra os cidadãos e os homens.⁸⁴

Coimbra referenda essa tese, reafirmando a inexistência de previsão de tortura contra cidadãos tanto na Grécia como em Roma, excluídos os escravos, contra os quais eram praticados indiscriminadamente os tormentos.

Ele explica que na época da fundação de Roma, em que ainda se misturavam o direito e a religião, os reis exerciam função de sacerdotes e detinham amplo poder sobre a vida e a morte.

No entanto, com o advento da República (509 a.C.), o Direito Romano separou a religião do direito e não mais se viu a possibilidade de tortura contra cidadão, exceto contra os escravos.⁸⁵

Como se vê, o assunto não passa totalmente a salvo de alguma divergência doutrinária, mas quanto aos escravos não há qualquer objeção sobre o regramento e o uso de tortura neste período.

Nas sociedades germânicas a tortura, nos moldes dos gregos e dos romanos, era permitida para escravos e forasteiros e o guerreiro germânico ficava a salvo dela.⁸⁶

Mas nessas sociedades a tortura podia ser praticada somente contra escravos acusados de crimes e mesmo assim eles continuavam a ser propriedade valiosa, o que, em face do grande respeito germânico pela propriedade, moderava a prática legal romana.⁸⁷

A convivência simultânea das práticas legais romanas e germânicas em diversos lugares talvez seja a causa principal da adoção da tortura de escravos pelos germânicos, que teriam se considerado *honestiores* e, salvo exceções, preservaram os homens livres da tortura durante a maior parte do tempo de sua história legal antiga.⁸⁸

No entanto, após o século VI a sociedade germânica passou a apresentar outras divisões além de escravos e guerreiros germânicos. O Código visigótico refere a existência de "homens livres da classe baixa."⁸⁹

Apenas no direito visigótico é que se encontra regulamentação da tortura tanto para escravos como para homens livres, o que indica que a tortura foi utilizada com

⁸⁴ VERRI, 2000, p. 103.

⁸⁵ COIMBRA, 2002.

⁸⁶ PETERS, 1989.

⁸⁷ PETERS, 1989.

⁸⁸ PETERS, 1989.

⁸⁹ PETERS, 1989.

regularidade entre os visigodos. O Código visigótico foi moldado com base no direito imperial romano, mas abrandado quanto às punições e tormentos mais severos.⁹⁰

Apesar dessas previsões legais sobre a tortura, possível inclusive em homens livres, a existência de um processo acusatório e a fraca consistência de regras sobre a evidência, na prática, dificultaram a sobrevivência da tortura, ao menos até a incorporação geral do direito romano às culturas legais do norte da Europa já durante o século XII.⁹¹

A partir do século XII o direito romano refloresceu na Europa e, junto com a formação de um direito canônico universal, opôs-se ao arcaico e "irracional" direito anterior até ali praticado.⁹²

Essa modificação no direito deveu-se a inúmeras razões, muitas delas ligadas a modificações sociais estruturantes, mas também em face de que a concentração de poder fez o estudo de fórmulas jurídicas cair nas mãos de especialistas que foram impondo métodos mais racionais do uso do direito.⁹³

Ainda que pareça paradoxal, justamente esse uso mais racional do Direito pode ter fomentado a reutilização da tortura.

É que, com a mudança ocorrida, em que a influência divina foi sendo substituída por juízos racionais, a confissão passou a ganhar relevo como prova, de tal modo que explica, de certa forma, o reaparecimento da tortura.

A confissão ascendeu ao topo da hierarquia das provas e aí se conservou até muito depois do processo inquisitório canônico romano e o processo de julgamento com jurados se terem implantado firmemente. Tanto para os jurados como para os leigos, a confissão era a *regina probationum*: a rainha das provas. Apesar de todas as ambiguidades que acompanhavam a obtenção e análise das provas, o depoimento das testemunhas e a imprevisibilidade de juízes e júris, a confissão proporcionava um recurso que, em certos casos, principalmente nos mais graves, chegava a ser exigido. É da importância da confissão que vai depender, se não o ressurgimento, certamente a propagação e a integração da tortura nos sistemas jurídicos do século XIII.⁹⁴

Diante da nova sistemática jurídica que vinha surgindo “os magistrados precisavam das confissões e, como descobriram no decorrer do século XIII, a tortura, em geral, as tornava possíveis.”⁹⁵

⁹⁰ PETERS, 1989.

⁹¹ PETERS, 1989.

⁹² PETERS, 1989.

⁹³ PETERS, 1989.

⁹⁴ PETERS, 1989, p. 56.

⁹⁵ PETERS, 1989, p. 62-63.

Assim, a tortura, a partir do século XIII, estava reincorporada ao procedimento legal, com outras nuances e requisitos específicos, é verdade, mas fazia parte do procedimento e era regradada de forma explícita. "Quando a tortura passou a fazer parte do procedimento legal, podia-se permitir muito menos isenções por causa da classe social ou *status* dos indivíduos." ⁹⁶

Mas para viabilizar o uso judicial da tortura exigia-se ao menos uma testemunha ocular ou causa provável de que o acusado tivesse cometido o crime, baseada em um número certo de indícios. Ainda deveria o acusado ser admoestado a confessar sem uso da tortura e havia de ser-lhe mostrados os objetos que seriam utilizados para tormentá-lo, a fim de propiciar uma confissão voluntária.⁹⁷

Também a partir do século XIII a tortura passou a ter lugar assegurado no procedimento inquisitório eclesiástico. Papas e clérigos passaram a entender que tanto os tribunais episcopais como os leigos não cumpriam adequadamente os seus deveres na investigação e responsabilização de hereges.⁹⁸

Assim se criou um cargo de investigador submetido à autoridade do papa. No entanto, a heresia era um crime de difícil demonstração basicamente porque era um crime essencialmente intelectual, que ocorria entre vizinhos, familiares e pessoas de pequenos agrupamentos comunitários - a heresia se constituía num crime compartilhado.⁹⁹

Em razão disso, era necessário obter não só o nome de um herege, mas o dos demais participantes, o que deu azo, no século XIV, pela jurisprudência francesa, à distinção de dois tipos de tortura: *question préparatoire* - a tortura aplicada para se obter uma confissão; e a *question préalable* - a tortura após a prisão para obter-se o nome dos cúmplices.¹⁰⁰

A ideia de que os hereges poderiam ser mais perigosos para a sociedade do que ladrões e assassinos, juntamente com o fato de que os investigadores do papa não costumavam ser muito versados em direito, pode ter contribuído para que os novos juízes da heresia não adotassem as salvaguardas convencionais para o réu, tornando os suplícios e castigos extremamente severos.¹⁰¹

Entre os vários fatores que contribuía para a descomunal violência da inquisição está o fato de que nesses julgamentos não se respeitavam as regras gerais para o uso da

⁹⁶ PETERS, 1989, p. 63.

⁹⁷ PETERS, 1989.

⁹⁸ PETERS, 1989.

⁹⁹ PETERS, 1989.

¹⁰⁰ PETERS, 1989.

¹⁰¹ PETERS, 1989.

tortura, sendo permitido testemunhos de pessoas interessadas, de testemunhas antes consideradas sem idoneidade, como infames e presos por perjúrio, e assim vários procedimentos diferentes e menos rigorosos a permitir a incriminação de hereges.¹⁰²

As cortes seculares acabaram sendo influenciadas pelos procedimentos eclesiásticos nos séculos XIV e XV e o desenvolvimento histórico do procedimento penal e o *status* político e social do vassalo e do cidadão nos séculos XV e XVI estão dentro deste contexto. Foi a época em que se viu o maior corpo de leis e regulamentos sobre o uso da tortura, algo como nunca se viu na história da humanidade.¹⁰³

O mesmo período dos séculos XVI e XVII que viu os trabalhos de jurisprudência de Faranaccius, Damhouder e Carpzov viu também a compilação dos grandes códigos penais sistemáticos do Antigo Regime. O *Constitutio criminalis carolina* de 1532 para o Império, a *Ordonnance Royale* de 1537 para França, a *Nueva recopilacion* de 1567 para Espanha, o decreto de Filipe II em 1570 para a Holanda espanhola e a *Grande ordonnance criminelle* de 1670 para França constituíram, juntas, o maior corpo de leis concernente à tortura jamais visto, imposto pelos maiores poderes do mundo na época.¹⁰⁴

Com o passar dos séculos foram surgindo movimentos contrários à barbárie que representava a tortura.

De fato, os absurdos praticados inspiraram manifestações contrárias à prática dos suplícios, num primeiro momento, doutrinárias e, posteriormente, no âmbito das legislações, pugnado por um sistema que pudesse garantir um mínimo de dignidade aos acusados de práticas delituosas.¹⁰⁵

[...] um século depois da *Grande ordonnance criminelle*, a tortura foi atacada em todos os lugares, e no final do século XVIII esse ataque fora bem sucedido em quase todos os locais. De revisão em revisão a partir de 1750, as cláusulas concernentes à tortura nos códigos penais da Europa foram sendo reduzidas, até que, por volta de 1800, eram praticamente inexistentes. Em conjunto com a revisão legislativa, surgiu uma ampla literatura condenando a tortura tanto por motivos legais como morais, e tal literatura teve vasta circulação.¹⁰⁶

¹⁰² PETERS, 1989.

¹⁰³ PETERS, 1989.

¹⁰⁴ PETERS, 1989, p. 90.

¹⁰⁵ STASINSKI, 2007.

¹⁰⁶ PETERS, 1989, p. 90-91.

Cesare Bonesena, o Marquês de Beccaria, em 1764, publicou uma obra intitulada “Dos Delitos e das Penas” na qual põe em dúvida o sistema penal fazendo sua análise e concluindo pela necessária e urgente abolição da tortura.¹⁰⁷

O já citado Verri, italiano, também escreveu uma obra, intitulada “Observações sobre a tortura”, em que, ao fim, lança verdadeiro manifesto pela erradicação da tortura nos processos criminais.

Na sua obra, tenta demonstrar não ser a tortura um método lícito de descobrimento da verdade, eis que seria um mal em si, afirmando, como visto, não ser ela prevista em lei e não ter sido aplicada pelos povos antigos, como regra, aos seus cidadãos.

Sei muito bem que as opiniões consagradas pela prática dos tribunais, legadas a nós com a veneranda autoridade dos magistrados, são as de mais difícil e espinhosa remoção, e tampouco posso me iludir pensando que, nos dias de hoje, caiba reformar de uma só vez todo o conjunto das opiniões que sustentam a jurisprudência penal; todos os que tem parte nela creem que a manutenção da prática vigente é indispensável para a segurança pública; a opinião deles, seja falsa ou verdadeira, não prejudica a pureza do fim que os move. Porém, é preciso que os defensores da tortura reflitam que os processos contra as feiticeiras e os magos, tal como a tortura, se apoiavam na autoridade de inúmeros autores que publicaram textos sobre a ciência diabólica, que a tradição dos mais venerandos homens e tribunais ensinava que as feiticeiras e os magos deviam ser condenados à fogueira, sendo que estes, agora, são encaminhados aos manicômios, desde de que ficou demonstrado que não existe feiticeiras nem magos. Tudo que se pode dizer em favor da tortura podia ser dito em relação à magia há cinquenta anos. Parece-me impossível que o costume de torturar privadamente no cárcere para obter a verdade possa ainda se sustentar por muito tempo, depois de se demonstrar que muitos e muitos inocentes foram condenados à morte pela tortura, que ela constitui um suplício de extrema crueldade, por vezes infligido da maneira mais atroz, que sua brutalidade depende apenas do capricho do juiz, sem testemunhas; que a tortura não é um meio para obter a verdade nem assim a consideram as leis e sequer os próprios doutores, que ela é intrinsecamente injusta, que as nações conhecidas da antiguidade não a praticaram, que os mais veneráveis escritores sempre a abominaram, que foi ilegalmente introduzida nos séculos da barbárie de outrora, e que finalmente, hoje em dia, várias nações a aboliram e continuam a aboli-la, sem qualquer inconveniente.¹⁰⁸

Assim, tais manifestos tiveram como consequência influenciar nações e legislações no sentido de se tentar erradicar a prática da tortura nos sistemas penais a partir de então.

¹⁰⁷ STASINSKI, 2007.

¹⁰⁸ VERRI, 2000, p. 129-130.

Sobre isso Peters afirma que, tecnicamente, a Suécia teria sido a pioneira na abolição da tortura isso já em 1722 para alguns casos e 1734 de forma geral.

Importante atentar-se para a relação feita pelo autor sobre os locais e momentos de abolição legislativa da tortura porque dá a dimensão da difusão da ideia de proscrição da tortura ocorrida nos séculos XVII e XVIII.

A Suécia, tecnicamente o primeiro país a abolir a tortura, é um bom exemplo. A maior parte das formas de tortura, que tinham chegado à Suécia apenas nos finais do século XVI como resultado da influência dos códigos imperiais alemães, especialmente o Carolina, foi abolida em 1734, mas a tortura no caso de alguns crimes excepcionais já havia sido abolida em 1722. O caso da Prússia foi semelhante, embora mais breve. Em 1721, Frederico I insistia que a tortura só podia ser aplicada depois de o monarca dar o seu consentimento a cada caso individual. Em 1740, quando Frederico II subiu ao trono, o monarca reviu ligeiramente este decreto, estabelecendo categorias de casos em que a tortura não podia ser aplicada.

Em 1754, toda a tortura foi abolida na Prússia, a primeira data de uma completa abolição da tortura na história da Europa. Entre 1738 e 1789, o Reino das Duas Sicílias concluiu um processo semelhante, tal como o ducado de Baden entre 1767 e 1831, a Holanda austríaca entre 1787 e 1794, Veneza entre 1787 e 1800 e a Áustria entre 1769 e 1776. Numa série de outros casos, monarcas, legisladores e peritos em direito trabalharam em conjunto. Na Prússia, Frederico II contou com os conselhos de Coccejus, um dos estudiosos de direito mais proeminentes do século.

Maria Theresa e José II da Áustria tiveram os serviços do grande jurista Joseph von Sonnenfels. Também por detrás dos argumentos de Beccaria estava o profundo conhecimento jurídico dos irmãos Verri da Lombardia. Temática no último quartel do século XVIII e no primeiro quartel do século XIX. O ducado de Brunswick, a Saxónia e a Dinamarca aboliram-na em 1770; Meckemburgo em 1769; a Polónia em 1776; França em 1780 e (no caso da *question préalable*) em 1788, sendo ambas as medidas confirmadas pela Assembleia Nacional Revolucionária em 1789; a Toscana em 1786; a Lombardia em 1789; a Holanda em 1798. Durante a época napoleónica, a influência francesa levou rapidamente a reforma do direito penal a zonas conquistadas ou influenciadas por França e os seus princípios revolucionários ou imperiais.

No entanto, houve um caso em que a exportação da reforma jurídica encontrou oposição. A Suíça aboliu a tortura em 1798, mas restabeleceu-a em 1815 com a queda de Napoleão. Foi só com uma revisão feita de forma parcelar, cantão por cantão, que se eliminou definitivamente a tortura da lei suíça: Zurique em 1831, Freiburg em 1848, Basileia em 1850 e Glarus em 1851. A Baviera aboliu a tortura em 1806, Wurttemburgo em 1809. A tortura foi abolida na Noruega em 1819, em Hanôver em 1822, em Portugal em 1826, na Grécia em 1827, em Gotha em 1828.

A conquista napoleónica de Espanha em 1808 pôs fim à prática da tortura nesse país, tal como pôs um fim temporário à Inquisição espanhola. Mas embora a Inquisição tenha sido restabelecida com a subida ao trono de Fernando VII em 1813, a tortura permaneceu abolida.¹⁰⁹

¹⁰⁹ PETERS, 1989, p. 108-109.

E desse modo, textos de caráter nacional e supranacional e até mesmo universal foram sendo editados no intuito de se abolir a tortura e de proscrevê-la de modo geral e definitivo.

Ainda nos séculos XVIII e XIX, em ambiente de difusão de ideias contra a tortura, textos de âmbito internacional começaram a ser produzidos.

O primeiro texto que deve ser referido é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marco jurídico da Revolução Francesa, aprovada definitivamente em 02/10/1789, que, de modo implícito, proscreeve a tortura.¹¹⁰

A Convenção de Genebra, de 1864 vem exercer fundamental papel na humanização do Direito no contexto internacional, sendo que foi elaborada para minimizar os sofrimentos de soldados e civis atingidos pelas guerras e conflitos bélicos.¹¹¹

A comissão que esteve à frente desta Convenção transformou-se, em 1880, na Comissão Internacional da Cruz Vermelha. No século XX, a Convenção foi revista e estendidos os seus princípios aos conflitos marítimos (Convenção de Haia, de 1907) e aos prisioneiros de guerra (Convenção de Genebra, de 1929). Em 1925, outra Convenção, também assinada em Genebra, proibiu a utilização, durante a guerra, de gases asfixiantes, tóxicos e armas bacteriológicas.¹¹²

No entanto, já no século XX, a tortura reaparece, mas aí já não como expediente judicial, mas sim como fórmulas policiais e militares. Peters discorre sobre as causas disso e, valendo-se de Mellor, elenca-as: o surgimento do Estado totalitário, do qual a URSS teria sido o resultado final; necessidades por modernas condições de guerra, o que gerou a busca a qualquer preço de informações secretas com novos métodos de interrogatório; e a falta de limites no tratamento do prisioneiro.¹¹³

Alvarez compartilha da ideia de que a volta da tortura no século XX também se deveu, em parte, ao surgimento dos Estados totalitários.

[...] embora os governos europeus tenham começado a banir a tortura já ao longo do século XVIII - sendo que em 1851 a tortura já era ilegal em toda a Europa -, houve um ressurgimento da tortura no continente no século XX, ressurgimento este devido sobretudo à ascensão dos regimes totalitários, comunistas e fascistas. Os regimes fascistas da Itália e Alemanha e seus aliados empregaram a tortura e outras técnicas de terror contra opositores políticos, prisioneiros de guerra, populações de territórios ocupados e

¹¹⁰ STASINSKI, 2007.

¹¹¹ STASINSKI, 2007.

¹¹² STASINSKI, 2007, p. 48.

¹¹³ PETERS, 1989.

membros de determinados grupos, como os judeus; os regimes comunistas da União Soviética e do leste europeu empregaram a tortura sobretudo contra opositores políticos. Em outros continentes, a tortura foi amplamente empregada ao longo de todo o século XX, quer contra forças insurgentes, quer contra opositores políticos ou contra a população em geral.¹¹⁴

Ressalta Alvarez, ainda, que nesse período a tortura, diferentemente de períodos históricos anteriores, caracteriza-se por ser ilegal ou sem regramentos específicos.

O que singulariza a prática de tortura ao longo do século XX, diferentemente de outros períodos históricos, é que ela foi conduzida quase sempre de forma extralegal, praticada sem regulamentação precisa e em segredo.¹¹⁵

Tal circunstância reforça a tese de que, sem dúvida, a tortura passa a ter uma dimensão militar (e policial) e não mais judicial, como dantes.

Diante disso, viu-se o surgimento na ordem internacional de uma grande preocupação com o combate à tortura.

No século XX diversos documentos foram escritos e editados no intuito de conter a tortura.

O artigo 5º da Declaração Universal dos direitos do Homem aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, preceitua que *ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante*.¹¹⁶

Destacam-se, ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos do Homem – Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, firmada em 27 de janeiro de 1981 e a Declaração de Viena, firmada em 25 de junho de 1993.

Na Assembléia Geral da ONU realizada em 16 de dezembro de 1966, foi assinado, após aprovação unânime, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi aprovado pelo parlamento brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. No artigo 7º do Pacto foi inserida norma proibitiva da tortura, nos seguintes termos:

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

No mesmo ensejo merece citação, em âmbito regional, a Convenção Americana sobre Direitos do Homem – Pacto de San José da Costa Rica,

¹¹⁴ ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 72, p. 275-294, maio /jun. 2008. Base RT Online, p. 04.

¹¹⁵ ALVAREZ, 2008, p. 04.

¹¹⁶ STASINSKI, 2007, p. 48.

assinada em 22 de novembro de 1969 e à qual o Brasil aderiu pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. O artigo 5º, item 2, desta Convenção, estabelece que:

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou atos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, firmada em 27 de janeiro de 1981, condena o uso da tortura no seu artigo 5º:

Todo o indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e aviltamento do homem, notadamente a escravatura, o tráfico de pessoas, a tortura física e moral e as penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos.

Também merece ser citada a Declaração de Viena, firmada em 25 de junho de 1993 pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos reunida na cidade de Viena. No artigo 55 consta que a tortura:

...é uma das violações mais atrozes da dignidade humana, [...] que destrói a dignidade e prejudica a capacidade das vítimas de retomarem suas vidas e atividades, consignando no artigo 56 que ...no âmbito das normas de direitos humanos e do direito internacional humanitário, o direito de não ser torturado deve ser protegido em todas as circunstâncias, mesmo em períodos de distúrbios internos ou internacionais, ou de conflitos armados.¹¹⁷

Diante disso cabe a reflexão sobre a razão da produção e difusão de tantos textos de proscricção da tortura, especialmente nos séculos XVIII, XIX e XX, sem descurar do fato de que, apesar disso, a simples recomendação de vedação da tortura contida nestes textos não foi capaz de contê-la totalmente, mas, quiçá, de criar uma consciência em prol da humanidade e contra a prática de suplícios.¹¹⁸

Desde os postulados iluministas a tendência de abolição da tortura como método legal passou a criar raízes e, pouco a pouco, foi se refletindo nas legislações internas.

A partir do século XX, como visto, passou-se a perceber uma preocupação internacional com a prática da tortura e com a proteção dos direitos humanos o que deu azo à produção de diversas Convenções sobre o tema que uniram vários países em torno desta temática.¹¹⁹

A partir da conscientização maior sobre a necessidade de criminalização da tortura, primeiro em âmbito internacional e, após, internamente, nas legislações dos países, passou-se a contar com instrumentos jurídicos um tanto quanto mais efetivos no combate aos tormentos.

¹¹⁷ STASINSKI, 2007, p. 48-50, grifo do autor.

¹¹⁸ STASINSKI, 2007.

¹¹⁹ STASINSKI, 2007.

Retorna-se aqui a um ponto que merece novamente enfoque porque, sem dúvida, contribuiu para a produção desse maior número de textos de vedação à tortura no século passado.

Como já bem destacado, tal ponto diz respeito ao fato de que muitos governos ditatoriais utilizavam a tortura em larga escala como forma de autoimposição e de eliminação de grupos contrários ao regime.¹²⁰

Também não é possível desconsiderar o fato de que, além da guerra fria e de diversos conflitos, o mundo viveu neste período duas grandes guerras que, em termos humanísticos, foram grandes desastres e fomentaram toda a sorte de violências e barbáries.¹²¹

Com efeito, as ditaduras militares havidas no século XX, a maioria embaladas pela guerra fria, demonstraram que os governos totalitários têm como método comum à repressão e, muitas vezes, na eliminação dos opositores e dissidentes. Havia a instituição do terror na população, que passava a temer. Como modo de justificação dos atos, eram criados e disseminados preconceitos contra grupos sociais, que passava a ser vistos como “inimigos da Nação” e, em consequência, reprimidos. É célebre o Exemplo de Hitler, que taxou os judeus de “parasitas, bacilos perigosos”; Pattapos, general grego, proclamou que “os comunistas são bestas humanas”.¹²²

Os experimentos biológicos aplicados em humanos durante a guerra também fomentaram o repúdio contra atos desumanos de uma forma geral, colaborando para a edição de um grande número de tratados e convenções internacionais sobre o tema.

Somente após a II Guerra Mundial, e em razão das experimentações biológicas realizadas em seres humanos durante a beligerância, nasceu um movimento de repúdio à tortura que originou a aprovação de inúmeros tratados internacionais contra a tortura, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984) e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), Ambas Ratificadas pelo Brasil.¹²³

Coimbra também endossa essa tese.

Importa acrescentar-se que as atrocidades cometidas no século XX, notadamente na segunda guerra mundial, envolvendo desmesuradas agressões de natureza política e raciais, fomentaram, indubitavelmente, a consolidação do direito internacional dos direitos humanos, posto que a

¹²⁰ STASINSKI, 2007.

¹²¹ STASINSKI, 2007.

¹²² STASINSKI, 2007, p. 50.

¹²³ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 824.

humanidade jamais registrara, em sua história, uma hecatombe de tão grave proporção, tanto no que tange ao poderio bélico dos envolvidos quanto no horror e na infâmia que gravitaram em torno desse conflito, onde a barbárie foi o estandarte tanto dos vencidos quanto dos vencedores, manifestada no genocídio, na utilização da tortura, no uso de bombas atômicas; enfim, na inflição de sofrimentos inimagináveis não só aos prisioneiros de guerra como também à população civil. Tal necessidade protetiva dos direitos naturais do homem levou à concreção do direito internacional dos direitos humanos, já que as Nações se viram compelidas a desenvolver aparatos destinados a dar efetivo sustentáculo a tais direitos [...].¹²⁴

A maior velocidade do trânsito das comunicações e informações que, notadamente, aumentou no século XX, devido às novas tecnologias, também deve ter contribuído para a conscientização mais geral e globalizada sobre o problema.

Fato é que, por algumas razões ou por outras, assentou-se no ambiente internacional a preocupação em se tentar abolir de todas as formas a tortura em qualquer circunstância.

Tanto é assim que nem a Convenção das Nações Unidas nem a Convenção Interamericana contra a Tortura permitem a invocação de circunstâncias excepcionais para a admissão da tortura. Nem estado de guerra nem qualquer emergência pública pode justificar a suspensão do direito a não ser torturado, ficando claro o âmbito da proteção conferido.¹²⁵

¹²⁴ COIMBRA, Mário. A tortura como crime internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, p. 461-482, maio 2002. Base RT Online, p. 7.

¹²⁵ PAIVA; HEEMANN, 2017.

3 PROIBIÇÃO INTERNACIONAL E DIGNIDADE HUMANA

Dentro da temática da tortura, sem dúvida uma das questões mais instigantes, que inspiram debates mais acalorados e complexos, diz respeito à ilegitimidade da tortura e a sua eventual relegitimação em face de situações extremas, como se abordará adiante.

No entanto, antes que se possa cogitar de situações extremas a ensejar eventualmente a ideação de uso justificado ou desculpado de tortura, há de se relembrar algumas características de sua proibição e tecer algumas considerações sobre o substrato principal do direito a não ser torturado.

3.1 O caráter absoluto da proibição

A doutrina, de uma forma geral e majoritária, ao longo dos tempos, evoluiu para afirmar a vedação *absoluta* da tortura.

Com efeito, a evolução histórica da prática da tortura desde a barbárie pré-clássica, com atrocidades tribais que incluíam a iniciação à vida adulta ou punição aos prisioneiros inimigos, passando pelas tiranias e pela prática clandestina nas ditaduras contemporâneas,¹²⁶ até a tortura nos regimes democráticos atuais, sempre se pode perceber que os atos de tormento foram disseminados e utilizados pelas instituições estatais ou, no mínimo, sob seu beneplácito.

Entretanto, apesar disso e do consenso doutrinário sobre o mal que a tortura causa e encerra em si, nada foi suficiente para impedir eficazmente essa prática ao longo dos tempos, justificando-se a compreensão atual (geral) sobre a sua proibição *absoluta*.

Explica-se.

É que os direitos fundamentais, em geral, quando vistos sob a ótica da teoria de Alexy, costumam ser tidos por relativizáveis, ou não absolutos, frente ao conflitual convívio entre eles, que ocorre de modo natural e frequente e que requer, por isso, consequente harmonização.

Assim, levando-se em conta a argumentação de que os todos os direitos fundamentais possuem como substrato algum grau de conteúdo de dignidade da pessoa

¹²⁶ AMORIM JÚNIOR; SILVA FILHO; KRAYCHETE, 2005.

humana, ou maior ou menor, conforme o nível desse substrato e o caso concreto, seria viável a relativização de algum deles em relação ao outro.¹²⁷

Melhor dizendo, os direitos fundamentais seriam dotados, cada qual, de um conteúdo ou significado específico e próprio e, a um só tempo, de um mesmo conteúdo, só que variável em quantidade (ou intensidade), de dignidade humana.¹²⁸

Desse modo, a proibição da tortura, ou o direito a não ser torturado, seria, por excelência, o direito fundamental que melhor representaria a própria dignidade da pessoa, de tal modo que praticamente inexistiria nele espaço para conteúdo próprio seu apartado da dignidade.¹²⁹

Nessa linha de raciocínio, possível sustentar ser tal direito o único efetivamente absoluto, impassível de flexibilização, ponderação ou outro modo de limitação ou restrição.

Sobre isso Freitas ensina em sua obra.

Dessa visão decorre logicamente a possibilidade de se afirmar que no caso do direito fundamental a não sofrer tortura ou tratamento desumano ou degradante é onde se verifica a presença da dignidade da pessoa humana com maior intensidade, ou, dito de outra maneira, tal direito fundamental seria aquele que de maneira mais intensa e direta se verifica derivar do princípio da dignidade humana. Assim, seria possível afirmar que na medida em que o conteúdo do direito fundamental caracteriza-se por uma tão intensa identificação com a dignidade humana, resultaria inviável a respectiva restrição, eis que tal importaria ofensa direta e manifesta àquele princípio.¹³⁰

Também Dias, professor português, entende ser a proibição contra a tortura de feições absolutas. Refere que poucas são as práticas tão consensualmente aceitas como vedadas no âmbito do Direito.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º), o Pacto Internacional dos direitos civis e políticos (art. 7º), a Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ratificada por Portugal em 1988, a Carta de direitos fundamentais da União Europeia (art. 4º), a que se junta a Constituição da República Portuguesa (CRP) (art. 25º nº 2), proíbem a tortura de uma forma peremptória. Poucas são as práticas tão consensual e redondamente proibidas quanto a tortura. A

¹²⁷ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹²⁸ FREITAS, 2007.

¹²⁹ FREITAS, 2007.

¹³⁰ FREITAS, 2007, p. 177.

tortura é universalmente considerada um atentado inadmissível à dignidade humana e ao direito das pessoas à integridade pessoal.¹³¹

Refere que a proibição da tortura não comporta exceções e funciona como um claro divisor entre o Direito e a brutalidade, servindo mesmo como um tabu jurídico.

A proibição da tortura é, entre nós, integral e sem reservas. Em abono do caráter absoluto da proibição, a doutrina argumenta que ela forma «o núcleo de proteção absoluta do direito fundamental à integridade pessoal»; que constitui um «arquétipo jurídico», uma regra emblemática de um amplo compromisso para diferenciar claramente o Direito da brutalidade; que pertence ao «indisponível de uma ordem jurídica, ao seu núcleo intocável: à cultura jurídica dominante», funcionando como um «tabu jurídico»; ou, como prefere dizer CLAUS ROXIN, que se trata de uma Grundnorm.¹³²

Demais disso, além de absoluta essa proibição alcançou, em âmbito internacional, *status de jus cogens*, sendo que, como já referido, nenhuma circunstância excepcional ou de emergência pública se poderia invocar como justificção de tortura.¹³³

3.2 Norma de *jus cogens*

Normas de *jus cogens* são, em Direito internacional, normas imperativas que tutelam valores tidos por essenciais a toda comunidade internacional.¹³⁴

Essas normas possuem prevalência hierárquica sobre todas as outras fontes de Direito Internacional Público.¹³⁵

Essas características assim se manifestam porque as normas de *jus cogens* retiram dos metaprincípios o seu fundamento de validade, o que acarreta uma vinculação e limitação da própria soberania dos Estados, relativizando-a.¹³⁶

A Convenção de Viena sobre Direitos e Tratados de 1969, no art. 53, veio positivar a questão das normas de *jus cogens*, estabelecendo a mencionada restrição na soberania, bem como a inderrogabilidade dessa espécie normativa.

¹³¹ DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal?: sobre a tortura em tempos de terror. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 235-276, jan./abr. 2012, p. 237.

¹³² DIAS, 2012, p. 239.

¹³³ AMBOS, Kai. **Terrorismo, tortura y derecho penal**. Barcelona: INO Reproducciones S.A, 2009.

¹³⁴ PAIVA; HEEMANN, 2017.

¹³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹³⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: Edufrn, 2015.

Com efeito, coube a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 positivar de forma explícita o reconhecimento e importância das normas em tela. O que antes apenas era abordado em sede doutrinária e jurisprudencial, agora se encontra presente em um tratado internacional celebrado e incorporado por vários Estados. Precisamente em seu art. 53, a CV/69 declara como nulo todo tratado que, no momento de sua conclusão, seja antinômico a uma norma imperativa de Direito Internacional Geral. Dessa forma, há inegavelmente uma limitação/relativização da soberania estatal, já que não se pode dispor da sua própria vontade em contrário a norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, assim como nenhuma derrogação das normas *jus cogens* é permitida, a não ser por outra norma de mesma natureza.¹³⁷

Como visto, as normas de *jus cogens* devem prevalecer e condicionar os Estados no sentido de sua normatividade, sendo vedado que se delibere em sentido contrário, salvo por outra norma internacional de mesma hierarquia.

Cabe referir aqui que o Tribunal Penal Internacional, observadas normas procedimentais específicas, detém competência para julgar os chamados crimes de *jus cogens*, dentre os quais a tortura se insere como espécie de crime contra a humanidade.¹³⁸

Os crimes de *jus cogens* se constituem no genocídio, nos crimes contra humanidade, nos crimes de guerra e no crime de agressão.¹³⁹

Como mencionado, a tortura constitui um dos chamados crimes contra humanidade.

O rol desses crimes contra a humanidade se dispõe do seguinte modo: atos de violação do direito à vida, por meio do homicídio e do extermínio; a escravidão, deportação ou transferência forçada de população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; crimes sexuais e agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional (é o caso da perseguição aos homossexuais); desaparecimento forçado de pessoas e crime de *apartheid*; uma cláusula aberta que permite que sejam um “crime contra a humanidade” quaisquer atos desumanos de

¹³⁷ MOREIRA, 2015, p. 37.

¹³⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹³⁹ RAMOS, 2014.

caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.¹⁴⁰

No Direito Internacional a premissa de que a proibição da tortura constitui-se em norma de *jus cogens* foi estabelecida pelo Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia no *Caso Furundzija vs. Prosecutor*, julgado em 10 de dezembro de 1998.¹⁴¹

Também no *Caso Bélgica vs. Senegal (Caso Habré)*¹⁴² a Corte Internacional de Justiça afirmou o caráter de *jus cogens* da proibição da tortura.

A Corte Internacional de Justiça afirmou no Caso Bélgica vs. Senegal que a proibição da prática de tortura é uma norma consuetudinária de *jus cogens*. No caso em comento, a Corte Internacional de Justiça reconheceu que a proibição da prática de tortura é uma norma de *jus cogens*. As normas de *jus cogens* são aquelas normas imperativas e que possuem valores essenciais para toda a comunidade internacional. Assim, segundo a corte de Haia, há um costume internacional em vigor no qual é possível afirmar que a proibição da prática de tortura é norma de *jus cogens*.¹⁴³

Assim, a tortura no Direito Internacional se reveste de proscrição por norma de *jus cogens*.

¹⁴⁰ RAMOS, 2014.

¹⁴¹ PAIVA; HEEMANN, 2017.

¹⁴² O Sr. Hissène Habré foi presidente da República do Chade de 1982 até 1990. Seu mandato ficou marcado pela sistemática violação de direitos humanos no país, eis que o governo liderado por Habré praticava a tortura de maneira corriqueira e usual. Não bastasse isso, ceifava a vida de qualquer pessoa que se manifestasse contra o seu governo. Milhares de pessoas foram mortas e torturadas na República do Chade. Em 1990, diante de todas as atrocidades cometidas pelo seu governo, Hissène Habré foi deposto do cargo e fugiu para a cidade de Dakar, no Senegal, onde recebeu asilo. Após alguns anos, a República do Chade pediu a repatriação do ex-presidente para que ele pudesse responder por todas as violações de direitos humanos cometidas durante seu governo. Nesse interregno, a Bélgica também pediu a extradição de Habré, já que algumas vítimas do Regime comandado por ele, que contavam com dupla cidadania, vieram a postular diante do Judiciário da Bélgica. O Senegal negou o pedido de repatriação do ex-presidente Habré para a República do Chade, alegando que esta não o julgaria de maneira imparcial. No ano de 2005, o Estado do Senegal também denegou o pedido de extradição do ex-presidente Habré para a Bélgica. Assim, antes de realizar um terceiro pedido de extradição do Sr. Habré, a Bélgica levou o caso até a Corte Internacional de Justiça. O Estado belga baseou suas alegações nos arts. 6º, §2º, e 7º, §1º, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Convenção contra a Tortura), que preveem a possibilidade de jurisdição universal, diante da cláusula de *aut dedere aut judicare* (extradite ou julgue) para aqueles que perpetraram atos de tortura. Além disso, o Estado belga embasou suas alegações em normas internacionais consuetudinárias. No dia 20 de julho de 2012, a Corte Internacional de Justiça decidiu – com fulcro nos arts. 6º, §2º, e 7º, §1º, da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura – que o Estado de Senegal deveria julgar imediatamente o ex-presidente do Chade, Sr. Hissène Habré, e, em caso de recusa do Estado senegalês a fazê-lo, extraditar o ex-presidente do Chade para o Estado belga. Do mesmo modo, com fulcro no art. 6º, §§1 e 2, da Convenção da ONU contra a Tortura, a Corte de Haia responsabilizou o Estado do Senegal por não ter aberto de maneira imediata, assim que tomou ciência dos fatos, uma investigação preliminar contra o Sr. Habré. Assim, para a Corte Internacional de Justiça, a obrigação de investigar não é uma faculdade, mas uma obrigação do país onde se encontra o acusado de crimes de tortura. Ainda segundo a Corte de Haia, a única hipótese em que o Senegal poderia deixar de investigar e julgar o Sr. Habré seria se o país tivesse extraditado o ex-presidente do Chade para um Estado competente e que tivesse solicitado a extradição, como ocorreu no caso da Bélgica. PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 808-809.

¹⁴³ PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 811.

Portanto, o Direito Internacional e a doutrina de forma geral não deixam dúvidas a respeito do caráter de proibição que recai mundialmente sobre atos de tortura.

Ainda se poderia dizer, partindo da premissa de que diversas doutrinas e escolas admitem a existência dos direitos naturais, sem exagero, que o direito a não ser torturado compõe, em verdade, um direito natural, pois que se deve reconhecer pelo simples fato de o titular ostentar a condição de ser humano.¹⁴⁴

Ainda que não se pretenda enveredar para esse tipo de discussão em torno dos Direitos Naturais, não se pode negar que a tortura viola os mais mezinhos princípios de direitos humanos e fundamentais, na medida em que agride de modo direto e manifesto a dignidade das pessoas.¹⁴⁵

3.3 Tortura e dignidade humana

Cabe, por fim, lembrar a dignidade da pessoa humana como última barreira, aparentemente intransponível para a relativização do direito a não ser torturado.

É necessário aqui buscar estabelecer algumas premissas sobre aquilo que vem a ser a dignidade da pessoa humana, ainda que de modo breve, visto que não é tarefa fácil conceituar a consagrada expressão.

A dignidade da pessoa humana, nos conceitos difundidos nos pensamentos filosóficos e jurídicos, de uma forma geral, lastreia-se na ideia de que ela é inata ao ser humano.

Bittencourt e Veiga, em artigo sobre o tema,¹⁴⁶ podem ser exemplo dessa assertiva.

Mas que vem a ser dignidade? Recorremos à melhor análise, explicada justamente por Rizatto Nunes.

Diz respeito justamente ao ser humano. A formulação sobre o “ser” é de conjugação única, vale dizer que é tautológica, pois defini-lo se reduz a um vício de linguagem que termina por dizer, por formas diversas, sempre a mesma coisa: o ser é; ser é ser. Logo, basta a formulação “sou”.

¹⁴⁴ Se entiende por Derecho Natural un Derecho anterior y por encima del Derecho positivo, constituído por normas jurídicas adecuadas a los hombres; no dictado expresamente por legislador alguno, ni divino ni humano; capaz de dar um contenido próprio a las nociones de justo e injusto y de señalar derechos y obligaciones preconstituídos por la condición misma de los hombres e de las cosas. NAVOA MONREAL, Eduardo. **Qué queda del derecho natural?** Buenos Aires: Editora Frigiero Artes Gráficas, 1967, p.38.

¹⁴⁵ FREITAS, 2007, p. 177.

¹⁴⁶ BITTENCOURT, Ilá Barbosa; VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar atual da cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 90, p. 189-199, jan./mar. 2015.

Então, possível concluir que a dignidade nasce com a pessoa. É-lhe inata, inerente à sua essência.

No entanto, independentemente dessa discussão sobre ser inata ou não, a dignidade pode ser tida como um valor reconhecido nos seres humanos que os torna merecedores de respeito e proteção.

Sarlet explica o que vem a ser dignidade tendo em conta essa concepção de que ela se constitui num conteúdo axiológico referindo que é um valor especial reconhecido em cada ser humano, o que o faz merecedor de igual respeito, promoção e proteção.

Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos. Que tal premissa é particularmente cara ao domínio do direito penal resulta evidente, pois implica, em linhas gerais e aqui sumariamente esboçadas, que mesmo alguém que pratique crimes que possam ser qualificados como cruéis e desumanos segue sendo pessoa e segue sendo titular de uma dignidade, sujeito, portanto, de um direito a não ser ele próprio tratado de forma indigna.¹⁴⁷

Nesse mesmo sentido, fulcrado na ideia de dignidade como um valor, analisando situações que dizem com tortura e casos extremos envolvendo terrorismo, Luís Greco¹⁴⁸ pondera que a dignidade não pode ficar sujeita à regra da decadência e nem mesmo à regra dos custos, dado o seu valor especial.

Isso significa que não se pode admitir que a dignidade decaia diante de um comportamento humano, por mais censurável que seja.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 102, p. 13-44, maio 2013. Base de dados RT Online, p. 03.

¹⁴⁸ GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, p. 685-716 ago. 2011. Base de dados RT Online, p. 3.

¹⁴⁹ Essa questão relativa à regra da decadência e à regra dos custos proposta por Luís Greco será abordada novamente no decorrer do trabalho, momento em que se voltará a esse debate.

Se, apesar de a tortura violar a dignidade humana, é permitido torturar porque, [...] o candidato à tortura provocou de maneira responsável a situação, acabou-se por propor implicitamente uma regra de seguinte teor: a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio (“regra da decadência”). Quem se comporta mal perde, por causa de seu mau comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que a sua dignidade seja respeitada. Segundo este entendimento, a dignidade humana seria algo disponível, que se pode perder dependendo das decisões que anteriormente se tome.¹⁵⁰

Além disso, segue o autor referindo que o reconhecimento da dignidade não pode ficar sujeito a uma avaliação dos custos sociais de se mantê-la, não importando o fato que venha advir disso, por mais danoso socialmente que possa ser.

Em outras palavras, não se pode deixar o reconhecimento da dignidade à mercê de opiniões sobre a conveniência ou não de se admiti-la, a depender da danosidade que socialmente isso possa representar.

Nesse traçado, dignidade é algo que se tem, não podendo quem a possua ficar sujeito a perdê-la se a sociedade entender que é mais custoso mantê-la do que suportar danos em face disso.

Pois bem, se isso é relevante para permitir que se viole a dignidade humana, então se está aceitando implicitamente a seguinte regra: a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite (“regra dos custos”). Se os demais tiverem um interesse suficientemente intenso em que se viole a dignidade de um sujeito, essa violação estaria permitida. Não se reconhecera, assim, qualquer núcleo da personalidade absolutamente protegido contra intervenções de terceiros. O ser humano poderia, em sua totalidade, ser instrumentalizado para fins alheios, se os demais considerarem estes fins suficientemente valiosos. Uma vez admitida a regra dos custos, não há mais razões para que somente se torture o terrorista e não também, por exemplo, seus filhos, se esta for a única maneira de fazê-lo falar.¹⁵¹

Barroso em artigo publicado em conjunto com Mello, aprofunda a questão. Ele se propõe a definir o que vem a ser a dignidade considerando três aspectos a saber: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Não é fácil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana, capaz de levar em conta da maneira adequada toda a variedade de circunstâncias religiosas, históricas e políticas que estão presentes nos diferentes países. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Grosso modo, esta é a minha

¹⁵⁰ GRECO, 2011, p. 3.

¹⁵¹ GRECO, 2011, p. 4.

concepção minimalista: a dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).¹⁵²

Dentro da ideia de valor intrínseco proposta por ele, estão dispostos dois planos: um filosófico e outro jurídico.

Apenas dentro do plano filosófico em que analisa o valor intrínseco, representativo da dignidade, é que ele admite esse caráter absolutista tratado por Sarlet e Greco, e o faz de maneira categórica.

O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. A singularidade da natureza humana é uma combinação de características e traços inerentes – que incluem inteligência, sensibilidade e a capacidade de se comunicar – que dão aos seres humanos um status especial no mundo, distinto do de outras espécies. Valor intrínseco é o oposto de valor atribuído ou instrumental, por ser um valor bom em si mesmo e que não tem preço. Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral, incluindo os animais irracionais, que possuem a sua própria espécie de dignidade. Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. É por ter o valor intrínseco de cada pessoa como conteúdo essencial que a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor objetivo que não depende de qualquer evento ou experiência e que, portanto, não pode ser concedido ou perdido, mesmo diante do comportamento mais reprovável. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental.¹⁵³

Entretanto, em termos jurídicos, Barroso adverte que a dignidade deve ser vista mais como um valor do que como um direito subjetivo. Os valores normalmente inspiram princípios jurídicos nos ordenamentos e estes, circunstancialmente, corporificam-se em direitos subjetivos que ficam, nessa condição, sujeitos a restrições e limitações.

Em outras palavras, enquanto um valor fundamental de democracias, subjacente aos seus ordenamentos, a dignidade é absoluta. No entanto, como direito subjetivo poderá sofrer contenções.

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Humberto Laport de. “Aqui, lá e em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 33-95, ago. 2015. Base de dados RT Online, p. 11.

¹⁵³ BARROSO; MELLO, 2015, p. 12.

Assim, parece que o autor não é adepto da ideia de que a dignidade seja um conceito absoluto em todos os casos e admite que ela possa ser relativizada.

De tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições. Na Alemanha, a visão dominante concebe a dignidade como um valor absoluto, que prevalece em qualquer circunstância. Essa posição tem sido pertinentemente questionada ao longo dos anos. Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condizente com o devido processo legal: nesse caso, um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta. Valores, sejam políticos ou morais, adentram o mundo do direito usualmente assumindo a forma de princípios. E embora direitos constitucionais e princípios constitucionais frequentemente se justaponham, esse não é exatamente o caso aqui. A melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com status constitucional, e não como um direito autônomo [...]¹⁵⁴

Essa constatação fica ainda mais clara quando faz a análise da dignidade enquanto valor comunitário, porque nesse aspecto ela é vista como um valor de todo o grupo social que pode, em nome de preservá-la para terceiros, criar limitações individuais proporcionais e vinculadas a esse desiderato.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BARROSO; MELLO, 2015, p. 9.

¹⁵⁵ O terceiro e último elemento, a dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor. A autonomia protege a pessoa de se tornar apenas mais uma engrenagem do maquinário social. Contudo, como na famosa passagem de John Donne, “nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma”. A expressão valor comunitário, que é bastante ambígua, é usada aqui, por convenção, para identificar duas diferentes forças exógenas que agem sobre o indivíduo: (1) os compromissos, valores e “crenças compartilhadas” de um grupo social e (2) as normas impostas pelo Estado. O indivíduo, portanto, vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado. Sua autonomia pessoal é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas tão livres e iguais quanto ele, assim como pela regulação estatal coercitiva. Autonomia, comunidade e Estado. Em um interessante livro, Robert Post identificou, de modo similar, três formas distintas de ordem social: comunidade (“um mundo compartilhado de fé e destino comuns”), administração (a organização instrumental da vida social através do direito para alcançar objetivos específicos) e democracia (um arranjo que incorpora o objetivo da autodeterminação individual e coletiva). Essas três formas de ordem social pressupõem e dependem umas das outras, mas estão também em constante tensão. A dignidade como valor comunitário enfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa

As restrições legais às liberdades como prisões e penas em face do comportamento do indivíduo estariam dentro dos lindes da dignidade tida em seu valor comunitário.

Ainda, descendo mais verticalmente, Carvalho e Carvalho buscam conceituar a dignidade da pessoa humana em seu aspecto ontológico e definem que ela “é uma qualidade intrínseca ao homem, e, como tal, irrenunciável e inalienável.”¹⁵⁶

Não se pode negar a grande controvérsia em torno do conceito de dignidade da pessoa humana. A dificuldade na concretização desse conceito advém, certamente, das plúrimas manifestações da própria personalidade do homem, até o ponto em que alguns autores defendem a impossibilidade de sua completa definição. Fato é que a dignidade, paradoxalmente, ainda que proclamada em inúmeros textos jurídicos, nunca é por eles definida.

Com lastro na Filosofia, porém, pode-se buscar uma aproximação deste conceito, sempre tendo em conta, porém, que caberá ao Direito o reconhecimento da proteção desta dignidade, de modo que são os juristas quem finalmente definirão qual a dignidade que será objeto de tutela do Estado. Para a definição de dignidade, portanto, impõe primeiramente compreender a própria complexidade da personalidade humana, que integra um conjunto de fundamentos e uma série de manifestações, do ponto de vista jurídico-constitucional, porém, a dificuldade aparece justamente porque, ao contrário do que ocorre com as normas que encerram direitos fundamentais (vida, integridade física, honra, propriedade), o princípio da dignidade da pessoa humana não trata de um recorte específico da nossa existência, mas sim do próprio valor que identifica o ser humano como tal, o que, como destaca SARLET, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente seja o âmbito jurídico de proteção da dignidade. No entanto, é unânime o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é uma realidade tangível, principalmente quando se evidenciam suas violações, o que imediatamente faz saltar aos olhos de qualquer indivíduo a existência de uma agressão inaceitável à essência do homem. Para uma correta aproximação a este conceito, no entanto, parte-se necessariamente de uma definição ontológica de dignidade humana, no sentido de ser esta uma qualidade intrínseca ao homem, e, como tal, irrenunciável e inalienável. Nessa linha de pensar, a dignidade humana não é atribuída ao homem pelo Estado ou pelo Direito, mas já lhe pertence pelo mero fato de ser pessoa humana, de forma que não lhe pode ser atribuída e

concepção de vida boa. A questão relevante aqui é saber em quais circunstâncias e em que grau essas ações devem ser consideradas legítimas em uma democracia constitucional. A máxima liberal de que o Estado deve ser neutro em relação às diversas concepções de bem em uma sociedade pluralista não é incompatível, obviamente, com restrições resultantes da necessária coexistência entre diferentes pontos de vista e de direitos potencialmente conflitantes. Tais interferências, porém, devem ser justificadas sobre as bases de uma ideia legítima de justiça, de um consenso sobreposto, que possa ser compartilhado pela maioria dos indivíduos e grupos. O valor comunitário, como uma restrição sobre a autonomia pessoal, busca sua legitimidade na realização de três objetivos: (1) a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros; (2) a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo; e (3) a proteção dos valores sociais compartilhados. Nos seus estudos sobre bioética e biodireito, Beyleveld e Brownsword exploraram em profundidade essa concepção de “dignidade humana como restrição”, centrada nas noções de deveres e responsabilidades, em oposição à “dignidade humana como empoderamento”, que essencialmente se refere a direitos. BARROSO; MELLO, 2015, p. 15.

¹⁵⁶ CARVALHO; CARVALHO, 2017.

tampouco retirada. Como dado prévio à própria experiência jurídica, deve ser reconhecida em todas e por todas as pessoas, independentemente as circunstâncias concretas (assim, p. ex., mesmo o maior dos criminosos é igual em dignidade ao mais honesto dos homens).¹⁵⁷

Para alicerçar seus pensamentos as autoras invocam a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, que afirma que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

É exatamente nesse sentido, aliás, que estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, já em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.¹⁵⁸

A isso agregam a afirmativa de que a dignidade humana e a autonomia pessoal são incindíveis, invocando argumentos que remontam à matriz kantiana sobre o ponto.

Dignidade humana e autonomia pessoal são incindíveis. Remontando à matriz kantiana suprarreferida, a dignidade humana em tal sentido centra-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa – mas não como capacidade real de exercício da mesma, e sim como capacidade potencial (em abstrato) de cada ser humano de autodeterminar sua conduta, independentemente de sua efetiva realização em concreto. Isso faz com que sejam iguais em dignidade também o absolutamente incapaz (p. ex., deficiente mental, nascituro) em relação aos capazes, sendo todos os indivíduos iguais em dignidade, qualquer que seja sua condição mental ou social. Em segundo lugar, para além dessa dimensão ontológica, surge uma noção comunicativa ou inter-relacional da dignidade humana, é dizer, o seu reconhecimento em relação ao outro. Ressai, neste aspecto, uma superação da concepção marcadamente individualista da dignidade e dos direitos da personalidade, lastreada em KANT, por ele concebidos como um catálogo completo e fechado de faculdades e poderes do homem em abstrato, desconectado de seus nexos sociais e comunitários. Essa dimensão exsurge da própria condição do homem de ser social, isto é, convivente com outros em uma determinada sociedade (dimensão intersubjetiva da dignidade), sem que tal coisa possa jamais implicar uma renúncia do individual em função do coletivo, como destacamos acima a respeito da necessidade de uma concepção personalista do Direito. O que se destaca aqui é a noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na contribuição ativa de todos para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis a todos os seres humanos.¹⁵⁹

¹⁵⁷ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 150-151.

¹⁵⁸ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 151.

¹⁵⁹ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 151-152.

Também destacam que a dignidade humana só se justifica ou faz sentido na consideração de uma pluralidade de pessoas, em um âmbito público, local onde é possível a interação entre elas.

Com isso, nota-se que a dignidade humana só faz sentido no âmbito da pluralidade de pessoas, como membros de uma coletividade, pois o ser humano apenas se realiza e se transforma em pessoa dotada de razão no âmbito da esfera pública, sob a condição de interação com outras pessoas, como oportunamente salientou Hannah ARENDT.¹⁶⁰

Vê-se como importante o aponte para o fato de que autores consideram a dignidade como direito de segunda geração ou de segunda dimensão de direitos e liberdades, vez que se trata de exigência do materialmente necessário para a dignidade. No entanto, advertem para o fato de que o conceito de dignidade está para além do ontológico e social demandando também um aspecto histórico-cultural, fazendo com que sua concretização dependa da práxis constitucional.

Ainda nessa trilha, autores há que situam a dignidade da pessoa humana como um direito de segunda geração, ou pertencente à segunda dimensão de direitos e liberdades, já que se trata de exigir da sociedade a prestação do materialmente indispensável à dignidade da condição humana, o que consiste na proteção da dignidade da vida mesma, protegendo-se a saúde, a educação, a solidariedade e a dignidade do trabalho. Por derradeiro, o conceito de dignidade humana, além de ontológico e social, demanda ainda uma contextualização histórico-cultural, o que significa que reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Nesse sentido, as dimensões natural e cultural da dignidade humana interagem e se completam, sendo o seu conceito um produto da evolução de diversas gerações através do tempo. Por isso, no âmago dos ordenamentos jurídicos, o apelo à dignidade humana supõe uma progressiva ampliação e adaptação do rol dos direitos fundamentais às circunstâncias do contexto histórico e social, através de uma interpretação evolutiva da Constituição.¹⁶¹

Por fim, é feita uma cisão¹⁶² entre os conceitos de dignidade humana de um modo geral e dignidade humana em particular, bem como entre dignidade em primeira e em segunda dimensão.

Afirmam que uma dimensão, a primeira, é de abstenção em relação às liberdades e que a segunda diz respeito a uma atividade para além da abstenção, que atinge o nível do dever prestacional.

¹⁶⁰ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 152-153.

¹⁶¹ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 153.

¹⁶² CARVALHO; CARVALHO, 2017.

Assim, somente com a realização dos direitos fundamentais é que se veria a dignidade das pessoas realizada.

Nesse contexto, é importante destacar também que dignidade humana, de modo geral, e dignidade da pessoa humana, em particular, são conceitos distintos, pois uma situação que individualmente possa não ferir a dignidade de alguém pode, para muitos, parecer indigna, violando o núcleo essencial da dignidade da pessoa. E essa evolução fica patente no sistema de penas criminais, já que na sociedade ocidental, determinadas penas inicialmente aceitas como legítimas foram aos poucos sendo proscritas em razão de representarem uma violação ao valor da dignidade humana. De todos modos, fica evidente então que a concretização da dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão, tanto negativa –vinculada à ideia de autodeterminação) –,quanto positiva, já que sua tutela por parte do Estado e frente a este próprio e aos demais indivíduos deve se concretizar para além da mera abstenção, especialmente naqueles casos em que o indivíduo em concreto não tenha capacidade de autodeterminação (p. ex., o nascituro; o enfermo mental). Nessa linha de pensar, Ronald DWORKIN sustenta que “a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva, e ambas encontram-se conectadas”. A primeira dimensão, eminentemente defensiva, evoca a necessidade de respeito ao exercício da autonomia e de proteção dos direitos fundamentais frente a atos que os violem ou os coloquem em ameaça, e a segunda dimensão, dita prestacional, corresponde aos deveres de tutela por parte dos órgãos estatais que impliquem medidas protetivas de respeito e promoção dessa dignidade. De um modo geral, pode-se conceituar também a dignidade como a referência minimalista à vedação de que a pessoa humana seja rebaixada à condição de mero objeto, ou instrumentalizada para a consecução de fins que lhe sejam alheios, no sentido que, como já destacado supra, defendia KANT. No entanto, como seu tratou de expor aqui, mais do que essa vedação, expressamente constante da Constituição, o respeito à dignidade do homem impõe uma garantia de sua vida, liberdade, autonomia e igualdade, e de modo geral, dos seus direitos fundamentais, pois onde os mesmos não sejam reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrios e injustiças.¹⁶³

Com base nessa linha de pensamento, em que se busca uma definição para a dignidade recorrendo-se a divisões conceituais, não parece desarrazoado se buscar sistematizar a questão, para fins de contribuição ao debate, desenvolvendo três níveis distintos sobre a significação de dignidade que vão se inter-relacionando entre si: dignidade, dignidade humana e dignidade da pessoa humana.

No entanto, antes, sobre isso, é preciso ressaltar conceitos kantianos que, de algum modo, fixam-se no ser humano como único ser vivo passível de ter dignidade, deixando os demais seres vivos fora dessa possibilidade. Segundo lição de Sarlet,¹⁶⁴ tais

¹⁶³ CARVALHO; CARVALHO, 2017, p. 153-154.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

conceitos são passíveis de críticas sob o ponto de vista de um excessivo antropocentrismo, na medida em que colocam o homem num lugar privilegiado diante dos demais seres vivos.

Dito isso, torna-se possível uma reflexão no sentido de que a dignidade seria o conjunto de potencialidades dos seres vivos que os distinguem entre si, permitindo uma classificação de caráter taxonômico¹⁶⁵ de todos eles.

Assim, todas as potencialidades que caracterizam um ser vivo fazem dele, digno de ser, exatamente, o que ele é.

A dignidade humana seria o conjunto de potencialidades do ser humano que o distingue de outros seres vivos não-humanos, que o faz diferente, tais como, racionalidade, autoconsciência, autodomínio, sentido do futuro, sentido do passado, capacidade de se relacionar com outros, preocupação pelos outros, comunicação e curiosidade.¹⁶⁶

Emerson Silva Barbosa, valendo-se de Singer e de Fletcher refere uma lista de indicadores de humanidade que, de algum modo, corrobora essa tese.¹⁶⁷

Tal lista assim se constituiria:

- a) Autoconsciência;
- b) Autodomínio;
- c) Sentido do futuro;
- d) Sentido do passado;
- e) Capacidade de se relacionar com outros;
- f) Preocupação pelos outros;
- g) Comunicação;
- h) Curiosidade.¹⁶⁸

Aos indicadores apontados, mereceria destaque a racionalidade e, especialmente, a autoconsciência.¹⁶⁹

Já a dignidade da *pessoa* humana seria o conjunto de atributos morais necessários ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas como a liberdade individual (de

¹⁶⁵ A Taxonomia de Lineu é extensamente usada nas ciências biológicas. Ela foi desenvolvida por Carolus Linnaeus (Conhecido normalmente como Carl von Linné, ou em português como Carlos Lineu) no Século XVIII durante a grande expansão da história natural. A taxonomia de Lineu classifica as coisas vivas em uma hierarquia, começando com os Reinos. Reinos são divididos em Filos. Filos são divididos em classes, então em ordens, famílias, gêneros e espécies e, dentro de cada um em subdivisões. Grupos de organismos em qualquer uma destas classificações são chamados *taxa* (singular, taxon), ou *phyla*, ou *grupos taxonômicos*. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre: Taxonomia de Lineu. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Taxonomia_de_Lineu>. Acesso em: 03 jan. 2018.

¹⁶⁶ BARBOSA, Emerson Silva. O conceito de homem, pessoa e ser humano sob as perspectivas da Antropologia Filosófica e do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9837>. Acesso em: 03 jan. 2018.

¹⁶⁷ BARBOSA, 2011.

¹⁶⁸ BARBOSA, 2011.

¹⁶⁹ BARBOSA, 2011.

pensamento, de expressão e manifestação, de escolha, de locomoção, de orientação sexual, religiosa e cultural etc.), a privacidade (intimidade, sigilo das comunicações etc.) e a personalidade (nome, filiação, nacionalidade etc.), dentre outros.

Esses atributos são muitos e, por variarem dependendo do contexto social e histórico, vão se ampliando na medida em que vai sendo possível se reconhecer outros que também viabilizam o desenvolvimento do ser humano, mas que outrora não se detectava como tal.

Em verdade seria tudo aquilo que permite ao ser humano se desenvolver como tal e como pessoa.

Assim, o reconhecimento pelo grupo social desses atributos como valores superiores, erige-os a verdadeiros fundamentos para a existência do Estado, que deve se estruturar fundado nisso, ou seja, para proteger e viabilizar a dignidade da pessoa humana que, ao fim, visa proteger e viabilizar a existência da própria humanidade.

Na medida em que o Estado se funda para viabilizar a dignidade da pessoa humana, ela deve, enquanto valor, ser reconhecida no trato de todos os seres humanos, assim considerados ontologicamente, na medida em que é possível, em termos biológicos, por meio de análises cromossômicas, a determinação exata de quem seja pertencente à espécie humana.

A questão de saber se um ser pertence a determinada espécie pode ser cientificamente determinada por meio de um estudo da natureza dos cromossomas das células dos organismos vivos. Neste sentido, não há dúvida que, desde os primeiros momentos da sua existência, um embrião concebido a partir de esperma e óvulo humanos é um ser humano; e o mesmo é verdade do ser humano com a mais profunda e irreparável deficiência mental — até mesmo de um bebê anencefálico (literalmente sem cérebro)¹⁷⁰

Tal consideração, ao fim proíbe toda e qualquer possibilidade de que se deixe de atribuir a condição de pessoa a qualquer ser humano (aqui no sentido biológico referido), com o fim de negar-lhe o seu valor intrínseco.

Aliás, não é outra a concepção contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seu Artigo VI: *Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.*¹⁷¹

¹⁷⁰ SINGER, 2000, apud BARBOSA, 2011.

¹⁷¹ BARBOSA, 2011.

Assim, na medida em que não se reconhece como um valor especial aquele núcleo de qualidades e atributos que fazem dos seres humanos pessoas, estar-se-ia violando a dignidade delas.

Parece claro que a dignidade da pessoa humana se contrapõe diretamente à tortura e que torturar é violar essa dignidade, na medida em que a aplicação de tormentos tem o efeito justamente de anular os atributos que viabilizam o pleno desenvolvimento humano.

Portanto, na medida em que o Estado se funda para tutelar a dignidade da pessoa humana, tem ele o compromisso de resguardá-la e protegê-la enquanto valor especial, devendo combater toda a sorte de ataques e violações a ela.

4 (I) LEGITIMIDADE

Como antes adiantado, o debate sobre a ilegitimidade da tortura e de sua eventual relegitimação especialmente em casos-limite, como os descritos nos cenários de bomba-relógio, compõem uma das discussões mais instigantes da temática em exame.

Essa discussão, tendo em conta a questão do terrorismo, é deveras complexa e relativamente moderna, o que demanda profunda reflexão sobre suas premissas e grande esforço argumentativo para a sustentação tanto da possibilidade como da impossibilidade de aceitação da tortura nesses contextos como algo eventualmente necessário, portanto lícito ou desculpável.

Impende que se diga que mesmo antes de se ter a variável do terrorismo como pano de fundo, muito já se discutia sobre a proibição da tortura, que chegou a ser, por longo tempo, não só utilizada como permitida (não vedada) no processo penal moderno (romano-canônico), como visto em capítulo anterior.

Apesar da evolução do tratamento jurídico no trato dessa questão ao longo dos tempos, é cediço que nada do que se produziu em termos normativos de proibição foi capaz de conter essa prática tão desumana, o que só fez aumentar a produção e difusão de manifestos e documentos, internos e de caráter internacional, contra a prática da tortura em quaisquer circunstâncias.

4.1 Terrorismo: a nova variável no trato da tortura

É preciso que se perceba que muito do que se diz sobre tortura, incluindo o que se trouxe até agora neste trabalho, seu conceito e origens e sobre o fundamento de sua proibição, tem em consideração, de um modo geral, as preocupações com a prática de tortura relativamente a períodos e situações anteriores à novel demanda social surgida nos tempos atuais, com a chamada “guerra ao terror” (principalmente nos EUA) e outras situações hediondas que têm se tornado mais frequentes na atualidade.

Mas mesmo que se tenha por considerados esses novos anseios referidos, ao que parece, assim não o foram com o grau de preocupação compatível com o modo corriqueiro com que os atentados têm ocorrido em nosso contexto social atual.

Não por descaso, diga-se, mas porque a questão do terrorismo e da macrocriminalidade organizada é muito recente em comparação com a história da tortura, que possivelmente acompanhe a história do homem desde seu início.

Até certo tempo, não muito distante, tudo que se tinha em mente sobre a tortura dizia respeito a violações manifestamente injustificáveis, em cenários com masmorras medievais ou em Estados totalitários, em ditaduras, contra indivíduos dissidentes ou subversivos, contra prisioneiros de guerra, ou até mesmo contra condenados por crimes comuns, muitas vezes envolvendo questões totalmente vinculadas a aspectos políticos e à mera negação das liberdades individuais.¹⁷²

Daí que uma grande parte da produção da doutrina e das legislações que se difundiram sobre a tortura, assim o foram com base nessa realidade anterior ao surgimento dessa nova variável que se traduz no terrorismo e na macrocriminalidade organizada.

Evidentemente, não se pode dizer que a demanda social por segurança seja nova, é bem verdade, mas as técnicas e modos de ameaça e violação da segurança, sem dúvida, o são.

Assim, essas novas demandas sociais baseadas na necessidade de combate ao terror vêm se impondo como urgentes em diversas nações, dadas a frequência e a violência dos atentados na atualidade.

Entretanto, no combate a essas ameaças contemporâneas, o Estado segue limitado pela concepção tradicional dos seus próprios fundamentos democráticos e de Direito que o vincula à tutela dos valores humanos e dos direitos fundamentais, de modo a lhe colocar, atualmente, diante de um quadro em que, aparentemente, se vê despido de mecanismos hábeis ao adequado enfrentamento dessas questões.¹⁷³

Disporia o Estado, dentro desses limites, de mecanismos lícitos eficazes para a promoção da segurança, em face dessas novas práticas atentatórias à própria humanidade? Em outras palavras, e aqui direcionando-se mais especificamente para o ponto, a tortura poderia caber dentro destes limites em casos excepcionais, como meio eficaz de combate ao terror?¹⁷⁴

¹⁷² Refere o Professor Bernd Schünemann: É compreensível que, na discussão sobre a tortura salvadora, haja uma enorme dificuldade de superar as associações com os bestiais porões de tortura dos regimes totalitários - em que a rigor se perseguiram finalidades diametralmente diversas [...] GRECO, 2011, p. 10.

¹⁷³ Sobre isso Ripolles, ao comentar algumas características do modelo penal garantista, modelo que entende não mais adequado para interpretar as recentes modificações político-criminais, ressalta que tal modelo prima, dentre outras coisas, pela “existencia de límites trascendentes en el empleo de sanciones penales. Así, los efectos sociopersonales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas sanciones, o determinadas formas de ejecución de sanciones, son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. [...] Pues bien, la tesis que quisiera exponer a continuación es la de que este modelo ya no nos da las claves para interpretar los recientes cambios politicocriminales, por la sencilla razón de que éstos obedecen a una nueva forma de configurar y modelar el control social penal.” DÍEZ RIPOLLES, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo: BdeF, 2007, p. 64.

¹⁷⁴ Callegari e Linhares ressaltam a necessidade de uma política de Construção da Paz no combate ao terrorismo, prezando-se por valores humanistas, o que inviabilizaria a tortura em qualquer hipótese. CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da

Necessariamente o Estado, para cogitar a tortura como método lícito de busca de informação, em situações especialíssimas, teria de revisar restritivamente a leitura tradicional sobre direitos fundamentais?¹⁷⁵

Diante desse novo cenário que considera o combate ao terrorismo como prioridade social e institucional nos países de índole democrática, ressurgiu com importância a ideia de relegitimação da tortura, em razão da necessidade de enfrentamento do terrorismo.

Llobet Anglí adverte para o problema que subjaz à questão da relegitimação da tortura, que seria o mais grave, pois diz respeito a uma mudança já no âmbito da sensibilidade política e social sobre a tortura pós-ataques de 11 de setembro.

Ahora bien, en el fondo del debate está patente otro problema de mayor trascendencia, el cual ha sido puesta de relieve por un sector doctrinal: si la sensibilidad política y social sobre la tortura ha cambiado a partir del 11-S, aunque reconocerlo en público se considere políticamente incorrecto. De hecho, LUBAN describe que en la actualidad existe en su país una “cultura de la tortura”, representada por los juristas y los altos cargos políticos de Washington y materializada en los memorandos oficiales legitimando esta práctica.¹⁷⁶

Entre os juristas norte-americanos já há boa difusão da ideia de que a tortura não se coaduna com uma proibição absoluta,¹⁷⁷ e com respaldo da opinião pública, sendo que o

paz em casos extremos como o da ticking time bomb. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.125, nov 2016. Base RT Online, p. 11.

¹⁷⁵ Acerca desse tema Silva Sanchez concede que, de modo excepcional e em casos extremos, possa-se pensar numa revisão restritiva de garantias (não refere expressamente o uso da tortura): “Como se pode facilmente depreender do exposto nas páginas anteriores, um Direito Penal da ‘terceira velocidade’ existe já, em ampla medida, no Direito Penal socioeconômico. E, como pode também se extrair do que foi aludido anteriormente, meu ponto de vista é que, nesse caso, seu âmbito deve ser reconduzido ou à primeira, ou à segunda velocidade mencionadas. Mas, vejamos, significa isso que não deve sobrar espaço algum para um Direito Penal de ‘terceira velocidade’? Isso já é mais discutível, se levamos em conta a existência, para não dizer mais, de fenômenos como a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta e reiterada, ou fenômenos como a criminalidade organizada e o terrorismo, que ameaçam solapar os fundamentos últimos da sociedade constituída na forma de Estado. Sem negar que a ‘terceira velocidade’ do Direito Penal descreve um âmbito que se deveria aspirar a reduzir a mínima expressão, aqui se acolherá com reservas a opinião de que a existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade, com certeza, é, em alguns âmbitos excepcionais, e por tempo limitado, inevitável.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 11), p. 148-149.

¹⁷⁶ LLOBET ANGLÍ, Mariona. ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? **InDret**: Revista para el análisis del derecho, Barcelona, jul. 2010. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/746_es.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018, p. 9.

¹⁷⁷ Así, dentro del primer grupo, SCARRY y SHUE abogan por una decisión ex post facto sobre si el torturador actuó adecuadamente o no en un caso excepcional, realizada por un jurado de iguales, en vez de por una orden de tortura ex ante. En este sentido, IGNATIEFF, PARRY y COHAN argumentan con base en la excepción de necesidad, también GROSS sostiene la solución de la justificación o la excusa ex post, y GAETA defiende la aplicación de una circunstancia atenuante. De este modo, los autores que sustentan un

que se discute nesses ambientes é se há de ter uma regulação estatal a propiciar uma valoração *ex ante* ou se a análise do fato deve ser *a posteriori* (regulada ou não).

[...] muchas alternativas a dicho planteamiento no defienden la prohibición absoluta de la tortura. Por el contrario, se decantan, bien por otro modelo de solución, el cual detallan más o menos, bien por su práctica “a espaldas” de la opinión pública. Además, también aceptan la tortura preventiva.¹⁷⁸

De outro lado, Heringer Júnior, valendo-se de Arno Dal Ri Júnior,¹⁷⁹ chama a atenção para o fato de que no desenrolar da cultura punitiva ocidental sempre houve um “inimigo do Estado” bem definido. Sempre se moldou no imaginário coletivo e nos ordenamentos penais a figura rebelde ao poder. O fomento da ideia de existência de inimigos estatais perigosos estaria contribuindo de modo decisivo para essa mudança social no grau de tolerância e aceitação da tortura como mecanismo de promoção securitária.

Se até o último quartel do século 20 eram os movimentos radicais de esquerda os mais visados no mundo ocidental, a partir de então, com a queda do muro de Berlim, um novo inimigo é palatinamente criado: o terrorismo islâmico. A modelagem desse novo alvo começou a ser realizada nas décadas de 1980 e 1990, principalmente devidos a alguns ataques e atentados realizados por grupos fundamentalistas muçulmanos, como os sequestros de aeronaves envolvendo aviões da TWA em 1985 e da PANAM em 1988, a explosão de um carro-bomba no subsolo do World Trade Center, em 1993 e os atentados a embaixadas norte-americanas no Quênia e na Tanzânia em 1998. A cobertura dada pela imprensa e a postura de algumas autoridades estadunidenses, com o manifesto objetivo de semear o pânico entre a população, potencializou os efeitos dessas ações terroristas, gerando um sentimento de insegurança relativamente a esses novos inimigos do Estado, a ponto de a comunidade legitimar qualquer forma de reação. E, em 2001, o 11 de Setembro consolidaria essa tendência de reformulação do adversário político, moldando toda uma política repressiva radical de alcance global.¹⁸⁰

modelo de solución legal alternativo comparten dos rasgos con la propuesta de DERSHOWITZ: en primer lugar, también defienden la permisión de la tortura⁵⁶. Lo que ocurre es que no se ponen de acuerdo en si ésta tiene que formalizarse en una orden emitida *ex ante* por el poder judicial (o por el ejecutivo), o, en cambio, debe determinarse con posterioridad a su comisión. Por tanto, expresa o tácitamente, también están abogando por la regulación de un modelo legal que resuelva tales supuestos. Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, cualquier exención, por mucho que se aplique *a posteriori*, tiene que determinar *a priori* en qué supuestos y con qué requisitos podrá apreciarse. De este modo, “la presencia de un caso concreto no brinda nuevos criterios de valoración”, sino que “tan sólo es un supuesto más subsumible en una regla que, como todas, debe ser generalizable (...), y ello con independencia de que la valoración se haga *ex ante* o *ex post*”. Además, la consecuencia deducible del caso israelí es que permitir la tortura *ex ante* (mediante directivas ministeriales) o eximirla de pena *ex post* (con base en el estado de necesidad), no varía sustancialmente en la realidad, es decir, la tortura sigue practicándose. LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 13-14.

¹⁷⁸ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 13.

¹⁷⁹ DAL RI JUNIOR, 2006 apud HERINGER JUNIOR, Bruno. A tortura judiciária no ocidente: origem, abolição e ressurgimento. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, ano 14, n. 79, p. 21-40, jan./fev. 2018.

¹⁸⁰ HERINGER JUNIOR, 2018, p. 35-36.

Dessa forma, não é de modo algum inoportuno o debate que envolve a ilegitimidade e possível relegitimação da tortura, pelo que a questão merece toda a atenção e estudo possível.

Por fim, é imperioso debater a tortura tendo em conta essa nova realidade e valendo-se também de opiniões de abalizados doutrinadores que já consideram e enfrentam o tema sob a ótica desses novos cenários que envolvem o terrorismo e a criminalidade organizada.

4.2 Casos extremos: nova base da discussão

Em face do que se disse até aqui, faz-se agora necessário lançar as novas bases para a discussão sobre a ilegitimidade da tortura e sua eventual relegitimação.

Sendo assim, desde logo, traçam-se duas situações capazes de fomentar o debate sobre o que se está a questionar.

Uma, hipotética, em tese possível, envolvendo tortura como solução num cenário de terrorismo. A outra, real, que retrata a tortura no caso de um crime comum.

O *ticking bomb scenario*,¹⁸¹ no qual um terrorista capturado, teoricamente, pode declarar o local da bomba relógio e evitar uma catástrofe, mas se recusa a fazê-lo, seria capaz de autorizar, legitimamente, o Estado a violar o direito a não ser torturado do terrorista? Tal situação poderia constituir argumento válido para justificar eventual flexibilização da proibição da tortura?

E a questão ganha relevo quando se percebe que sequer é preciso um caso envolvendo terrorismo, mas um com criminoso comum já seria o bastante para reacender o debate sobre a legitimidade da tortura e sua proibição absoluta.

O célebre caso Daschner, julgado na Alemanha em dezembro de 2004, exemplifica o que se está a dizer.

Um estudante de direito, Magnus Gaefgen, sequestrou uma criança de 11 anos, filha de um executivo de Frankfurt, e exigiu um milhão de euros pelo resgate. Depois de preso e após infrutífero interrogatório, o chefe de polícia responsável pelo caso, Wolfgang Daschner, decidiu ordenar a um policial subordinado que ameaçasse infligir coação física para o fim de obter a informação sobre o local de cativeiro da vítima.

¹⁸¹ AMBOS, 2009.

Mais precisamente, conforme documentado e juntado por ele mesmo no expediente, Daschner ordenou que se avisasse previamente o sequestrador que lhe seria infligido dor sem provocação de lesão e com supervisão médica, por ter se considerado essa a única forma de obter a localização da vítima e de salvar sua vida.

Imediatamente após ser confrontado com essa estratégia (ou ameaça de tortura), o sequestrador confessou ter matado a criança e passou as informações sobre o local onde se encontrava o corpo.

Gaefgen foi sentenciado a prisão perpétua por sequestro, extorsão e assassinato e o oficial Daschner e seu subordinado foram também condenados. O último por coerção e Daschner por ordenar subordinado ao cometimento de um crime. Em relação a eles o Tribunal, apesar da condenação, invocando a personalidade dos agentes e as peculiaridades do caso, bem como a possibilidade legal para a situação, deixou de aplicar a pena por entender desnecessária.¹⁸²

Esse caso bem ilustra a necessidade do debate sobre o tema, visto que, mesmo fora dos casos envolvendo o terrorismo, é possível facilmente ver reacesa a questão relativa à legitimidade eventual da tortura.

Portanto, repisa-se, necessário se faz o debate com base também em doutrinadores e estudiosos do tema que enfrentam diretamente essas novas variáveis para que se possa avançar nessa questão.

A partir do próximo ponto verificar-se-á a opinião de alguns estudiosos desse tema para fins de se propiciarem reflexões e, quiçá, conclusões sobre tão delicada questão da atualidade.

4.3 Análise doutrinária sobre tortura nos casos extremos

Sendo assim, parte-se de uma análise sobre a questão baseada, primeiramente, em trabalho de Greco, em que ele propõe reflexões importantes sobre a tortura nos chamados casos de bomba-relógio.¹⁸³

Ao iniciar sua análise, Greco refere que diversos autores que defendem a possibilidade de legitimação da tortura em casos extremos consideram que o conjunto de fatores que precisam se fazer presentes para tanto é de tal maneira complexo que, na prática, a proibição seria mesmo absoluta.

¹⁸² AMBOS, 2009.

¹⁸³ GRECO, 2011.

O grupo de casos das bombas-relógio tem o mérito de deixar transluzir todas as dificuldades do problema. Não são muitos os que conseguem resistir à tentação que o grupo de casos representa, qual seja, a de tolerar ou permitir a tortura, pelo menos nessas situações excepcionais. A atitude de Reemtsma, que responde afirmativamente à pergunta luhmanniana – “você faria isso?” –, ao mesmo tempo em que propugna uma firme defesa da proibição absoluta, é representativa da postura de muitos doutrinadores. Roxin, que tampouco tem qualquer dúvida a respeito da antijuridicidade de qualquer ação de tortura, considera “pensável” uma “exculpação” supralegal em tais situações catastróficas. Não faltaram aqueles que, mesmo autodefinindo-se como opositores da tortura, defendem uma justificação nos casos de bombas-relógio. Entre os poucos que não duvidam – acertadamente, como veremos – da existência, no caso extremo, de um dever fundado em convicções morais de tolerar a própria morte, encontra-se o professor espanhol Molina Fernández. Não é sem alguma razão, portanto, que os adversários da proibição absoluta se orgulham da honestidade de seu ponto de vista, o qual declara de modo aberto a licitude jurídica e moral da opção que, provável e compreensivelmente, acabaria-se por tomar. Esses autores acentuam, sobretudo, que a exceção à proibição de torturar que se está introduzindo depende da ocorrência de situações verdadeiramente extraordinárias, de modo que, na prática, ter-se-ia uma proibição quase-absoluta de torturar.¹⁸⁴

A partir disso, o autor segue elencando as principais razões ou os mais importantes argumentos a justificar a aceitação da tortura como lícita nas hipóteses como as de bomba relógio.

Inicia referindo que aquele que deverá suportar a tortura, nesses casos, não é um estranho à situação, mas sim o responsável por ela. Assim, entre o terrorista, causador do mal, e as vítimas, o Estado teria de se posicionar em favor delas, a bem do Direito.

Em primeiro lugar, argumenta-se que aquele que deve ser torturado não é estranho à situação, e sim precisamente o responsável por ela. “Tanto a valoração jurídica do comportamento do terrorista (antijurídica), como a da situação da vítima (conforme ao direito), estão bem claras”. Uma proibição absoluta de torturar significaria que “se premia o sangue frio e a astúcia do terrorista”. “Entre o jurídico e o antijurídico, não pode o Estado de Direito portar-se de modo neutro, tendo ele o dever de intervir em favor da vítima.”¹⁸ “Em uma situação em que, faça-se o que se faça, o resultado será sempre a barbárie, deve o Direito colocar-se ao lado da vítima e não do autor.” “A tortura afeta um culpado, sua finalidade consiste em salvar um inocente.” “Se o suspeito é de fato o terrorista que está pondo em perigo a vida de pessoas inocentes, é imperativo de justiça que seja ele quem arque com os custos da eliminação desse perigo”. Por fim, esta ideia também é expressada por aqueles que admitem nas presentes hipóteses uma legítima defesa em favor de terceiro.¹⁸⁵

¹⁸⁴ GRECO, 2011, p. 2.

¹⁸⁵ GRECO, 2011, p. 2-3.

Ainda seria preciso considerar outro aspecto relevante para admissão da tortura em casos que tais: o resultado da ação terrorista. Haveria de ser algo realmente catastrófico, de modo que a tortura que se praticasse, por pior que pudesse ser, nada seria em comparação ao desastre imposto às vítimas, em numero considerável, que não poderiam ver impostas a elas o dever de aceitarem passivas a sua destruição existencial por atitude ilícita do terrorista.

A segunda consideração relevante não se refere a uma ação prévia daquele que deve ser torturado, mas sim àquilo que dessa ação pode vir a resultar: um dano de dimensões desastrosas. “A mais grave das torturas não é nada em comparação com a ameaça que o terrorista faz aos cidadãos, de sofrer uma morte atroz por meio da explosão de uma bomba”. A proibição absoluta de torturar significa “nada menos que a imposição ao agredido de um dever de aceitar, sem resistência, a destruição antijurídica de sua existência física”. Consequência disso seria “nada menos que uma barbárie contra os interesses superiores e justificados de milhões de afetados e, portanto, um escândalo ético”. “É difícil imaginar um menosprezo mais patente à personalidade de um ser humano do que fazê-lo saltar pelos ares, contaminá-lo com radioatividade, envenená-lo com germes mortais, tudo com o mero fim de semear o terror”. “Em relação à vítima, há uma forma qualificada de lesão à dignidade”, noutras palavras, “uma perda de uma posição jurídica em princípio imponderável”. Os princípios do Estado de Direito não deveriam converter-se em um “pacto suicida”. “Números importam, mesmo em decisões de princípios”. A justificação da tortura por meio das figuras dogmáticas do estado de necessidade ou da colisão de deveres é mais uma manifestação desta ideia.¹⁸⁶

Após apresentar essas argumentações, o autor se questiona se deveria se aceitar, então, a prática da tortura nestas condições.

Ainda assim, entende ele não ser possível em face de que não se comportam exceções em argumentações morais ou jurídicas.

A resposta é negativa. E a razão disso é algo simples, mas pouco visto: em uma argumentação moral ou jurídica, inexistem aspectos que só valem excepcionalmente. Todo aspecto relevante, isto é, todo aspecto ao qual se atribui relevância moral diante de algum problema, conserva essa relevância frente a qualquer outro problema equivalente. Dito com outras palavras: no mundo da argumentação moral e jurídica, não existem exceções, entendidas estas como aspectos que somente têm relevância setorial ou ad hoc. Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base, uma regra que regula, justamente, o que se deve fazer no caso da exceção. Infelizmente, esta regra nem sempre é formulada de maneira explícita, mas ela sempre poderá ser extraída dos argumentos com que se sustenta a exceção, e isso por considerações que aqui não precisam ser discutidas em profundidade.¹⁸⁷

¹⁸⁶ GRECO, 2011, p. 3.

¹⁸⁷ GRECO, 2011, p. 3.

Após essa afirmação de que mesmo nas hipóteses extremas de bomba-relógio a tortura não pode ser tida por lícita, Greco lista e analisa as regras que subjazem a ideia de admissão dos tormentos nas hipóteses extremas denominando-as, como já mencionado neste trabalho, de regra da decadência e regra dos custos.

Pela regra da decadência, como já adiantado, a dignidade humana seria algo prescritível, passível de se perder de acordo com o (mau) comportamento de cada pessoa.

Assim, só se reconhecera dignidade às pessoas enquanto elas mantivessem um comportamento adequado, compatível com o ordenamento jurídico.

No momento que passassem a se comportar de maneira reprovável a ponto de causarem grande mal social, não mais lhes seria devido respeito à dignidade. Essa concepção, segundo o autor, necessariamente propõe que a dignidade é algo disponível.¹⁸⁸

Por outro lado, a dignidade dependeria ainda dos custos sociais de se mantê-la. Em outras palavras, ela duraria enquanto não houvesse uma avaliação de que é muito custoso em termos sociais se manter o respeito à dignidade dela.

Melhor explicando, uma vez considerado que será muito danoso para a comunidade suportar o dano social que alguém provocará por seu (mau) comportamento, não mais será devido respeito à dignidade dessa pessoa.

Uma vez apresentadas essas regras, Greco passa a refutá-las, pretendendo demonstrar o equívoco de suas premissas.

Ele refere que o Estado (democrático) exerce um poder legitimado para tanto. Essa legitimação decorre de alguns compromissos dentre os quais está o de reconhecer, em qualquer hipótese, que o cidadão tem vontade.

Na medida em que a tortura aniquila a vontade do torturado, admiti-la, romperia com o compromisso estatal que o legitima diante dos seus cidadãos, fazendo ruir toda a estrutura de poder legítimo, antes construída.

Nesse sentido, o Estado para se manter legitimado tem de manter o compromisso de respeitar o fato de que todas as pessoas, inafastavelmente, tem vontade, não podendo ultrapassar esse ponto.

O Estado detém o monopólio do exercício da violência em determinado território. Em outras palavras, ele é a instância superior de poder em determinado território. Nisso ele não se diferencia, porém, do bando de ladrões agostiniano, pois este também é a instância mais poderosa em determinado espaço. Ainda assim, o Estado declara-se diferente do bando de

¹⁸⁸ GRECO, 2011.

ladrões, porque afirma exercer não apenas poder, e sim poder legítimo. O Estado se vê, assim, diante da necessidade de fundamentar jurídica e moralmente essa pretensão. Dito de outro modo: o Estado tem de apresentar um título que explique por que o poder estatal pode pretender ser jurídica e moralmente legítimo. Tempos atrás, os Estados faziam valer como título, por exemplo, uma ordem divina ou uma tradição familiar. Em certos casos, que felizmente permaneceram excepcionais, este título foi mesmo a chamada a que se fundasse uma sociedade racialmente homogênea ou sem propriedade privada. O Estado atual, sob cujo poder nós vivemos, exhibe um outro título: ele diz exercer seu poder em nosso nome. Por conseguinte, ele fundamenta seus direitos e tenta obrigar jurídica e moralmente os destinatários do exercício de seu poder não mais apelando a Deus ou à tradição, mas sim a estes próprios destinatários. Para que a legitimidade do Estado se converta em algo mais do que uma simples afirmação, ele deve levar realmente a sério aqueles em cujo nome pretende falar. Isto não significa apenas que o Estado deve ter certa consideração por aquilo que os cidadãos querem, mas, ainda mais fundamentalmente, que o Estado tem de levar a sério o fato de que os cidadãos são capazes de querer, de que são seres capazes de vontade. O título de legitimidade estatal pressupõe que existam seres humanos que tenham uma vontade, de modo que o Estado que se valha deste título se vê vinculado a respeitar esse primeiro dado básico. Uma representação que desconhece por completo o representado, porque este sequer é tido como portador de uma vontade, não é uma verdadeira representação. Em tal caso, não se cria qualquer dever moral ou jurídico de respeitar as medidas provenientes dessa instância de poder, porque, da perspectiva dos afetados, não há nada que as diferencie das ações do bando de ladrões. Esclarecendo: o Estado não promete atuar segundo todo e qualquer conteúdo da vontade de seus cidadãos. Isto seria mais próprio de uma relação entre a avó e seu neto mimado que da relação entre o Estado e o cidadão. O Estado promete, portanto, respeitar não o conteúdo da vontade, mas o próprio fato de que os cidadãos têm uma vontade. Isso é mais fundamental e constitui a chave tanto para explicar por que a tortura está proibida, como por que nenhum comportamento incorreto pode derogar essa proibição. Dessas modestas reflexões se pode deduzir, primeiramente, a inadmissibilidade da tortura: a tortura nega o fato de que o ser humano tenha uma vontade, o que é pressuposto de qualquer exercício de poder legítimo.¹⁸⁹

Por fim, o autor procura refutar também a regra dos custos argumentando não ser ela aceitável na medida em que desconsidera a dignidade como algo inafastável, de contornos perenes, ínsito ao ser humano e não passível de afastamento, por mais caro que seja o custo social disso.

Esta regra submete o respeito da dignidade humana a uma reserva de custos, o que é incompatível com a ideia de que o Estado pretenda exercer seu poder em nome de todos os destinatários. Submeter a dignidade humana a uma reserva de custos é, na verdade, renunciar à dignidade, vez que dignidade significa, primariamente, um valor intrínseco completamente independente dos interesses dos demais. Em outras palavras, o respeito à dignidade humana é uma consideração deontológica (em sentido kantiano), cuja

¹⁸⁹ GRECO, 2011, p. 4-5.

obrigatoriedade é de todo independente das boas e más consequências que o atendimento desta exigência pode ter.¹⁹⁰

Diante desses argumentos, o professor Bernd Shünemann, da Universidade Ludwig Maximilian de Munique,¹⁹¹ teceu comentários aos escritos de Greco, rebatendo, em parte, algumas de suas considerações sobre as denominadas regras de decadência e regra dos custos.

Em meio ao reconhecimento ao bom trabalho realizado e a alguns elogios importantes Bernd Shünemann destaca alguns aspectos que merecem ser abordados com acuidade, pois chamam a atenção para alguns contrapontos necessários ao salutar debate em âmbito científico.

Como referido, os principais destaques feitos pelo professor dizem respeito às considerações de Greco sobre as, por ele denominadas, regras da decadência e dos custos, que se não foram contrapostas, ao menos, receberam um enfoque diferenciado, possibilitando a visão de um outro lado da questão.

Um dos principais pontos abordados pelo crítico professor diz respeito ao paralelo que se pode traçar entre as regras de decadência e de custos com as teorias de justificação da pena.

Haveria uma transferência do debate sobre as teorias da pena para a questão da tortura, uma vez que a regra da decadência poderia ser identificada com a teoria absoluta, vez que ambas dizem respeito a uma legitimação valorativo-racional em face do afetado, enquanto a regra dos custos se igualaria as teorias relativas, na medida em que elas estão imbricadas com as necessidades teleológico-racionais.

O artigo de Greco não apenas documenta e sintetiza de modo completo o debate, que vem sendo travado com uma intensidade até então desconhecida, sobre a valoração jurídica da tortura salvadora em situações extremas, como também contribui para a maior clareza da discussão, e isso de três maneiras: primeiramente, no que atine ao conceito de tortura (com a alusão, feita infelizmente apenas de passagem, ao critério do “exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa”, nas notas 2 e 15); em segundo lugar, esclarecendo que o conceito de “exceção”, frequentemente usado no presente debate como difuso subterfúgio, não se refere apenas a casos individuais, e sim a uma norma de exceção que impõe uma restrição à proibição geral de torturar; e, em terceiro lugar, reconduzindo as possíveis razões para uma tal norma de exceção a dois princípios, que Greco chama de “regra da decadência” e “regra dos custos” (com o sentido de uma ponderação de bens e de interesses). De certa

¹⁹⁰ GRECO, 2011, p. 6.

¹⁹¹ GRECO, 2011.

maneira, as duas regras representam uma transferência do tradicional debate sobre as teorias da pena à questão da tortura, uma vez que a regra da decadência, como a chamada teoria absoluta, trata de uma legitimação valorativo-racional em face do afetado, enquanto a regra dos custos trata da necessidade teleológico-racional segundo o modelo das teorias relativas.¹⁹²

Schünemann faz importante observação na comparação das teorias da pena em relação à tortura em casos de bomba relógio, salientando que seria muito mais tranquila de se aceitar a justificação da tortura, nessas hipóteses, do que a própria imposição de pena ou de prisão preventiva, além de outros casos juridicamente corriqueiros e sempre aceitos sem maiores dificuldades.

Em outras palavras, pode-se inferir de suas considerações que as regras da decadência e a dos custos, mencionadas por Greco, já são utilizadas tranquilamente, com outras vestes, quando se trata de pena ou de restrições como a prisão preventiva ou até mesmo a aceitação de inúmeras mortes em nome de um trânsito rodado, por exemplo.

Assim a defesa da proibição absoluta diante de casos extremos como os de bomba relógio soaria mais como um tabu¹⁹³ ideológico.¹⁹⁴

¹⁹² Comentários Schunemann. GRECO, 2011, p. 8-9.

¹⁹³ Sobre a proibição absoluta da tortura se constituir em verdadeiro tabu, mas aí jurídico, já referimos neste trabalho a opinião de Augusto Silva Santos, que exatamente assim a considera, sem nenhum sobressalto ou constrangimento pelo recurso ao dogmatismo.

¹⁹⁴ Se tentarmos levar esse modelo de legitimação binário, que é a teoria correta para a justificação do direito penal, deste setor para a tortura salvadora e procedermos a um exame da tortura salvadora com base neste modelo, sem nos deixarmos desorientar pela montanha de idéias produzida pela dogmática tradicional, parece que chegaremos a uma conclusão surpreendente, uma vez que a legitimação valorativo-racional e a necessidade teleológico-racional da pena, se comparadas ao caso da bomba-relógio a respeito do qual reflete Greco, se mostram altamente duvidosas: a admissão do poder-agir-diversamente, pressuposto do juízo de reprovação da culpabilidade, pressupõe num nível geral uma tomada de posição um tanto problemática em favor do indeterminismo e, num nível especial, uma ousada capacidade psiquiátrica, e tendo em vista o depressivo balanço de custos e benefícios da execução da pena privativa de liberdade, a necessidade teleológico-racional se fundamenta no altamente controvertido cálculo da prevenção geral pela cominação da pena, que se mostra implausível justamente nos casos mais graves (como o homicídio praticado num estado de emoção ou paixão contra o parceiro amoroso). Se pensarmos na prisão preventiva, que se encontra entre os clássicos instrumentos da justiça penal e que, apesar da existência de modernas alternativas como o monitoramento eletrônico, até hoje é preservada pelos juízes com bastante astúcia por causa da comprovada eficácia em obter coativamente confissões e possibilitar uma transação penal, veremos que já no dia-a-dia de nossa justiça penal há algo que pode ser subsumido sob o conceito de tortura de Greco, e esse instrumento é usado apenas para garantir a execução da pena, algo cuja utilidade social é tamanhamente questionável. Em comparação, parece até trivial justificar a tortura para salvar vidas em face do terrorista responsável. Em primeiro lugar, inexistem prospectivamente qualquer dúvida quanto à possibilidade de evitação (como paralelo ao poder-agir-diversamente, necessário para a pena). Em segundo lugar, a contraposição entre o salvamento de um sem-número de pessoas inocentes, cujo assassinato é planejado pelo cálculo misantrópico do terrorista, e a passageira intervenção na integridade física deste faz com que a análise custo-benefício tenha resultado positivo, o que fica ainda mais evidente em comparação com os questionáveis argumentos que se aceitam tanto para a pena, quanto para a prisão preventiva. Se tomarmos como ulterior base de comparação o direito de matar em legítima defesa quem está cometendo um roubo, direito esse indiscutidamente reconhecido em nosso ordenamento jurídico, ou a menção que se faz de passagem na dogmática do risco permitido, no sentido de que se aceita a morte de milhares de vítimas em razão do interesse no funcionamento do tráfego rodado, surge a grave suspeita de que a tese claramente dominante em favor do “tabu da tortura para salvar

Em relação à regra da decadência, refutada por Greco com base em uma contradição interna, visto que o Estado, ao admiti-la romperia com o compromisso de reconhecimento da vontade dos indivíduos, o professor refere não haver qualquer contradição que só ocorreria se fosse negado o reconhecimento a uma vontade juridicamente merecedora de respeito.

Greco quer refutar a “regra da decadência” atribuindo-lhe uma contradição interna, uma vez que a tortura “desconsidera de modo absoluto” a vontade do cidadão (destruindo, assim, a indispensável base de legitimidade do Estado), de modo que ela não poderia ser justificada fazendo referência à vontade má do autor. Esta objeção faz recordar – apesar de que sua finalidade seja exatamente inversa – de modo surpreendente as teorias absolutas da pena, que supõem deduzir a consequência jurídica da pena de uma contradição com o ordenamento jurídico implicitamente declarada pelo comportamento do autor ou mesmo de uma contradição lógica que se manifesta no próprio comportamento. Mas supor que exista uma tal contradição é, na verdade, um “feitiço de nosso entendimento por meio da linguagem”, produzida por um processo de abstração questionável e até deformador do fenômeno real: recusar o respeito, por exemplo, à vontade de um terrorista que quer por um motivo fútil assassinar milhões de pessoas, deixando também de considerar a correlata vontade de omitir a ação salvadora juridicamente obrigatória, tem (dito abstratamente) como consequência prática a execução dessa obrigação jurídica. Só se teria uma contradição, se se estivesse violando uma vontade juridicamente merecedora de respeito.¹⁹⁵

Assim, aquela vontade da pessoa dirigida à destruição do próprio Estado ou de estruturas que o fundam não seriam merecedoras de respeito ou dignas de consideração.

Do mesmo modo, o professor Schünemann rechaça a ideia de afastamento da regra dos custos, como sugere Greco, considerando ela algo absolutamente necessário no cenário jurídico.

A refutação de tal regra, adverte ele, só seria compreensível tendo em conta argumentações de caráter eminentemente religioso, não concebíveis em uma sociedade como a nossa, em que o Direito se ocupa de questões finitas.

Para bem demonstrar o que diz, Schünemann propõe que se estenda o caso da bomba relógio para uma situação de uma guerra nuclear, em que estaria em jogo a existência de toda a vida no planeta.

vidas” (vide as completas referências no texto de Greco) não passe de ideologia ou, no caso dos autores que esperam que a proibição abstratamente defendida seja violada em casos de emergências, com o que acabam em segredo considerando a tortura algo correto, mesmo de hipocrisia. *Comentários Schunemann. GRECO, 2011, p. 9.*

¹⁹⁵ *Comentários Schunemann. GRECO, 2011, p. 10.*

Nessa hipótese, ainda assim, deveria ser absoluta a proibição da tortura?

Com muito menos razão posso reconhecer na recusa à “regra dos custos” algo logicamente necessário. Esta recusa me parece muito mais uma conclusão circular. Se *per definitionem* se fixa um conceito de dignidade humana, segundo o qual no seu bojo não é possível qualquer ponderação, está claro que não ocorrerá mais ponderação alguma – mas aqui se vê com clareza que um tal conceito só pode ser proposto pressupondo-se uma concepção do absoluto religiosamente fundada, que é mesmo absurda face a uma sociedade voltada para as questões finitas deste mundo e ao direito que a ela se restringe: basta que se estenda o caso hipotético da bomba-relógio, imaginando a situação já não de todo fantasiosa em que exista o perigo de uma guerra nuclear que levaria ao fim de toda a humanidade, e com isso se verá o impressionante paralelo que existe entre a opinião dominante e a teoria absoluta da pena, em especial reconhecível na afirmação de Immanuel Kant, de que “se desaparecer a justiça, não há mais valor algum na existência de seres humanos sobre a terra”¹⁹⁶

Portanto, diante dos argumentos de Greco e de Schünemann é possível se ter a noção da importância do debate em torno do tema, pois, como visto, longe está de ser tranquila a questão.

Tendo por base as afirmações de juristas norte-americanos, especialmente de Alan Dershowitz,¹⁹⁷ que defende, no combate ao terrorismo, a liberação e regulamentação de algumas práticas moderadas e não letais de tortura para casos como os de bomba relógio, o professor português, Dias, faz considerações sobre a possibilidade ou não dessa exceção à proibição da tortura.

Ele inicia dando os contornos da proposta de Dershowitz.

Alguns juristas norte-americanos, e não só, vieram questionar que se mantivesse a proibição absoluta da tortura quando se trata da luta contra o terrorismo. Um desses juristas, ALAN DERSHOWITZ, conhecido pelas suas posições a favor das liberdades civis, veio admitir o uso de formas moderadas (não letais) de tortura, quando há fundadas suspeitas de que um terrorista ou alguém da organização a que pertence colocou uma bomba que rebentará num local público produzindo a morte a dezenas ou milhares de pessoas. Se esse for o único meio para prevenir um ataque terrorista de dimensão catastrófica, o autor aceita que possam ser usadas aquelas formas de tortura desde que estejam previstas na lei e a sua inflicção seja autorizada e controlada por um juiz.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Comentários Schunemann. GRECO, 2011, p. 10.

¹⁹⁷ DERSHOWITZ, Alan. **Tortured Reasoning**. Disponível em: <<https://www-tc.pbs.org/inthebalance/pdf/dershowitz-tortured-reasoning.pdf>>. Acesso em: 28 dez 2017.

¹⁹⁸ DIAS, 2012, p. 240.

Refere os pressupostos fáticos e normativos da liberação. Assevera que Dershowitz entende que a tortura, pelo que se divulga na imprensa, já ocorre nos EUA e, portanto, melhor seria regulamentá-la e submetê-la ao controle Estatal, visto que não se pode admitir soluções de problemas subtraídas à visibilidade do cidadão e à ponderação judicial.

DERSHOWITZ faz assentar a sua posição favorável à tortura em determinados pressupostos fáticos e normativos. Começa por afirmar que as informações veiculadas pela imprensa permitem considerar como facto empiricamente comprovável que os Estados Unidos e alguns dos seus aliados empregam, pelo menos, formas não letais de tortura para combater o terrorismo. Se é essa a realidade, se a tortura é de facto usada para prevenir ataques terroristas de grandes proporções, então é preferível que seja controlada judicialmente em lugar de permanecer clandestina. O controlo judicial introduz ponderações na aplicação da tortura que a tornam justificável e ao mesmo tempo reduzem a sua frequência. O autor rejeita a posição, defendida também por alguns dos seus parceiros das liberdades civis, segundo a qual a tortura pode ser necessária para evitar milhares de mortes mas nunca é legítima e por isso não deve ser oficialmente reconhecida pelo sistema jurídico nem legitimada através do controlo judicial. Objecta DERSHOWITZ que a teoria e a prática da democracia são incompatíveis com acções invisíveis ao radar do escrutínio público (*below the radar screen of accountability*). Um sistema jurídico assente no princípio do Estado de Direito não pode tolerar soluções para situações de necessidade subtraídas à visibilidade cidadã e à ponderação judicial.¹⁹⁹

Dias prossegue enfatizando que o jurista norte-americano não defende a liberação da tortura pelo Direito, nem para obter prova, mas tão somente entende necessário que se discipline as questões envolvendo casos tipo os de bomba de tempo, com o fim único de evitar ataques terroristas futuros.

DERSHOWITZ sublinha por mais de uma vez que não pretende o reconhecimento generalizado da tortura pelo Direito, nem a sua aplicação para obter prova (confissão) sobre crimes passados, mas tão só de admitir tal método em casos-limite e para prevenir um ataque terrorista futuro. O que importa, em suma, é apurar em que local foi colocada a bomba e garantir desse modo a preservação de vidas humanas.²⁰⁰

Destaca que o jurista entende estar-se diante de uma decisão trágica entre vidas humanas e liberdades básicas, e que a morte das vítimas pela negativa absoluta da tortura em casos que tais deve ser também atribuída aos seus defensores.

¹⁹⁹ DIAS, 2012, p. 240.

²⁰⁰ DIAS, 2012, p. 241.

Para DERSHOWITZ estão em jogo de um lado a segurança e a vida dos cidadãos e do outro direitos e liberdades básicos. A decisão pela tortura é uma decisão trágica, de escolha entre dois males, por isso quem a ela se opõe de forma absoluta recusa ponderar devidamente os interesses em jogo e terá de responder pelas vítimas da deflagração da bomba.²⁰¹

Dias rechaça essa ideia, pois entende que a obrigação de salvar as vítimas não inclui o dever de torturar.²⁰²

Sobre essa afirmativa de Dershowitz, opõe-se também Ambos, que refuta tecnicamente a impossibilidade dessa extensão de responsabilidade.

O autor entende que a responsabilização de quem (agente estatal) se nega a torturar para salvar a vítima em casos extremos não se compatibiliza com uma teoria normativa de imputação que tem como pressuposto estar no seu centro os atos de um agente autônomo, ligados entre si de modo indissociável, a não ser que outros agentes autônomos intervenham de modo ativo e voluntário no curso dos acontecimentos.

La alegada violación de la dignidad de la víctima por parte del Estado por no torturar al sospechoso se basa en la hipótesis de que el delito original cometido por un agente autónomo, por ejemplo el secuestro de un Chico de once años, puede imputarse al Estado solo porque el Estado se niega a autorizar que sus oficiales torturen a los sospechosos para salvar a sus víctimas. Esta línea argumentativa es incompatible con una teoría normativa de imputación que pone los actos de un agente autónomo en su centro y solo separa el eslabon de imputación entre estos actos y el agente si otros agentes autónomos intervienen activa y voluntariamente en el curso ordinario de los acontecimientos.²⁰³

A par da proposta do jurista norte-americano, Dias, assim, passa a destacar quais os métodos moderados e não-letais seriam admitidos na hipótese defendida por Dershowitz, salientando que incluíam infiltração de agulhas esterilizadas debaixo das unhas e perfuração e extração de dentes sem anestesia, dentre outras técnicas.

²⁰¹ DIAS, 2012, p. 241.

²⁰² Afirmar, por outro lado, que a legítima defesa de terceiros está ao dispor das autoridades policiais nas situações em apreço porque, incumprindo o dever de prestar auxílio necessário às vidas dos cidadãos ameaçados, aquelas tornam-se responsáveis por homicídio ou ofensas corporais graves por omissão, como fazem LACKNER e KÜHL, conduz à confusão de vários aspectos. Desse modo parece ignorar-se que ter uma obrigação é diferente de ter uma permissão de agir: se as autoridades policiais estão obrigadas a intervir, o fundamento para essa intervenção tem de residir numa norma perceptiva que institui a obrigação e não numa norma permissiva que confere um poder, seja a da legítima defesa ou outra qualquer. Por outro lado, se as autoridades estão obrigadas a intervir o incumprimento dessa obrigação determina a responsabilidade do omitente, ao passo que a não utilização do poder concedido pela permissão não dá lugar a responsabilidade alguma. Em boa lógica deontica, não é possível afirmar que A tem simultaneamente um comando e uma permissão relativamente à mesma acção, nas mesmas circunstâncias de tempo e de lugar. DIAS, 2012, p. 255-256.

²⁰³ AMBOS, 2009, p. 50.

As formas moderadas de tortura de que fala DERSHOWITZ e cuja positivação jurídica e controlo judicial propõe, são o soro da verdade, a infiltração de agulhas esterilizadas debaixo das unhas, a extracção ou perfuração de dentes sem anestesia e o famigerado waterboarding. Este último método foi muito utilizado pela Inquisição italiana no século XVI como técnica de interrogatório e nos anos 70 do século passado pelo regime dos Khmers Vermelhos no Camboja. Goza pois de excelentes credenciais. Em Novembro de 2005 foi incluído na lista de técnicas permitidas à CIA no interrogatório de suspeitos de terrorismo e foi recentemente defendida pelo Presidente Bush para justificar o veto que após a uma proposta de lei do Congresso para erradicar tal prática. Para se perceber bem do que estamos a falar, o waterboarding consiste em amarrar o interrogado de pés e mãos numa prancha inclinada com os pés para cima e a cabeça para baixo de modo a ficar completamente imobilizado. Depois a cara é coberta com um pano ou celofane. Em seguida o verdugo lança repetidamente porções de água sobre a cara coberta, servindo-se, por exemplo, de um regador ou de um jarro. A sensação da vítima é de asfixia por afogamento, como se fosse fustigada por vagas sucessivas de água. Esta prática é conhecida também por suplício da água. É fácil, económica e não deixa vestígios comprometedores.²⁰⁴

Após assentar as bases da proposta de Dershowitz, Dias se propõe a responder se, apesar das considerações do norte-americano, pode a tortura ser admitida pelo Direito como prática excepcional em casos-limite.

De início o professor Dias já adianta que a resposta é não.

Ele pondera inicialmente trazendo um argumento não jurídico, mais de ordem prática, externo à questão filosófica, que considera a tortura algo imparável e que o torturador, autorizado para algumas situações, tenderia a abusar e estendê-la a outras situações que lhe parecessem de igual relevância.

A resposta à pergunta sobre se a tortura pode ser juridicamente admitida em casos-limite é, em meu entender, negativa. Por um lado, a tortura não é uma prática excepcional. Na verdade, ela obedece a uma lógica imparável, que vai transformando o que começa como excepção em regra e diluindo quaisquer limites que se pretendam traçar. Uma vez admitida para combater acções terroristas, a tendência será para se expandir a outros contextos. Como escreveu MARK TWAIN, «a um homem munido de um martelo tudo se parece com uma unha». Quem está autorizado legalmente a usar a tortura num dado contexto, tenderá a utilizá-la em outros domínios que lhe parecem de igual relevo e carecidos de igual método. Não é difícil imaginar a extensão da tortura a outras formas de criminalidade violenta e organizada, como por exemplo o rapto ou o tráfico de estupefacientes. Pois não é verdade que, especialmente neste sector, os Estados travam verdadeiras guerras contra máfias e cartéis do crime? Se um indivíduo é suspeito de ser membro de uma organização deste tipo e de saber onde vai ter lugar uma

²⁰⁴ DIAS, 2012, p. 241.

descarga em alto mar de uma tonelada de droga para ser vendida no mercado nacional, por que não sujeitá-lo ao waterboarding ou ao suplício das unhas?²⁰⁵

A partir daí, Dias inicia outro argumento que pretende seja fulcrado em uma impossibilidade fática de se estabelecer de antemão a lista de quem poderia ser submetido à tortura, visto que poderia sempre haver uma relação entre o sujeito que sabe da bomba e o sujeito que se suspeita saber, parente próximo ou amigo.

Por outro lado, não é possível delimitar à partida o catálogo dos submetidos à tortura: o torturado é por definição a «pessoa que sabe» ou que é suspeita de saber. Assim, alvo da tortura tanto pode ser o terrorista, como um familiar ou amigo a quem o dito terrorista supostamente passou a informação sobre a localização da bomba-relógio. DERSHOWITZ, que se opõe à tortura de terceiros inocentes, relata que na Jordânia são torturados os parentes dos suspeitos de terrorismo e que, quando capturou Mohammed, a CIA deteve os seus dois filhos de idade escolar e comunicou-lhe que o tinha feito.²⁰⁶

De outro lado, não seria possível limitar a tortura quanto aos meios, uma vez que a lógica da tortura é justamente provocar sofrimento eficaz ao fim que se objetiva. Então, enquanto não atinge seu desiderato, a tortura poderia ir se agravando, com a utilização de métodos cada vez mais atroz, a fim de alcançar o objetivo.

[...] faz parte da natureza da tortura que sejam usados todos os métodos de inflicção de dor ou de sofrimento físico/e ou psíquico que não deixem marcas, de preferência, e que sejam eficazes para alcançar o objectivo. A lógica da tortura é essa mesmo: só vale a pena se o sofrimento infligido puder levar o agente à confissão ou à cedência da almejada informação e tal fim justifica o emprego de qualquer meio. Se o indivíduo resiste à dor causada pela infiltração de agulhas será que resiste à provocada pelo próprio arrancar das unhas, uma técnica, segundo DERSHOWITZ, muito utilizada pela polícia egípcia? Quando os fins justificam os meios, o que impede esta passage?²⁰⁷

Com essas argumentações, Dias entende justificado o seu pronunciamento segundo o qual a tortura não pode ser liberada nem por exceção em casos extremos, uma vez que, como quis demonstrar, ela seria incontrolável justamente por sua dinâmica e lógica de atuação.

²⁰⁵ DIAS, 2012, p. 242-243.

²⁰⁶ DIAS, 2012, p. 243.

²⁰⁷ DIAS, 2012, p. 243.

Uma vez liberada a tortura para situações extremas ela, necessariamente se estenderia para outros casos de menor magnitude.

No entanto, a esses argumentos, Dias agrega outro, este sim de carácter jurídico, uma vez que nesse modelo de aceitação da tortura em casos extremos sempre haverá o aponte no início do culpado, afastando-se as garantias processuais de só ser considerado culpado após o devido processo legal, bem como forçando o torturado a se autoincriminar, dentre outras garantias que seriam suprimidas. E isto esvaziaria o Estado de Democrático de Direito.²⁰⁸

Assim, o professor Dias entende que não se pode comparar as restrições que o Estado promove no âmbito das liberdades individuais, como prisão, pena ou outras legitimamente reconhecidas com a tortura, porque a tortura teria o condão de suprimir no todo a vontade do indivíduo, diferentemente do que ocorre nas outras privações legais, o que faria ruir todo o Estado Democrático de Direito, desde seus alicerces.

Este retrocesso, como dizia, abala sobremaneira todo o edifício do Estado de Direito Democrático. Pressuposto do Estado de Direito Democrático é o reconhecimento do cidadão como sujeito livre, capaz de decidir e de responder pelas suas decisões. Se uma pessoa é totalmente privada da sua capacidade de decisão e de autodeterminação, se a sua vontade é totalmente subjugada a uma vontade alheia, como sucede na tortura, ela não só não pode responder pelo que faz, como fica impossibilitado de escolher o seu destino individual e o seu destino colectivo. Faltando este pressuposto, em consequência da despersonalização do torturado, desaba, qual castelo de cartas, toda a base de legitimidade do Estado de Direito concebido democraticamente. Este pode restringir temporariamente a liberdade ambulatoria de um cidadão que delinuiu, mas não pode privá-lo de toda a liberdade; pode obrigar o cidadão que delinuiu a trabalhar por um tempo (v.g. pena de trabalho a favor da comunidade) mas não pode reduzi-lo à escravidão; pode deter e interrogar o cidadão suspeito da prática de crime,

²⁰⁸ Por outro lado, como referi, a tortura mina os alicerces do Estado de Direito convertendo-o paulatina e irreversivelmente num Estado de não Direito, num Estado-verdugo. Esta metamorfose não é mitigada pelo facto de a tortura ser prevista na lei e controlada pelos tribunais, antes é, num certo sentido, acelerada e acentuada por isso. A legalização da tortura representa um regresso ao modelo inquisitório do processo penal autocrático. Neste modelo, o arguido é concebido *ab initio* como presumível culpado, destituído de direitos e cravejado de deveres, um dos quais é o dever de colaborar com as autoridades, contribuindo para a descoberta da verdade e portanto para a sua eventual auto-incriminação. A fim de assegurar o seu cumprimento coactivo, é instituída a tortura e elevada a confissão a rainha das provas. O arguido é, deste modo, coisificado como meio de obtenção da prova e colocado ao dispor dos inquisidores. A presunção de inocência, o direito à não autoincriminação e a sua mais importante realização, o direito ao silêncio, pilares fundamentais de um modelo processual de estrutura acusatória, não fazem qualquer sentido em um tal contexto. A tortura representa a antítese profunda de qualquer deles. A circunstância de a tortura ser aplicável exclusivamente a indivíduos perigosos, que perderam o estatuto de pessoa por não darem garantia cognitiva de um comportamento fiel ao Direito, não altera as coisas pois só por ingenuidade ou má fé se pode pensar que o sistema constitucional dos direitos e garantias não é válido para estes, nem manchado por uma tal lógica de excepção. A dignidade da pessoa e a titularidade de direitos e liberdades fundamentais não dependem de um status ou de um comportamento social. DIAS, 2012, p. 245

mas não pode forçá-lo a falar e, desse modo, a cooperar na sua auto-incriminação e condenação. Se o fizer, seja em nome da segurança colectiva, da paz internacional, do combate ao inimigo ou de outra qualquer finalidade louvável, o Estado perde a sua natureza de «Direito» (deixa de haver sujeito livre, titular de direitos e destinatário de deveres, capaz de responder pelo exercício de uns e o cumprimento de outros) e «Democrático» (deixa de existir cidadão livre e capaz de participar na escolha do destino colectivo).²⁰⁹

Com base nessas argumentações, Dias se propõe a analisar a possibilidade de aplicação da legítima defesa ou do estado de necessidade nos casos extremos como os de bomba-relógio ou outros com características semelhantes, tendo por base o princípio do interesse preponderante.

De início ele já adianta que mesmo nessas hipóteses baseadas no princípio do interesse preponderante não há espaço para exceções à proibição da tortura.

Não obstante tudo isto, os defensores da tortura legal nos casos referidos argumentam que ela possibilita em muitas situações a salvaguarda do interesse preponderante: a vida das dezenas ou milhares de pessoas ameaçadas pela bomba-relógio e, nessa medida, a sua utilização está justificada. Este argumento não é procedente, em minha opinião. A tortura não está coberta pelas figuras com base nas quais é excepcionalmente permitido o sacrifício de bens jurídicos: a legítima defesa e as diversas modalidades de estado de necessidade.²¹⁰

As razões para essa peremptoriedade estariam ligadas, de início, a três motivos e, ao depois, também por outros. Um Estado, quando ratifica a Convenção sobre a Tortura passa a estar a ela vinculado de modo que deve obediência a suas disposições, em especial, no ponto, sobre aquela que diz que nenhuma situação excepcional poderá justificar a prática de tortura. Isso abrangeria a invocação de causas de justificação.

Por três razões comuns e por outras que se prendem com as particularidades de cada um dos institutos. As razões comuns são as seguintes. A partir do momento em que um Estado ratifica a Convenção sobre a Tortura (como fez o Estado português) está vinculado ao seu art. 2º segundo o qual «nenhuma circunstância excepcional, qualquer que ela seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de excepção, poderá ser invocada para justificar a tortura». Esta interdição tanto abrange a previsão legal da autorização da tortura como a invocação directa daquelas causas de justificação.²¹¹

²⁰⁹ DIAS, 2012, p. 246.

²¹⁰ DIAS, 2012, p. 247.

²¹¹ DIAS, 2012, p. 247.

No entanto, sobre essa primeira razão, o autor destaca que Volker Erb discorda da assertiva de que a legítima defesa também esteja albergada pela proibição, ressaltando que em relação a ela existiria uma espécie de direito natural fundado, veja-se, justamente na dignidade da pessoa humana.

ERB discorda parcialmente desta conclusão, considerando que o art. 2º da Convenção se refere apenas a constelações de estado de necessidade, com exclusão da legítima defesa. Segundo o autor, há uma espécie de direito natural à legítima defesa, fundado na dignidade da pessoa humana, que nem o espírito nem a letra daquele preceito contrariam.²¹²

O professor Dias, no entanto, discorda. Pondera que a ideia subjacente da Convenção é justamente a de rechaçar qualquer possibilidade de tortura, sob qualquer fundamento, em qualquer hipótese. O fato de a legítima defesa não estar referida expressamente na convenção como excluída para a tortura, não legitima que se entenda que ela está admitida.

Não posso sufragar esta posição. Por um lado, o telos do art. 2º é rejeitar a tortura seja em que circunstância for. Mesmo que seja permitido à autoridade pública usar a força e inclusive armas de fogo em situações de legítima defesa, própria ou de terceiros, como é previsto entre nós no DL nº 457/99 de 5 de Novembro, esse uso nunca se pode traduzir no emprego de tortura. O art. 2º da Convenção, uma vez convertido em Direito interno, veda a qualquer agente policial o emprego da tortura mesmo que seja, por exemplo, para obter informações sobre a identidade da pessoa que o anda a ameaçar seriamente de morte. Esta disposição não proíbe em geral a acção de defesa de uma pessoa contra o seu próprio homicídio, mas a defesa através de tortura, considerando-a ab initio interdita por violação de um limite imanente ao direito de defesa: a dignidade da pessoa. A permissão (ou necessidade) da defesa não serve para legitimar a regra de que os fins justificam o emprego de todos os meios, designadamente a conversão do agressor num objecto manipulável e do Estado de Direito num Estado-verdugo. Por outro lado, a letra do art. 2º reporta-se a «circunstância excepcional, qualquer que ela seja», expressão que engloba, sem dificuldade, a legítima defesa. O facto de esta causa de justificação não figurar expressamente entre as circunstâncias enunciadas e de a cláusula residual do preceito rezar em alemão *oderein sonstiger öffentlicher Notstand*, de modo algum contradiz a conclusão exposta.²¹³

O rol do texto da convenção seria meramente exemplificativo, pertencendo a legítima defesa à categoria genérica das situações de necessidade.

²¹² DIAS, 2012, p. 247.

²¹³ DIAS, 2012, p. 247-248.

De outro lado, como uma segunda razão, a legítima defesa, assim como o estado de necessidade, seria meio de tutela privada à disposição do cidadão, e isso na ausência de possibilidade de se recorrer ao Estado.

Assim, tais mecanismos não poderiam ser tidos como hábeis para o agir lícito do Estado.

À uma, o texto da Convenção não tem de ser interpretado à letra, respeitante que é a matéria de direitos liberdades e garantias. À outra, a enumeração das situações excepcionais no art. 2º é exemplificativa e não exaustiva, pertencendo a legítima defesa à categoria genérica das situações de necessidade. A objecção de que um alargamento interpretativo das circunstâncias excepcionais opera in malam partem porque redundaria num estreitamento do direito de defesa não procede posto que a proibição da tortura constitui uma garantia fundamental (a Grundnorm de que fala ROXIN), tratada com amplitude quer pelo Direito internacional quer pelo Direito interno, e que, como é amplamente reconhecido, não há um direito de defesa ilimitado. Por outro lado, a legítima defesa e o estado de necessidade (em sentido amplo) são formas excepcionais de tutela privada de que o cidadão pode dispor à míngua dos mecanismos ordinários de protecção pública. Por isso, não são invocáveis pelo Estado ou por pessoas que actuam no exercício de funções públicas. Quem emprega a força no exercício de tais funções, não o faz numa situação excepcional mas no desempenho de uma tarefa pública normal de defesa ou de protecção de bens jurídicos dos cidadãos. No quadro do Estado de Direito, a autoridade pública só pode usar a força observando apertados critérios de necessidade e de proporcionalidade estabelecidos na lei, qualquer que seja a situação. Além do que a lei expressamente permite, não só não devem as autoridades públicas ir, apelando designadamente ao art. 32º para ampliar as suas possibilidades de intervenção, como a ordem jurídica não pode permitir que vão, sob pena de contradição valorativa. Um Estado em que o emprego da força pública não é assim delimitado, não é um Estado de Direito mas um Estado de Polícia.²¹⁴

Ademais, não existiria nos ordenamentos internos autorização legal para se agir sob o manto das excludentes quando a situação envolver tortura como modo de rechazar o perigo.

Não existe no ordenamento jurídico português ou de qualquer Estado europeu legislação autorizando o emprego da tortura em circunstâncias excepcionais, nomeadamente para salvar vidas humanas. Deste modo, a sua prática não pode ser justificada por recurso àquelas (ou a outras) causas de justificação.²¹⁵

²¹⁴ DIAS, 2012, p. 248-249.

²¹⁵ DIAS, 2012, p. 249.

Por fim, sobre o ponto, como última razão específica, Dias opõe que a dignidade da pessoa serve de limite à exclusão da ilicitude. Logo, a tortura, por ferir diretamente esse atributo, não estaria apta para ser meio idôneo de afastamento de perigos.²¹⁶

Dias refere os argumentos de Erb no sentido de que a dignidade não pode vedar o legítimo direito de defesa por uma questão mesmo de dignidade.

De igual forma, a manutenção da proibição absoluta da tortura, com negação de agir em legítima defesa de milhares de pessoas no caso de bomba-relógio também feriria a dignidade das pessoas inocentes, ao que seria a proibição da tortura que deveria encontrar limite no direito à vida e não o oposto.

ERB opõe a esta conclusão o argumento, pensado para a legítima defesa, mas válido também, *mutatis mutandis*, para o direito de necessidade, de que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode vedar o direito de defesa da pessoa contra o seu próprio homicídio, não só porque a vida é, como diz o BverfG, «a base vital da dignidade humana», o valor mais elevado que a ordem jurídica acolhe, e por isso, a interdição da justificação da tortura para evitar a morte de um conjunto de pessoas representa uma

²¹⁶ Por fim, a justificação dos comportamentos típicos encontra um obstáculo insuperável na dignidade da pessoa. Este princípio constitui, na verdade, um limite à exclusão da ilicitude, não só com um fundamento particular mas também com um fundamento público, conexo com o Estado de Direito Democrático. Mas o princípio suscita um problema prático não despidendo: quando é que estamos perante uma violação da dignidade humana, entendida no seu núcleo fundamental de dignidade da pessoa? A dignidade humana tem sido «acusada» de constituir um argumento knock-down, com pretensão absoluta, indiferente às consequências, que pretende não só subtrair-se a qualquer ponderação, mas impor-se a todo o valor concorrente. Por outro lado, é «acusada» de ser usada como um joker argumentativo com vocação omniabrangente, funcionando em boa medida como um conceito «multiusos». Para além da função originária de fundamento último do Estado de Direito, particularmente visível em Constituições como a portuguesa, e como pólo irradiador de sentido e aglutinador dos direitos e liberdades fundamentais, a dignidade humana conheceu nos últimos tempos uma evolução inflacionária. Passou não só a abarcar entes colectivos, ampliando desse modo o sujeito da dignidade, como acontece com a herança genética humana, mas também a fundamentar restrições à liberdade individual, quando é usado para legitimar a pena devida pela culpa ou para explicar as limitações à autonomia da vontade constituídas pela cláusula dos bons costumes no consentimento e pela punibilidade do auxílio e incitamento ao suicídio e mesmo do homicídio a pedido. Esta inflação conduz, como é bom de ver, a uma certa descaracterização e perda de função. Não pretendo discutir aqui a aceitabilidade de todos estes usos de dignidade humana, mas tão só sublinhar a relevância que assume no presente contexto uma dimensão prática do princípio que decorre da distinção kantiana entre o que tem uma dignidade e o que tem mero valor de troca, implicada na segunda formulação do imperativo categórico. O que tem valor de troca está sujeito à livre transacção e às leis do comércio, o que tem uma dignidade não: é ente único, irrepetível, não transaccionável, intrínseca e imperativamente respeitável na sua integridade. Com este sentido, a dignidade não existe enquanto tal, mas somente como violação. São as práticas de coisificação e degradação do ser humano que a transmutam de valor ideal em presente real e descarnado. A dignidade surge assim como reacção às experiências históricas de coisificação e humilhação, como a escravatura, os Lager e Gulags e a tortura, e ergue-se ao mesmo tempo como barreira intransponível à sua repetição. Dela resulta a proibição prática de a pessoa ser submetida a processos de instrumentalização para a consecução de fins alheios, sejam eles meritórios ou condenáveis. Sempre que tal sucede, não só é atingida a humanidade de uma pessoa na sua essência, mas também é afectada a estrutura normativa do Estado de Direito Democrático. Compreende-se que o ordenamento jurídico que suporta um tal Estado estabeleça o princípio da dignidade da pessoa como limite imanente à permissão dos comportamentos. Não são reconhecidas juridicamente como razões para agir condutas cujo significado se traduza na coisificação do outro, do jeito atrás descrito. DIAS, 2012, p. 250-251.

ofensa maior da dignidade humano que deixar que essa morte ocorra para não beliscar o tabu da tortura, mas também porque um ordenamento jurídico que se verga a valores absolutos e a tabus, inquebrantáveis em qualquer circunstância, releva de um Estado totalitário e fundamentalista. Assim, conclui, é a proibição da tortura que encontra o seu limite no direito à vida das pessoas ameaçadas pela bomba e não o inverso.²¹⁷

Dias, mais uma vez, discorda e por uma razão que reputa simples: ao Estado não é imposto o dever de torturar nem mesmo para salvar as pessoas que serão atingidas pela bomba-relógio, mas somente que empregue todos os meios de investigação legalmente permitidos e ao seu alcance para tanto.

Ao contrário, em relação à proibição da tortura e ao respeito da dignidade, há expresso regramento que impõe que não se torture ninguém em nenhuma hipótese.²¹⁸

O autor prossegue analisando as outras razões para justificar sua posição quanto à impossibilidade de se arguir a legítima defesa em casos extremos como os de bomba-relógio. Aduz que em muitos casos o torturado não seria o agressor e também que a agressão não se revela atual, tendo em conta que poderá se dar muitos dias depois.

Além deste conjunto de obstáculos de fundo, outros há, relacionados com a ratio e os elementos específicos de cada um dos tipos justificadores, que impedem a validação da tortura. Não é possível reconduzir a tortura à legítima defesa porque em muitos casos o torturado não é o agressor e

²¹⁷ DIAS, 2012, p. 251-252.

²¹⁸ A razão é simples: seria uma contradição, mesmo uma ruptura da ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático, considerar permitida uma acção coisificadora, que reduz o ser humano à condição de objecto manipulável. A esta luz, a justificação da tortura do terrorista ou da pessoa que acidentalmente sabe do local da bomba e não o quer revelar suscita uma ordem de problemas diferente do da justificação das mortes causadas pelo deflagrar da bomba num quadro de recusa do agente da autoridade em recorrer à tortura para saber a sua localização. Neste caso, o dever de respeitar a dignidade humana e o dever de proteger a vida das pessoas inocentes não impõem ao agente da autoridade que torture o terrorista ou o detentor de informações mas apenas que use todos os meios de investigação lícitos ao seu alcance para localizar a bomba. Não se pode dizer que, por não ter recorrido à tortura, aquele agente instrumentalizou ou sequer subvalorizou a vida das vítimas da bomba. Aliás, a autoridade pública só é chamada a responder por homicídio doloso por omissão se não fizer aquilo a que está obrigada e ninguém ousaria qualificar como incumprimento do dever especial de agir que incumbe ao garante a recusa em empregar tortura para obter as informações necessárias. Já no primeiro caso, no entanto, o dever de respeitar a dignidade humana e o dever de proteger a integridade pessoal impõem a proibição da tortura para obter informações sobre o paradeiro da bomba. Não há dúvida de que os tormentos infligidos ao terrorista ou ao detentor de informações, para o forçarem a ceder a informação, o transformam num ente destituído de vontade ao dispor do Estado. A justificação argumentativa deste procedimento com base na defesa de um valor normativamente tão elevado quanto a vida não elimina nem apaga a realidade da instrumentalização. A diferença entre os dois casos pode ser sintetizada da seguinte forma: enquanto a tortura se traduz na despersonalização ou redução da pessoa a ela submetida à condição de coisa, a morte das vítimas da bomba não as converte em entes destituídos de vontade própria ao dispor do poder público, caso os representantes deste decidam não recorrer à tortura para tentar localizar e desactivar a tempo o engenho. Por isso, a dignidade humana, nesta sua função prática de carácter deontológico, só constitui barreira infranqueável à exclusão da ilicitude da tortura. DIAS, 2012, p. 253-254.

quando o é a agressão muitas vezes não será actual, pois a explosão pode vir a ter lugar daí a horas quando não a dias.²¹⁹

Assim, estar-se-ia diante de uma antecipação de defesa que, por si só, afastaria a possibilidade de se ver reconhecida a legítima defesa.

O autor explica que a antecipação da ação de defesa não se coaduna com os requisitos da legítima defesa, uma vez que na antecipação da ação de defesa a (re)ação ocorre antes mesmo que a agressão se efetive.²²⁰

A pessoa que ouve conversas em um jantar em que se planejou um assalto contra estabelecimento seu narcotiza os futuros agentes, ou a gravação oculta de conversas para reação futura em eventual falso testemunho, exemplificam a ação antecipada de defesa.²²¹

Assim, não haveria dificuldades em enquadrar a tortura nos casos extremos em comento numa modalidade de antecipação de defesa e não em legítima defesa: “O emprego de tortura para localizar *ticking time bombs* reconduz-se sem esforço à constelação da realização antecipada da acção de defesa.”²²²

Afora essas questões destacadas por Dias, impende dizer que a reforçar essas ideias, Ambos, no mesmo sentido, acrescenta que um dos principais problemas relacionados à aceitação da legítima defesa como solução nos casos de bomba-relógio está na questão da imediação ou iminência do ataque.

[...] en los casos de la bomba de tiempo la inmediación o inminencia del ataque es realmente discutible. Cuánto tiempo debe estar activada la bomba antes de que explote y qué período de tiempo todavía estaría bajo el requisito de inmediación? En caso normal de la legítima defensa estamos hablando de minutos, no de horas [...] Por lo tanto la legítima defensa en el caso de la bomba de tiempo normalmente no va a encajar jurídicamente debido a la ausencia del requisito de inmediación.²²³

²¹⁹ DIAS, 2012, p. 255.

²²⁰ Trata-se pois, em regra, de uma antecipação da defesa, situação que a exigência de actualidade da agressão afasta do âmbito de aplicação do instituto da legítima defesa. Bem sei que a questão não é pacífica na doutrina, mas creio que se justifica a este propósito distinguir os casos de antecipação dos meios de defesa, por exemplo, a instalação prévia de aparelhos de disparo automático, dos de antecipação da própria acção de defesa. Enquanto os primeiros são de admitir à análise da legítima defesa, tudo dependendo da verificação *in casu* dos elementos desta figura, os segundos são de rejeitar liminarmente posto que a ofensa ao bem jurídico é perpetrada quando ainda não há (em execução ou iminente) agressão nem agressor. DIAS, 2012, p. 255.

²²¹ Servem como exemplo destes a narcotização de três indivíduos pelo dono de uma estalagem que os ouve planejar durante o jantar o assalto a um estabelecimento ou a gravação oculta e não consentida de uma conversa para reagir mais tarde a um eventual falso testemunho do interlocutor. DIAS, 2012, p. 255.

²²² DIAS, 2012, p. 255.

²²³ AMBOS, 2009, p. 41.

A não ser que a bomba estivesse a poucos instantes de explodir, talvez a breves minutos, não se poderia configurar a hipótese da legítima defesa, uma vez que ela exige a imediatidade ou iminência do ataque.

Nos casos de bomba-relógio, acaso reais, dificilmente estar-se-ia tratando dessa hipótese de tão curto lapso temporal viável à configuração da justificante, normalmente se pensaria, ao menos, em horas como espaço de tempo mínimo para justificar uma tentativa de obtenção de informações.

Mas também aqui se pondera com elementos variáveis que não estariam na premissa figurativa do terrível cenário mencionado.

Ambos pondera ainda, ao comentar a possibilidade de se reconhecer o Estado de necessidade nos caso extremos, que mesmo que se reconhecesse a imediação em longos espaços de tempo entre a agressão (tortura) e a detonação efetiva da bomba, faltaria aí o requisito “de outra forma inevitável”, vez que, se a materialização do perigo é temporalmente tão distante seria de se esperar que a informação necessária para evitar a detonação pudesse ser obtida por outras maneiras.²²⁴

Daí que, se não por uma, por outra razão a justificante estaria afastada.

Em relação ao argumento, utilizado por Dias, de que não seria possível o agente estatal se valer das excludentes da legítima defesa e do estado de necessidade,²²⁵ ele mesmo concede, com base em dramatização de Joecks, um exercício no qual se admite, ao fim, o reconhecimento destas excludentes ao funcionário público como se particular fosse.

A proposta se fundamenta na aparente injustiça com o agente do Estado que poderia se ver em situação idêntica a de um cidadão privado.

Na hipotética situação, um médico, em um estádio de futebol superlotado, encontra e detém um terrorista que teria colocado uma bomba que se detonaria em poucos minutos.

Tal médico, especialista e conhecedor dos pontos de dor física das pessoas, aplica-lhe dor intensa a fim de que se lhe diga onde está a chave que impediria a detonação e obtém a informação evitando a catástrofe.

²²⁴ AMBOS, 2009, p. 54-55.

²²⁵ Mas parece ignorar-se também que as autoridades policiais não podem valer-se das causas de justificação gerais para restringir direitos fundamentais, como vimos, tratando-se para mais de uma restrição gravíssima à dignidade da pessoa e ao direito fundamental à integridade pessoal. É sempre necessário nestes casos que exista uma lei que preveja expressamente a intervenção restritiva da polícia, lei essa que não pode ser logicamente o art. 32º do CP (ou o § 32 do StGB) mas sendo outra (o que, como vimos, não acontece na generalidade dos países europeus), não seria constitucional por violação do princípio da dignidade da pessoa, do direito à integridade pessoal, do princípio do acusatório, da presunção de inocência e dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação. DIAS, 2012, p. 256.

Sendo o médico um agente privado, ser-lhe-ia admitida a possibilidade de se valer das excludentes de ilicitude.

Seguindo na dramatização, agora se suponha que este médico é funcionário público, policial a serviço do Estado. Nas mesmas circunstâncias lhe seriam negadas as possibilidades de se eximir sob o manto da legítima defesa ou do estado de necessidade?

Conclui-se que não.²²⁶

Embora agente estatal, neste caso haveria de se lhe emprestar a condição equiparada a ente privado, sob pena de se criar hipótese absurda.

Em relação ao estado de necessidade poder servir de excludente para quem tortura em casos extremos, o professor Dias sustenta que, do mesmo modo que não é aceitável a legítima defesa para tornar lícita a tortura, não é possível conceber o argumento de que o estado de necessidade possa ser considerado.

A principal e primeira razão para isso estaria no fato de que nos casos de bomba-relógio o perigo se dá em razão de ação humana e não por evento accidental ou da natureza.

Em relação ao terceiro, familiar ou amigo do terrorista, que viesse a ser submetido à tortura, também não se poderia invocar o estado de necessidade, mas aí pelo fato de que não seria exigível o sacrifício de seu interesse, porque pouco ou nada poderia saber sobre a bomba e, nestas circunstâncias, isso soaria abusivo e excessivo.

²²⁶ Podia tentar-se contornar esta conclusão através do seguinte argumento: se não existir uma lei policial autorizando o emprego de tortura para desvendar o local da bomba e desse modo salvar a vida das pessoas ameaçadas, ou se, existindo, ela é inconstitucional, sempre deveria ser considerada a invocação da legítima defesa de terceiro por comparação com a actuação de um particular. Testemos a validade deste argumento recorrendo a dois exemplos dados por WOLFGANG JOECKS. O terrorista T coloca uma bomba num estádio de futebol superlotado que explodirá dentro de 10 minutos. O médico O, um especialista em acupuntura, que sabe onde estão localizados os focos de dor no corpo humano, detém T e revista-o encontrando a chave que desactiva a bomba. O tem possibilidade de fugir do estádio a tempo mas preocupa-o a sorte das centenas ou milhares de pessoas que serão aniquiladas pelo deflagrar da bomba. Assim, servindo-se da acupuntura, inflige dores a T com tal intensidade que este revela o local da bomba ainda a tempo de a desactivar. JOECKS aplica a este caso a figura do auxílio necessário. A acentuação do fundamento individualista da legítima defesa e a admissibilidade da morte de T se se revelar adequada para afastar a agressão actual e ilícita contra a vida dos presentes no estádio cimentam essa solução. Suponhamos agora – é este o segundo exemplo – que a história se repete nos mesmos termos, exceptuando o dado de O ser um médico do Estado, portanto, um funcionário público, que acidentalmente se encontra no estádio. Justificará esta diferença uma solução distinta do caso? JOECKS responde negativamente. O autor concede que a actuação de um polícia em defesa de um terceiro, que não está coberta pelas leis que regulam o exercício da força pública, será contrária ao Direito. Se o polícia actua no desempenho de funções públicas, não poderá beneficiar do efeito eximente do auxílio necessário: limites constitucionais e de Direito Internacional impedem-no. Mas recusar ao polícia, que não se encontra de momento no exercício de funções, a possibilidade de intervir em defesa de terceiros seria incompreensível do ponto de vista da preservação do interesse da vítima. O polícia atirador exímio que podia pôr fim a um sequestro sem riscos para o refém, não pode disparar sobre o agressor, mas o cônjuge do refém, que não sabe atirar, pode, contudo, fazê-lo em legítima defesa deste. A conclusão de JOECKS é que, mesmo em caso de procedimento contrário ao Direito de Polícia, é de conceder ao funcionário policial o direito de defesa de terceiro, como particular. Nesta ordem de ideias, o autor confere um direito de defesa de terceiro a O, médico do Estado, não enquanto funcionário, porque a lei não o autoriza a actuar daquela forma nessa qualidade, mas enquanto sujeito privado. DIAS, 2012, p. 256-257.

Se a legítima defesa não é invocável para legitimar a tortura e afastar a responsabilidade do verdugo, muito menos o é o direito de necessidade. Desde logo porque nos casos de ticking time bombs o perigo é produzido as mais das vezes por uma agressão humana directa, situação que escapa à ratio dessa causa de justificação, concebida para o afastamento de perigos para terceiras pessoas causados por acidentes e por forças mecânicas ou naturais. Pode pensar-se, é certo, na possibilidade de aplicação do art. 34º do CP quando à tortura é submetido, por exemplo, um familiar ou amigo do suspeito de ter colocado a bomba ou de pertencer à organização que a colocou, mas essa possibilidade é liminarmente rejeitada porque, em um tal caso, não é razoável impor ao visado o sacrifício do seu interesse (al.c) do art. 34º). Este pouco ou nada saberá acerca do perigo, o que torna reduzidas ou nulas as hipóteses de o seu testemunho contribuir para o afastamento da ameaça. Impor ao torturado um dever de tolerância nestas circunstâncias, isto é, um dever de suportar uma acção de necessidade cega perante as hipóteses de sucesso, é algo manifestamente inadequado e excessivo.²²⁷

Ademais, além dessas razões vedantes do estado de necessidade, haveria aqui também a questão da dignidade da pessoa, no sentido kantiano, a impedir o reconhecimento da excludente em análise.

A coisificação da pessoa para fins alheios feriria a dignidade de modo que não seria possível pensar-se em tortura por estado de necessidade.

O caso, adverte o professor, seria comparável à extração de rins ou de sangue à força de uma pessoa para salvar outra, considerada a situação de quem fosse torturado por mera suspeita de que pudesse ter informações sobre a bomba.

Por outro lado, implicando o bem jurídico lesado pela tortura a unidade ética da pessoa, o seu sacrifício para salvar vidas de outros não pode deixar de significar uma coisificação ou instrumentalização da pessoa à realização de fins alheios, incompatível com o princípio da dignidade humana. Se não é admissível extrair à força um rim a uma pessoa para salvar outra ou extrair coactivamente sangue a alguém para salvar outro através de uma transfusão, menos o será impor a um sujeito alheio à colocação da bomba ou à organização que está por detrás que se submeta à tortura só porque se suspeita de que ele possui informações sobre o assunto.²²⁸

A esses argumentos, é oportuno referir, se pode opor o fato de que as premissas do cenário da bomba-relógio não estariam totalmente mantidas, o que facilita a oposição de óbices à tortura nesses estreitos casos.

²²⁷ DIAS, 2012, p. 259-260.

²²⁸ DIAS, 2012, p. 260.

Ora, ainda que se possa ter por praticamente impossível a realização fática de um cenário como o da *ticking time bomb*, não se pode descartá-lo de modo absoluto ou agregar elementos não pertencentes à situação hipotética, como “não se ter certeza quanto ao conhecimento do torturado sobre os fatos”.

A situação precisa ser considerada, precipuamente, em termos deontológicos. Não que não se possam ponderar outras situações fáticas possíveis, mas não para refutar outra situação hipoteticamente traçada.

Ao se abrir a hipótese trágica para compreender outras elementares, outras objeções, por certo, serão possíveis, por isso seria recomendável que toda a refutação com base em outras situações fora dos cenários hipotéticos lançados ficasse fora do âmbito da discussão filosófica que se propôs com o *ticking bomb scenario*.

De qualquer modo, é necessária a abordagem de todos os argumentos, até para se propiciar um filtro capaz de selecionar aqueles aproveitáveis cientificamente.

Assim, ainda na mesma linha, Dias insiste sobre o ponto. O perigo da bomba-relógio poderia não ser atual, podendo se constituir em mero perigo futuro e futuro incerto e nisso conta também com o reforço argumentativo de Ambos, como já visto. E, nesse caso, ainda, o autor admite a existência de doutrinas que equiparariam o perigo atual ao perigo futuro.

A estas acrescem duas outras razões não menos importantes. Primeiro, o perigo representado pela ameaça da bomba pode não ser actual. Sê-lo-á se houver indícios de um perigo duradouro (quando não é possível antever o momento da concretização do perigo, mas percebe-se que pode suceder a qualquer instante) de explosão, mas já é duvidoso que o seja se se tratar de um perigo futuro (quando a materialização da possibilidade de lesão é esperada num futuro incerto, mas só pode ser afastada através de uma acção imediata). Alguma doutrina tem admitido que, diferentemente da legítima defesa, no direito de necessidade, o requisito da actualidade abrange o perigo futuro, chegando ao ponto de admitir que o critério decisivo é aqui o da «necessidade da acção imediata» e de promover, nesta base, uma certa fungibilidade com a legítima defesa. ULFRID NEUMANN sustenta que, se a actualidade do perigo depende da necessidade de acção imediata, a justificação do homicídio do «tirano doméstico» é de aceitar, desde que a agressão esperada não possa ser afastada num momento posterior.²²⁹

Por fim, o professor Dias não admite a situação de justificação em relação à tortura, uma vez que ela (tortura) não seria meio de obtenção da verdade e sim um meio de consecução da informação pretendida.

²²⁹ DIAS, 2012, p. 260.

Não sendo este o lugar adequado para aprofundar o tema, posso admitir que a actualidade da agressão no quadro do art. 32º não tem de coincidir com a actualidade do perigo no âmbito do art. 34º, mas já não a inclusão nesta última do perigo futuro. Esta solução produz incongruências graves na teoria da justificação: a antecipação da acção defensiva (legítima defesa preventiva), que foi expulsa pela porta, é reintroduzida pela janela, sob a veste de um estado de necessidade preventivo. Seja a que título for, de legítima defesa ou de direito de necessidade, não é aceitável a licitude do homicídio do tirano doméstico que dorme por ser de esperar que, quando acordar, mate a mulher e os filhos e o adiamento da acção para um momento posterior possa comprometer a sua eficácia. Segundo, o meio utilizado não é adequado a afastar o perigo para a vida das potenciais vítimas, pois a tortura não é um método para chegar à verdade, mas, como a história ensina, para obter a confissão ou a informação pretendida.²³⁰

Ainda na análise da possibilidade de aceitação da excludente do estado de necessidade para casos extremos, como o da bomba-relógio, Dias faz uma comparação interessante capaz de provocar outras reflexões sobre o tema.

Ele examina as diferenças entre duas situações de necessidade sendo uma a tortura para neutralizar a bomba-relógio e a outra o abate de avião sequestrado por terroristas para uso como arma contra civis.

Veja-se que as situações, de início podem parecer semelhantes e, por isso, poderiam justificar que a solução aceita em um caso devesse ser aceita com mais razão no outro.

No entanto, o exame atento de cada caso pode conduzir para soluções díspares, aceitando-se como inevitável o sacrifício de inocentes num caso e rejeitando-se o sacrifício de interesse de um terrorista noutro.

O professor ressalta que a tarefa de comparação de casos fica facilitada na medida em que se utiliza a figura do familiar ou do amigo do terrorista que instalou a bomba e não o próprio terrorista.

[...] procurarei confrontar a morte dos tripulantes e passageiros do avião com a tortura do suspeito de possuir informação relevante sobre a localização da bomba, por ser amigo ou familiar de um dos presumíveis autores do atentado. Esta comparação parece-me a mais esclarecedora, já que a justificação da morte dos terroristas sequestradores do avião por legítima defesa não parece questionável e a tortura do terrorista que colocou a bomba estará coberta pelo art. 32º se considerarmos que a tortura do detentor de informações o está pelo artº34, tendo em conta que os pressupostos de

²³⁰ DIAS, 2012, p. 261.

relevância desta causa de justificação são mais apertados do que os daquela.²³¹

De início, salienta o autor que se deve partir do estabelecimento das situações comuns aos dois casos, ou seja, em ambas as situações as pessoas submetidas à intervenção do poder público não são as causadoras diretas da situação de perigo, ou seja, não criaram o perigo.

Resta saber se as razões que favorecem a aceitação do abate do avião com o sacrifício de vidas de inocentes, passageiros e tripulação, podem ser invocadas para a aceitação da tortura do terrorista que instalou a bomba-relógio e se recusa a indicar a sua localização.

Clarificado este ponto, há que analisar se os elementos comuns a ambas as situações (tanto numa como noutra as pessoas submetidas à intervenção dos poderes públicos não criaram o perigo, mas encontram-se a ele associado e é à custa dos seus bens jurídicos que o perigo pode ser afastado) bastam para impor uma solução jurídica de carácter justificante nos dois casos, designadamente para aplicar o direito de necessidade à tortura do possuidor de informações salvadoras. Há que ponderar se as razões que militam a favor de uma solução justificante da morte dos tripulantes e passageiros no caso do abate do avião sequestrado por terroristas, se verificam também no caso da tortura do detentor de informações.²³²

Aqui, mais uma vez, Dias entende não aplicável à tortura do terrorista as mesmas justificações do abate do avião.

Ele se reporta a duas razões para tanto. A primeira delas, de carácter não jurídico, diz respeito ao fato de que a tortura não necessariamente gerará o afastamento do perigo, uma vez que o terrorista poderá não falar, mesmo sendo torturado, ou, ainda, poderá não ser possível desarmar a bomba por qualquer outra razão, ao passo que o abate do avião afasta de plano o perigo.

Se se considerou justificado pelo estado de necessidade defensivo o sacrifício da vida dos inocentes que seguiam a bordo do avião para salvar a vida dos que serviriam de alvo no solo, não deveriam ser justificados pelo direito de necessidade (é desta causa de justificação que agora se trata), por maioria de razão, o suplício da água, das unhas, dos electrochoques, ou outros, para salvar a vida das vítimas potenciais da bomba? Em minha opinião, a resposta à questão deve ser negativa por duas ordens de razões. Primeiro, a adequação do meio à salvaguarda do bem jurídico, na tortura é

²³¹ DIAS, 2012, p. 262.

²³² DIAS, 2012, p. 262.

por demais duvidosa, pois, como vimos, a tortura é um procedimento de resultado incerto. E se o suspeito nada sabe realmente acerca do paradeiro da bomba? E se sabe mas nada diz sobre o assunto, resistindo estoicamente aos tormentos? E se apesar de dar a informação pretendida sob efeito do sofrimento, não é encontrada bomba alguma? No caso do abate do avião, ao invés, não só o perigo é actual, como o meio utilizado é adequado para o afastar, porque desse modo é destruída a própria arma de agressão.²³³

A segunda razão, aparentemente mais alarmante, é também a mais convincente em termos argumentativos.

É que no caso do abate do avião, os passageiros e tripulação estão condenados a morrer de qualquer modo, pois foram introduzidos na arma a ser utilizada pelos terroristas.

Quando o Estado decide por abater o avião ele apenas antecipa a morte de pessoas que seriam mortas de qualquer modo para afastar efetivamente o perigo às vidas de outros civis, que podem ser salvos.

Assim é que a imposição do sacrifício das vidas dos inocentes dentro do avião, por antecipação de ação estatal, é razoável e a tortura do terrorista não seria.²³⁴

²³³ DIAS, 2012, p. 262-263.

²³⁴ Segundo, enquanto no caso do abate do avião sequestrado, que é usado como arma contra alvos civis, é razoável impor às vítimas inocentes o sacrifício do seu interesse, no caso da tortura não. No primeiro caso, os inocentes que viajam a bordo são destruídos por terem sido «embutidos» na arma pelos terroristas e por as suas vidas se encontrarem por esse facto irremediavelmente perdidas. Como defendi então, «o poder público não escolhe entre vidas, não «joga ao destino», nem despersonaliza ou coisifica as pessoas que seguem a bordo do avião: simplesmente remove o perigo salvando quem ainda pode ser salvo». É como se uma organização terrorista tivesse inoculado num conjunto de pessoas inocentes um vírus poderosíssimo e fulminante a fim de as usar como arma biológica para dizimar a população de um país ou de uma região do globo. Perante a impossibilidade de neutralizar o dito vírus e a ineficácia de medidas de isolamento das pessoas infectadas, nada mais restaria aos poderes públicos desse país ou região do que esta sombria opção: ou isolar essas pessoas abandonando-as à morte ou deixá-las morrer juntamente com a restante população contaminada pela disseminação do vírus. Tal como no caso do sequestro do avião, neste último não é o poder público que reduz as pessoas à condição de objecto e também aqui as possibilidades de salvamento são totalmente assimétricas estando as pessoas infectadas irremediavelmente «marcadas pelo destino». Se de coisificação se pode falar ela foi realizada pelos terroristas que lhes inocularam o vírus e as usam como arma biológica de destruição, não pelos poderes públicos que são confrontados inesperadamente com o problema. Optando pelo isolamento mortal das pessoas infectadas estes, como assinalei, limitam-se a salvar quem ainda pode ser salvo. Cumprem o seu dever de protecção sem violarem o seu dever de respeito para com a dignidade humana. Na tortura, ao invés, a questão tem contornos que fundamentam a ilegitimidade jurídica dos tormentos infligidos ao detentor de informações. Agora é o Estado «defendente» que subjuga o visado e o converte em algo desprovido de substância humana. Não estamos a falar da agressão e das suas características, mas dos procedimentos utilizados para remover o perigo por ela criado. O significado da tortura, como vimos, é o de que vale tudo, mesmo reduzir pessoas ao nível das coisas, para afastar um perigo para a vida de inocentes. É este significado que o princípio da dignidade humana e o princípio do Estado de Direito precisamente não aguentam. Não é que a dignidade humana dos passageiros e tripulantes e das pessoas infectadas pelo vírus deva ser ignorada na decisão do poder público. Pelo contrário, tudo deve ser feito, até aos limites do Estado de Direito, para salvar as vidas colocadas em perigo pelo facto ilícito dos agressores (forçando a aterragem do avião sequestrado ou fomentando a produção urgente de um antídoto). Mas se o poder público se recusar a abater o avião e o deixar estatelar no solo, morrendo todos os que seguiam a bordo e todos os que se encontravam no local do embate, podemos criticar a sua omissão, mas não podemos dizer que houve instrumentalização ou coisificação de quem quer que fosse: nem das pessoas que seguiam a bordo nem das que se encontravam no solo. Na verdade, nem umas nem outras foram subjogadas

Sobre essa questão, Dias finaliza aduzindo que só seria legítima a tortura praticada num cenário de guerra que comportasse o Direito Penal do Inimigo, mas nesse caso não se poderia falar em Estado Democrático de Direito.

A tortura só é legítima, em suma, como medida de guerra inscrita num Direito Penal do inimigo, erguido não para proteger (como sugere JAKOBS) mas para minar e descaracterizar o Estado de Direito Democrático e a sua Constituição. Concordo com DERSHOWITZ em apenas mais um aspecto: se se entender que a tortura não deve ser reconhecida de jure, então ela deve ser rejeitada de facto. Não há fundamento algum que confira eticidade ou aceitabilidade jurídica a tal prática. Por isso, não há outra conclusão a tirar.²³⁵

Após concluir pela ilicitude da tortura em qualquer hipótese, mesmo nos casos extremos como os de bomba-relógio, Dias utiliza o conhecido caso Daschner²³⁶ para examinar

ritualmente à vontade alheia da autoridade pública. Diferentemente do caso da tortura, a decisão de omitir qualquer intervenção não envolve a dignidade humana na acepção prático-normativa supra referida. Por isso, o problema da justificação ou não do comportamento omissivo não chega a ser por ela verdadeiramente afectado e pode assim deslizar para o plano das consequências e da ponderação dos interesses ou esferas de liberdade em jogo. Dependerá, sobremaneira, da questão de saber se, ao não intervir, o Estado afastou o perigo para a vida de alguém e salvaguardou no caso o interesse preponderante. DIAS, 2012, p. 263-264.

²³⁵ DIAS, 2012, p. 265.

²³⁶ O chamado caso Daschner, decidido pelo Tribunal de Frankfurt por sentença de 20 de Dezembro de 2004, que tem suscitado acesa polémica na doutrina alemã ao ponto de ROXIN o ter qualificado como «o caso penal mais controverso da história alemã do pós-guerra». A razão para esta alteração factual não reside somente na controvérsia doutrinal gerada pelo caso Daschner, mas na circunstância de sobre este ter sido proferida uma decisão judicial condenatória bastante benevolente, que se presta e convida mesmo à colocação e análise das questões atrás formuladas. O caso descreve-se em poucas palavras. Em Setembro de 2002, G sequestrou uma criança de onze anos com o fito de pedir um resgate à família dela. Três dias depois do rapto, quando «investia» uma parte do dinheiro do resgate que entretanto recebera (sem que tivesse devolvido a criança à família), G foi detido pela polícia como suspeito do rapto. As investigações da polícia centraram-se na localização do lugar onde a criança estaria encerrada, partindo do princípio de que ainda estaria viva. Durante o interrogatório de G a polícia fez buscas ao seu domicílio, onde encontrou uma parte do dinheiro do resgate e um papel contendo pormenores da preparação do crime. Os indícios apontavam para considerar G autor do rapto, embora nada se soubesse sobre se existiam co-autores que co-determinavam também o destino da criança. Mas como o suspeito se recusasse a colaborar na localização do esconderijo onde guardava a vítima, fornecendo pistas falsas, o Vice-Presidente da Polícia de Frankfurt ao tempo dos factos, Daschner, ordenou a um subordinado, E, que ameaçasse G com a sujeição a um tormento (provocação de dores, não de lesões físicas) e cumprisse a ameaça, caso o suspeito persistisse em não revelar a localização da criança. A diligência devia ser realizada na presença e sob a vigilância de um médico. Como escreveu no seu relatório, Daschner fê-lo perante a urgência da situação e «não para o esclarecimento do crime, mas exclusivamente para salvar a vida da criança raptada». Logo após E ter proferido a ameaça referida, G confessou imediatamente onde tinha encerrado a vítima e onde tinha enterrado o cadáver. Sob a ameaça, G declarara-se responsável não só pelo rapto mas também pelo homicídio da criança. O Tribunal de Frankfurt considerou que E era autor do crime de coacção no exercício de funções (§ 240 n° 1 do StGB) e que Daschner era autor do crime de indução de subordinado à prática de um crime (§ 357 do StGB) e instigador do crime de coacção por funcionário. Ambos foram condenados numa pena de multa e numa admoestação com reserva de pena (§ 59 do StGB) durante 1 ano. Entendeu o Tribunal que as causas de justificação gerais não valem para a actuação do poder público mas, mesmo que assim não se entendesse, o comportamento de ambos os arguidos não estava coberto nem pela legítima defesa, nem pelo direito de necessidade. Desde logo, porque a violação da dignidade da pessoa obsta à permissão da defesa (Gebotenheit) na legítima defesa e à adequação do meio no direito de necessidade. Além disso, porque falta a actualidade da agressão na legítima defesa e a actualidade do perigo no direito de necessidade (a criança já estava morta) e também o

a possibilidade de desculpa ou indulgência ao autor da tortura nas situações limítrofes como as referidas.

Não sendo a conduta torturadora permitida ou justificada, mesmo em casos excepcionais, pelas razões invocadas, haverá situações em que podemos desculpar ou censurar menos o torturador? Por outras palavras, considerando proibido o que o verdugo fez, podemos usar, todavia, de uma certa indulgência na hora de o julgar? Sem perder de vista o cenário das *ticking time bombs*, que tem orientado as minhas reflexões ao longo deste estudo, vou agora mudar de registo factual e tomar por base o chamado caso *Daschner*.²³⁷

O autor desde logo adverte que para as suas considerações não observará alguns dados fáticos do caso,²³⁸ provavelmente para fins de se trabalhar com a hipótese extrema sem que possa haver subterfúgios argumentativos da situação concreta.

meio necessário naquele e o meio adequado neste tipo justifi cador (os arguidos tinham ao dispor outros meios menos gravosos e invasivos).¹⁰¹ Afastada foi igualmente a aplicação (do erro sobre a proibição e) do estado de necessidade desculpante do § 35 do StGB, por não existir uma relação de proximidade entre os agentes e a criança em perigo de vida (exigência que não tem correspondência no art. 35º do CP) e do estado de necessidade desculpante supralegal (defendido por alguns autores para casos em que faltam elementos do § 35 mas subsiste a sua ratio, como o da chamada comunidade de perigo)¹⁰² por faltar in casu uma colisão de deveres insuperável, já que existiam alternativas de acção, e porque a aplicação do estado de necessidade supralegal a intervenções de órgãos do Estado pode conduzir a uma ruptura com as normas de Direito de Polícia e a uma atribuição geral de poder para resolver situações de necessidade. Segundo LACKNER e KÜHL a pena aplicada pelo Tribunal a cada um dos arguidos revela uma desproporção assinalável com a violação da dignidade humana invocada na fundamentação da sentença. O tribunal procurou explicar as penas reduzidas em espécie e medida do seguinte modo. Afastou em primeiro lugar a aplicação ao caso das penas mais graves dos crimes de extorsão de declarações do § 343 do StGB, por falta de elementos do tipo incriminador, e de coacção particularmente grave do § 240 , nº 4, 3, («... se o agente ... abusa da sua faculdade ou da sua posição como funcionário»), por não existir um «caso especialmente grave» já que teria concorrido na situação um conjunto de circunstâncias atenuantes. Em seguida, cuidou o Tribunal de enumerar essas circunstâncias atenuantes, distinguindo para o efeito entre atenuantes concomitantes e atenuantes posteriores à prática do crime. Entre as primeiras figuram a motivação exclusiva de salvar a vida da criança; a pressão que a urgência da situação e a opinião pública exerciam sobre o Vice-Presidente da Polícia e a responsabilidade que pesava sobre os seus ombros quanto ao desfecho do caso; a atitude provocadora do raptor, fornecendo pistas falsas sobre o paradeiro da criança e arrasando os nervos dos arguidos com o passar do tempo; e o cansaço fruto de uma noite em claro tentando obter desesperadamente elementos para localizar a criança. Conclui a sentença que se é certo que o facto não relevou de uma situação de conflito insolúvel, pois estavam ao dispor alternativas de acção, verdade é também que do ponto de vista subjectivo os arguidos se encontravam numa situação «de certo modo próxima das causas de justificação e de desculpa». DIAS, 2012, p. 265-267.

²³⁷ DIAS, 2012, p. 265.

²³⁸ [...] não me ocuparei de aspectos particulares do caso, como a circunstância de a criança estar já morta ao tempo dos factos e de, no entender do Tribunal, não serem suficientes os indícios da suspeita de rapto e não terem sido esgotados todos os meios de investigação permitidos. Partirei do dado de que a criança estava viva e que todas as possibilidades de investigação e de recolha de indícios estavam esgotadas. Não tratarei igualmente da questão normativa, que divide a doutrina alemã, de saber se a ameaça de sofrimento vale conceptualmente como tortura, nem tão pouco da justificação do sofrimento infligido ou ameaçado, cuja refutação decorre sem dificuldade das considerações tecidas nos pontos anteriores. Debruçar-me-ei tão só sobre a questão central de saber se, num caso de tortura como este, em que o agente se mobiliza para salvar vidas humanas, num estado de cansaço e de aflição psíquica agudos, num contexto emocional de indignação e de temor pela sorte das vítimas do sequestro ou da bomba, há lugar para a desculpa ou para a atenuação especial da pena (dada a continuidade entre esta consequência e a antecedente). DIAS, 2012, p. 267-268.

De início, o exame principia por indagar se, apesar de ser vedada a arguição de legítima defesa e estado de necessidade ao agente público que se vale da tortura em casos extremos, seria também negado o exame de causas de exculpação.

Uma vez considerando-se possível a hipótese de exculpação seria de se questionar sobre qual a maneira ou qual a via pela qual que ela se implementaria. Duas vertentes, como hipótese o autor sugere: “separando-se o homem da função que exerce e considerando exclusivamente o quadro emotivo de aflição e de compadecimento pela sorte do seu semelhante, que subjaz à tomada da decisão trágica.”²³⁹

Por último é preciso indagar se a exculpação estaria vinculada à singularidade do caso apenas para preservar o efeito preventivo-geral da proibição da tortura ou se pode ser considerada com base em elementos independentes.²⁴⁰

Quanto à primeira indagação, o professor Dias adianta que, apesar da proibição relacionada à legítima defesa e ao estado de necessidade, entende ser possível o agente público se valer da exculpação.

Ele pondera que enquanto as excludentes dizem com um conflito de bens ou delimitação de direitos tendo por base valores da sociedade, a exculpação diz respeito a situações em que, apesar da prática de um ato ilícito, indaga-se se o agente deve ou não ser censurado.

Quanto à primeira questão, a diferenciação entre ilicitude e culpa, *rectius*, entre justificação e exculpação, permite, em minha opinião sustentar que um agente da autoridade, não podendo desvincular a licitude da sua actuação das normas jurídicas que lhe conferem poderes de intervenção, pode, todavia, apelar à desculpa em determinadas circunstâncias. Na verdade, enquanto a justificação se ocupa da resolução de um conflito de bens ou da delimitação de direitos de acordo com as valorações últimas da ordem jurídica, a desculpa versa sobre situações em que, apesar da prática de um facto ilícito típico, o agente não deve por isso ser pessoalmente censurado.²⁴¹

Em outras palavras, a exculpação seria a indagação sobre se é justo punir o ato proibido tendo sido praticado nas condições em que foi.²⁴² É um espaço de tolerância diante

²³⁹ DIAS, 2012, p. 268.

²⁴⁰ DIAS, 2012.

²⁴¹ DIAS, 2012, p. 268-269.

²⁴² Recorrendo à síntese de Fernanda Palma, «o problema da justificação refere-se à delimitação recíproca dos direitos e, em grande parte, dos deveres de respeito perante a actuação alheia permitida, e implica a noção de valor intrínseco ou universalizável de bem como uma função delimitativa de direitos ... [ao passo que] na desculpa o problema é saber se é justo punir o acto proibido nas condições de ponderação da situação emocional em que o agente actuou». DIAS, 2012, p. 269.

do ilícito, tendo em conta a pessoa e sua atitude em dada situação,²⁴³ mas não interfere no carácter ilícito do ato, que segue preservado.

Sendo assim, não é impossível que um torturador aja dentro de uma situação em que seu conflito interno e emocional com a situação dada, envolvendo a vida de semelhantes, absorvido em temor, indignação, aflição, e que isso possa levar-lhe a ser digno de desculpa.²⁴⁴

Embora a tortura seja de todo contrária ao direito, os motivos que a determinam podem não ser censuráveis.²⁴⁵

Não está fora de causa que o torturador actue num conflito interno agudo, num quadro emocional extremo estribado num misto de indignação, aflição e temor, humanamente compreensível. Se a tortura é sempre contrária ao Direito que radica na dignidade da pessoa, os motivos e emoções que a ela determinaram podem não ser censuráveis, pois podem relevar da humana *fragilitas* perante situações trágicas.²⁴⁶

O autor recomenda, nas hipóteses em exame, que não se separe a pessoa do agente da qualidade em que atua. A qualidade funcional deve ser sempre considerada.

No caso Daschner, por exemplo, entende que deve ser considerado o fato de que ele agia como o Vice-Presidente de polícia, cargo de grande importância e reconhecimento social, o que tornava justa a exigência dele de maior rigor no cumprimento e no respeito às obrigações legais, o que tornaria mais censurável uma violação advinda de sua parte.

No dizer de Dias, Daschner estava sujeito a uma “exigibilidade reforçada” pelo fato de exercer o cargo em que estava.²⁴⁷

²⁴³ Na desculpa trata-se, pois, da definição de espaços de tolerância perante o ilícito, tendo em conta a pessoa do agente, a sua atitude normativa e a sua circunstância individual e social. DIAS, 2012, p. 269.

²⁴⁴ DIAS, 2012.

²⁴⁵ DIAS, 2012.

²⁴⁶ DIAS, 2012, p. 269.

²⁴⁷ A análise de hipóteses de desculpa num caso como o que está sob apreciação, não deve separar a pessoa do agente da qualidade em que actua. Em momento algum da análise da responsabilidade por prática de um crime cometido no exercício de funções públicas se deve prescindir da qualidade funcional do agente. Pode em um momento ou outro da análise essa qualidade ficar suspensa, porque não vem ao caso, mas nunca ser afastada. Na culpa não está em causa a personalidade «nua», entre outras razões porque a pessoa é um «ser-com-os-outros» e portanto alguém que se determina à acção condicionado por estatutos, qualidades e relações sociais. A censura pessoal não pode deixar de considerar que o agente actuou no exercício de funções públicas, na qualidade de Vice-Presidente da Polícia. E a questão não é de jurisprudência dos conceitos. A desculpa é uma valoração cujo desfecho significa que não é exigível concretamente ao agente um comportamento conforme ao Direito. A não exigibilidade deve ter em conta as exigências de dever e a possibilidade do seu cumprimento na situação por uma pessoa do tipo social do agente. Aspecto relevante no caso presente, que não deve ser negligenciado, é que o agente era Vice-Presidente da Polícia, desempenhava funções públicas de grande responsabilidade e sobre si impendiam exigências de dever específicas quanto aos procedimentos e métodos de interrogatório a utilizar. Sintetizando numa frase simples o que acaba de ser dito, o agente estava sujeito a uma «exigibilidade reforçada» decorrente dos deveres de direcção policial que lhe incumbiam. DIAS, 2012, p. 269-270.

No entanto, apesar dessa exigência reforçada que se poderia cobrar, não necessariamente a conclusão no caso Daschner devesse ser pelo reconhecimento da culpa.

Embora tudo o que se disse não se pode descurar do fato de que também ele, mesmo nas funções públicas, é um ser humano suscetível aos sentimentos capazes de lhe fazer tomar a decisão que tomou.²⁴⁸

A situação deve ser considerada como um todo e a exculpação não pode ser descartada de plano.

A exigência de inflexibilidade do agente diante de qualquer situação, cobrando-lhe nervos de aço²⁴⁹ em qualquer circunstância, atentaria contra a própria humanidade do executor, o que violaria também a sua dignidade.

Note-se que a decisão de sujeitar o raptor a tortura, num tal contexto de pressão e aflição psíquica, é tudo menos uma decisão planeada e executada ritualmente com frieza profissional. A decisão pode surgir como uma fuga ao conflito e à tormenta existencial que o acompanha.

Se as normas jurídicas impusessem a sua observância para além da linha da resistência humana (comprovada através do mediador normativo do tipo social do agente), revelando uma insensibilidade coriácia à vulnerabilidade da pessoa de carne e osso, a censura estribada nesta lógica significaria de certo modo uma instrumentalização dessa pessoa à estabilização contrafáctica das normas e por isso uma violação da sua dignidade.²⁵⁰

Em relação ao último ponto que envolve a eficácia-geral preventiva como uma das causas a se invocar como fundamento de manter-se uma condenação, o autor discorre seus argumentos no sentido de discordar disso.

Para ele a exculpação não pode estar vinculada a consequências relacionadas com a prevenção-geral do crime e a singularidade de um caso é algo por demais aleatório para determinar uma regra sobre isso.

²⁴⁸ É, portanto, entre esta exigibilidade reforçada e a capacidade de resistência humana à tragédia (própria ou alheia) que o problema da desculpa se joga num caso como este. O desfecho deste «jogo» valorativo não tem de pender necessariamente no sentido da declaração da culpa, plena ou atenuada. Apesar de sujeito a deveres funcionais específicos, alguns dos quais impostos para segurança dos próprios cidadãos, não é esperável que um dirigente da Polícia revele em todas as situações nervos de aço ou coração de pedra relativamente ao sofrimento alheio. A situação de stress a que esteve sujeito, as horas de serviço já despendidas na solução do problema sem sucesso, a representação cada vez mais intensa de uma criança a definhar algures numa cave, e a atitude provocatória do suspeito de rapto, podem ter despoletado no agente um estado emocional agudo de indignação, de aflição e de receio pela vida da criança, difícil de controlar e de compatibilizar com uma atitude de cumprimento das exigências de dever. A exigibilidade encontra a sua fronteira normativa na capacidade de prestação de uma pessoa do tipo social do agente: as normas jurídicas impõem, por certo, ao destinatário que se paute pelos deveres que regulam a função que desempenha, mas não para além do limite da resistência humana a situações extremas. DIAS, 2012, p. 270.

²⁴⁹ DIAS, 2012.

²⁵⁰ DIAS, 2012, p. 270.

O que estaria em jogo aqui, portanto, não seria a eficácia da proibição contra a tortura, mas as razões pelas quais o agressor decidiu-se por infringir a norma proibitiva e se essas razões são bastantes para o recebimento da desculpa.

Se é necessária singularidade na desculpa, ela terá a ver, em minha opinião, não com a frequência presente e futura de um facto, mas com a situação conflitual extraordinária em que o agente se encontra. É esta que, de certo modo, terá de ser única. Em termos mais concretos, o que importa saber neste particular é, não tanto se são ou serão colocadas várias bombas terroristas e portanto se a tortura se pode tornar uma prática frequente, com a consequente perda de eficácia da proibição, mas qual o estado emocional do agente quando se decide pela inflicção do sofrimento, qual o motivo por que se decide nesse sentido. Em segundo lugar, a prevenção geral positiva ou integradora não constitui um limite interno à desculpa. Por outras palavras, a desculpa não deve ser funcionalizada à consecução de finalidades de prevenção geral do sistema penal, sob pena de este se tornar insensível aos conflitos emocionais e às possibilidades concretas de motivação dos destinatários e promover, através da punição, a instrumentalização destes a interesses colectivos. Quando muito a prevenção geral positiva pode funcionar como um limite externo à desculpa, comprimindo de fora a possibilidade de uma generalização das situações de desculpa.²⁵¹

Dias entende, com isso, que não há impeditivos de que se possa acolher a tese da exculpação do autor da tortura quando se verificarem os pressupostos exigíveis na análise de qualquer outro delito e que isso não fragiliza em nada a proibição da tortura, que permanece com seu carácter ilícito intocável.

O condicionamento da exculpante ao efeito de uma prevenção geral seria desumano em relação ao autor do facto e, por consequência, atingiria a própria dignidade da pessoa.

Entende, Dias, por fim, que Roxin conclui no mesmo sentido de suas sustentações.

ROXIN acaba por concluir num sentido similar. Depois de afirmar que, quando está em causa uma «norma fundamental» como a proibição de tortura, a lei «tem de ser inflexível e dura na determinação do recto e do torto», reconhece, acto contínuo, que «... na questão de saber se o agente tem de ser punido em casos-limite do ponto de vista ético-social, pode o Direito usar indulgência, como faz também em outras situações de conflito e de necessidade». Nestas situações particulares, marcadas pelo conflito interno, a tensão emocional aguda e a aflição psíquica do agente, em que a tortura surge como uma (precipitada) fuga em frente e não como um ritual programado, a desculpa não conduz em boa verdade a uma relativização da proibição da tortura. O simbolismo decorrente da qualificação desta

²⁵¹ DIAS, 2012, p. 271.

proibição como «norma fundamental», arquétipo jurídico, ou grande interdito, não é afectado pela desculpa do torturador que violou a norma num contexto existencial trágico e humanamente ingovernável. Se a tortura se traduz sempre na coisificação do outro, absolutamente inaceitável numa ordem jurídica edificada sobre o princípio da dignidade da pessoa, a preservação da sua interdição a qualquer preço, designadamente através da punição de alguém que actua no contexto descrito, em nome da reintegração sistémica de normas violadas, é igualmente inaceitável em uma tal ordem jurídica. A necessidade de restabelecer ou reintegrar a proibição da tortura não pode ser satisfeita à revelia da culpa, ou seja, à custa da desumanização da punição e do Direito Penal. Seria admissível porventura que o restabelecimento daquela proibição fosse efectuado através da punição do torturador inimputável?²⁵²

O autor rechaça a possibilidade de o caso Daschner, ou os de bomba-relógio, constituírem-se em legítima defesa ou estado de necessidade tanto nas suas formas justificantes como exculpantes.

Em relação às formas justificantes, entende que estado de necessidade não é, pois nessa figura o perigo não é causado por quem suporta a agressão, que de regra é gerado por terceiros ou por acidente. Também não concorda que seja excesso de legítima defesa, visto que ela pressupõe todos os elementos da legítima defesa justificante exceto a necessidade do meio. No entanto, Dias refere que sequer é possível falar em legítima defesa própria pois faltaria a autorização para agir em face do limite ao direito de defesa imposto pela dignidade humana.

Concordo que o exemplo dos reféns, em que o alvo da tortura é apenas membro da organização criminosa e possível detentor de informações, seja tratado ao nível do estado de necessidade (sem que isso signifique à partida a existência de um estado de necessidade), mas já não que o caso Daschner ou o da ticking time bomb na versão corrente o sejam. Parece-me não existir também excesso de legítima defesa nos casos em último lugar referidos, porque o excesso pressupõe que estejam verificados todos os elementos da legítima defesa com excepção de um: a necessidade do meio. Neste sentido, o excesso de legítima defesa do n.º 2 do art. 33.º do CP constitui uma causa de justificação incompleta. Faltando o pressuposto da permissão (ou necessidade) da defesa, porque, como vimos, o princípio da dignidade humana, na sua função práctico-normativa, institui um limite imanente ao direito de defesa de terceiros por meio de tortura, falta o *quid* que pode ser excedido por utilização de um meio desnecessário ou inadequado.²⁵³

Quanto à possibilidade de exculpantes supralegais serem invocadas e aceitas nos casos em apreço, neste traçado, não se verifica óbice para tanto e podem bem ser utilizadas e consideradas pelo juiz da causa.

²⁵² DIAS, 2012, p. 272.

²⁵³ DIAS, 2012, p. 273-274.

Portanto, tanto no caso Daschner como na hipotética situação de bomba relógio, segundo Dias, é possível se revelarem situações de desculpa (supralegais ou por analogia²⁵⁴), desde que presentes estejam os seus pressupostos.

Em ambas as situações os agentes agem pretendendo repelir agressão injusta e atual provocada pelo suspeito, mas que não constitui legítima defesa, diante do que já foi explicado.

De todo o modo, se a decisão pela tortura for comprovadamente tomada num contexto de extrema pressão e aflição, por temor e no limite da resistência humana, poderá se configurar uma exculpante no caso concreto, visto que será o caso de uma decisão tomada por um medo não censurável, ainda que seja exigível maior resistência à situação de quem ocupe cargo estatal próprio para enfrentamento dessas situações.²⁵⁵

O fato de o agente exercer função em que se espera preparo para o enfrentamento de pressões desse jaez, por outro lado, não pode servir de óbice ao reconhecimento de que, mesmo assim, está-se a tratar de ser humano, suscetível às emoções como qualquer pessoa e que, por isso, pode sucumbir a pressões, ainda que isso não seja desejado.

Neste mesmo sentido, vale referir que Cano Paños tem idêntica posição. Ele é categórico em não admitir qualquer flexibilização na proibição da tortura, ainda que se tenham cenários extremos como o hipotético *ticking bomb* e o real caso Daschner.

²⁵⁴ Mas podem os fundamentos da desculpa relevar fora dos singulares tipos de desculpa? Alguma doutrina tem respondido cautelosa mas favoravelmente a esta pergunta. FERNANDA PALMA, por exemplo, admite que a tipificação de causas de desculpa não desonera o juiz «de construir causas de desculpa supralegais, tanto por analogia como partindo de novas perspectivas sobre a interpretação ético-afectiva (emocional) da realidade», como forma de abrir a ordem jurídica, humanizando-a, ao «código» dos motivos e das emoções que coordena directamente as acções e permite o funcionamento das normas. Concordo com esta posição, com uma limitação que decorre da constrição externa exercida pelas funções de prevenção geral positiva do sistema, a qual obsta, como disse, à generalização das situações de desculpa. Se os fundamentos da desculpa não encontram concretização num tipo desculpante, a sua relevância prática não cessará sempre que possam materializar-se numa situação claramente análoga. Nem o princípio da legalidade (por nos encontrarmos no âmbito do afastamento da responsabilidade) nem as funções de prevenção geral (porque a desculpa analógica se louva afinal no mesmo tipo de razões que sustentam a proibição da tortura) são molestados por esta solução. A analogia, convém lembrar, consiste aqui na aplicação dos fundamentos da desculpa incrustados num tipo desculpante a um caso nele não regulado mas com ele equiparável por identidade ou maioria de razão. DIAS, 2012, p. 274.

²⁵⁵ Nesta ordem de ideias, os exemplos baseados no caso Daschner e no da *ticking time bomb* podem relevar como situações de desculpa, por analogia com o n.º 2 do art. 33.º, reunidas que estejam certas circunstâncias. Em ambos os casos os agentes pretendem repelir a agressão actual e ilícita do suspeito (representada pelo rapto ou pela colocação da bomba-relógio) contra vidas inocentes através de um comportamento que não vale como defesa legítima pelas razões que mencionei. De todo o modo, se a decisão pela tortura é tomada num contexto aflitivo de temor pela sorte das vidas ameaçadas e nos limites da resistência humana do agente à situação adversa, agudizados para mais pela atitude provocatória, arrogante, trocista ou divertida do suspeito de rapto ou de terrorismo, pode concluir-se que o comportamento, permanecendo ilícito e excessivo, foi praticado por medo não censurável. Apesar da maior exigibilidade que impende sobre o agente, por força do exercício de poderes públicos, não pode ser negada relevância à comprovação de que a resistência de uma pessoa do seu tipo social (incluindo neste o seu papel funcional) à violação do dever teria igualmente «quebrado» naquela situação. DIAS, 2012, p. 274-275.

Se não por outras razões, ele aponta a inviabilidade de concessões na esfera da ilicitude da tortura, no mínimo pela proibição expressa da prática tanto no meio internacional como nos ordenamentos internos dos países.

Não vê o autor, assim como Dias, possibilidade de se superar esse óbice proibitivo que veda a prática em qualquer circunstância.

En definitiva: Puede la demanda de una prohibición absoluta de la tortura prevalecer en situaciones extremas en las cuales su uso podría ser el único medio de obtener la información necesaria para prevenir daños (de aún mayor gravedad) a personas inocentes? Pues bien, partiendo de la posición que se defiende en este trabajo, aun en situaciones como las descritas, la prohibición absoluta de la tortura no debe hacerse más flexible *ex ante* ni *in abstracto* en virtud de la postura inequívoca tanto en la ley internacional como en los ordenamentos jurídicos nacionales, y las negativas implicaciones políticas y jurídicas que un enfoque flexible podría acarretar.²⁵⁶

De qualquer modo, também ele ressalva as hipótese de exculpação para solucionar o problema.

Segundo refere, o fato de um policial praticar tortura nas condições e cenários extremos já referidos, embora ilícito, não conduz, necessariamente a sua responsabilização penal, justamente pela possibilidade de exculpação no caso concreto.

A única possibilidade de se chegar a uma solução justa para o problema seria fazendo a adequada distinção entre justificantes e exculpantes em relação ao ato de tortura nas hipóteses em comento.

Sin embargo, esto no necesariamente conlleva la responsabilidad penal individual *ex post* ni *in concreto* del agente de policía autor de un delito de torturas, dados los deberes en conflicto que este tiene que afrontar: respetar la dignidad humana del sujeto sospechoso (terrorista, secuestrador), a la vez que proteger activamente a potenciales víctimas de las acciones delictivas de este sospechoso. Solo se puede encontrar una solución justa a este dilema si se distinguen, por un lado, los niveles estatal e individual y, por otro, si se diferencia entre a la no justificación (antijuridicidad) Del acto de tortura y la excusa (culpabilidad personal) del torturador. De este modo, un agente de policía puede, llegado el caso, ser excusado, pero su conducta no justificada, ya que esto convertiría a la tortura en algo legal o incluso en algo socialmente aceptable, minando así el carácter absoluto de la prohibición de torturar.²⁵⁷

²⁵⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel. **En los límites la exclusión de la responsabilidad penal**: el caso Jakob von Metzler y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho. Barcelona: Bosh Editor, 2017, p. 528.

²⁵⁷ CANO PAÑOS, 2017, p. 528.

Essas importantes considerações dão a dimensão do debate que se trava em relação à ilegitimidade da tortura e sua eventual relegitimação nos casos extremos, como o caso Daschner e os casos de bomba-relógio, sendo certa a necessidade de aprofundamento cada vez maior nessa temática.

Assim, em sequência, verifica-se que Llobet Anglí dedica-se também a refletir sobre a temática da relegitimação da tortura e pondera questões relevantes sobre a possibilidade de utilização de justificantes nos casos extremos em que a tortura é cogitada como forma de afastamento do perigo.

Sobre o estado de necessidade sustenta que não é possível a cogitação, na medida em que não se pode ter em conta o caráter apenas utilitarista da justificante, pois não se trata de mera opção pelo mal menor e sim de solução do conflito que surge levando-se em conta o menor revolvimento no *status quo*.

Ou seja, há de se solver a questão considerando-se a opção que menos altere as condições sociais preexistentes.

Nesta medida, a opção pela tortura revolveria essas condições sociais, em longo prazo, de modo mais relevante.

Então, a análise meramente utilitarista, que mede o mal da tortura de um terrorista (ou de seu familiar) em contraposição com a morte terrivelmente sofrida de um sem número de vítimas inocentes não pode ser considerada como solução.

Las razones esgrimidas por los autores que defienden esta solución es que el daño causado por la muerte de (cientos, miles o millones de) personas inocentes es muy superior al provocado por el uso de la tortura (especialmente cuando la víctima es el sujeto responsable de la bomba). Sin embargo, esta afirmación contradice la lógica del mal menor, desde cualquier perspectiva que no se base en el utilitarismo del acto. Siguiendo a SILVA SANCHEZ, el estado de necesidad no se dirige a “salvar el bien más valioso”, sino a “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél”. Y, en este sentido, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, la práctica de la tortura provoca a largo plazo mayores males que los que trata de evitar.²⁵⁸

Assim, a autora descarta a possibilidade de utilização do estado de necessidade como forma justificante do ato de tortura em casos extremos.

No entanto, a autora entende que nem toda a possibilidade de justificação estaria de plano afastada no trato da tortura. A legítima defesa e o exercício legítimo do dever, ofício

²⁵⁸ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 22-23.

ou cargo (algo semelhante ao estrito cumprimento do dever legal) seriam figuras, em tese, aplicáveis ao caso da tortura em casos extremos.

Em relação à legítima defesa, ela afirma que a situação da tortura em caso de bomba-relógio é idêntica estruturalmente àquela em que um terrorista está prestes a apertar um botão detonador e é detido a tiro por um policial.

E nessa segunda hipótese não haveria dificuldade nenhuma em enxergar a legítima defesa.

Así, el caso de un explosivo con temporizador que ya está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro. En este segundo supuesto, la muerte del terrorista está justificada en aplicación de la legítima defensa de terceros.²⁵⁹

Quanto ao que dizem muitos autores, como se viu, sobre a dignidade da pessoa ser um óbice intransponível para a admissão da tortura em qualquer caso, ela opõe que não há exposto nenhum argumento suficientemente convincente de que a dignidade seja um valor maior do que a própria vida e, se se admite a legítima defesa no sacrifício da vida, não se pode negá-la em caso de afronta à dignidade.

[...] hay autores que aluden a la dignidad humana (que resulta atacada por la tortura) como bien de tal calibre cuyo ataque no es posible de justificar bajo ninguna circunstancia. [...] no se aporta ningún argumento lo suficientemente sólido e incontrovertido que demuestre que la dignidad o la integridad moral de una persona es un bien de mayor relevancia que su vida. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima defensa, también puede estarlo torturar.²⁶⁰

Llobet Anglí, contudo, concorda com a proibição da tortura e entende que deva assim se manter, pois, ao contrário, estar-se-ia dando ao Estado um poder demasiado que representaria um retrocesso injustificado envolvendo as conquistas humanas ao longo do tempo, porque uma regulamentação, necessariamente, redundaria em abuso de poder estatal, o que afetaria inevitavelmente a própria democracia.²⁶¹

Todavia, entende a autora que os requisitos para a legítima defesa são estreitos a ponto de não permitir que a tortura possa ser institucionalizada, salvaguardando o interesse

²⁵⁹ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 25-26.

²⁶⁰ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 26-27.

²⁶¹ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 27.

social e democrático contra abusos, que não poderiam se efetivar. Não haveria a “ruptura de dique”²⁶² que poderia levar a institucionalização e ao descontrolo dessas práticas.

Sin embargo, los requisitos exigidos para aplicar la legítima defensa impiden, precisamente, la existencia de una política sistemática de torturas indiscriminadas, como medio para alcanzar mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo. Los límites (legales y doctrinales) de esta causa de justificación imposibilitan la denominada “rotura de dique”, es decir, evitan que esa posición de poder se perpetúe y se abuse de su práctica.²⁶³

Para afirmar os limites seguros da legítima defesa nos casos de tortura a autora indica quatro pressupostos básicos.

Por primeiro ela refere a necessidade de se distinguir a legítima defesa preventiva da reativa. Não seria possível a invocação da legítima defesa para prevenir ações futuras de terrorismo se não apenas aquelas já em curso, como no caso da bomba-relógio.

De entrada, es esencial distinguir entre la “tortura preventiva” y la “tortura reactiva”. La legítima defensa sólo es posible frente a una agresión ilegítima, esto es, como resistencia u oposición a un hecho en fase de tentativa que no se haya consumado. Desde esta perspectiva, la acción defensiva es, precisamente, reacción a ese acto prohibido, no prevención, de modo que “no forman parte del ámbito regulativo de la legítima defensa las ‘defensas’ que se anticipan netamente a la agresión”, lo que sucede en “los casos de ‘defensa’ frente a agresiones futuras”, esto es, en “los supuestos llamados de ‘legítima defensa’ preventiva”.²⁶⁴

Os Estados Unidos e Israel estariam usando da legítima defesa preventiva, o que não se admite, segundo os critérios da autora.

²⁶² Sobre isso Llobet Anglí escreve: La doctrina alude a los peligros de la “rotura de dique” en referencia a la posibilidad de que la tortura se expanda una vez se ha aceptado permitirle en algunos casos, lo que viene propiciado por los supuestos de la bomba de relojería. Como apunta MOLINA FERNÁNDEZ, el caso de ticking bomb nuclear es hipotético, puesto que difícilmente puede llegar a darse, y emotivamente muy cargado. De este modo, “una vez que se obtiene una primera concesión no hay más que ir bajando por la pendiente resbaladiza para alcanzar en poco tiempo el régimen ordinario del terror”. Sin embargo, en mi opinión, la aplicación de los requisitos generales de la legítima defensa impide esta “rotura de dique” o “pendiente resbaladiza” a la que aluden los citados autores, es decir, evita el problema de que la práctica de la tortura se implante y provoque un daño permanente al ordenamiento jurídico. Por tanto, incluso aceptando las dos siguientes premisas: que el sistema integral de justificación está “presidido por el estado de necesidad como regla general y acompañado de otras causas con grados de especialidad creciente”; por lo que “en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal Menor” en cualquier propuesta de justificación; en un verdadero caso de ticking bomb las normas de la legítima defensa optan por el mal menor, es decir, se salvan vidas humanas y no hay posibilidad de justificar ningún Guantánamo con base en sus postulados. LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 28.

²⁶³ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 28.

²⁶⁴ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 29.

Por el contrario, los servicios de seguridad de Israel o los EEUU están utilizando la tortura, precisamente, como método de prevención de atentados terroristas que podrían producirse en el futuro, esto es, de los que se sospecha que se están planeando o preparando, o más lejos todavía, que podrían llegar a planearse o prepararse. Por tanto, la inminencia de los escenarios de ticking bomb sólo puede ser entendida en el sentido de agresión ilegítima en la legítima defensa, lo que implica comienzo de tentativa, y no preparación, o, mucho menos, posibilidad de ataque.²⁶⁵

Como segundo postulado, a agressão reativa só se admitiria contra os autores e partícipes do ataque, ficando peremptoriamente excluídos terceiros não colaborativos eventualmente conhecedores da situação, mas que não causaram o perigo.

En segundo lugar, la legítima defensa sólo permite reaccionar contra los autores (o partícipes) del ataque, es decir, contra los agresores. De este modo, se derivan dos consecuencias: por un lado, no podría torturarse al insolidario; ni, por el otro, a una persona sin indicios de su intervención consciente en los hechos. Indicios cuyo parámetro de verosimilitud debería ser el del espectador normativo ex ante en la situación del autor, el cual también hubiese optado por tortura, esto es, una posibilidad rayana a la certeza para cualquier persona. Precisamente, tal requisito es el que convierte en muy improbable un verdadero caso de ticking bomb, aunque no en imposible.²⁶⁶

No entanto, quanto ao conhecimento seguro da evitação do mal, a autora alerta para o fato de que isso não é um requisito da legítima defesa, posto que se um policial atira para salvar terceiro, pode não ter a certeza de que sua ação evitará a morte da vítima, que pode, mesmo assim, ocorrer, e sua atitude estará, de qualquer modo, justificada.

Así, la crítica de LUBAN a MOORE se basa en que la solución de la legítima defensa no es aplicable cuando hay dudas sobre la propia agresión o sobre si se evitará el mal, y da a entender que este conocimiento nunca será total en la práctica (por lo que faltarán las premisas para su aplicación). Ahora bien, respecto al conocimiento de la agresión podría suceder que un policía detuviese al terrorista justo después de la activación del dispositivo y en ese mismo lugar. Y, por lo que se refiere al conocimiento seguro de la evitación del mal, la legítima defensa no requiere que haya seguridad absoluta de salvación. Si, por ejemplo, un policía abate a tiros a un sujeto que está intentando matar a una tercera persona, pero el agresor, antes de morir, consigue de todos modos su objetivo, la conducta del agente también está justificada.²⁶⁷

²⁶⁵ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 29-30.

²⁶⁶ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 30-32.

²⁶⁷ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 32.

Afora isso, não pode haver uma possibilidade menos lesiva de atuação, sob pena de frustrar a legítima defesa na hipótese,²⁶⁸ e seria necessário, por fim, o respeito aos limites éticos e sociais relacionados com uma proporcionalidade da agressão com o bem protegido.

Assim, por exemplo, ficaria totalmente excluída a hipótese de tortura para salvaguardar bens materiais ou evitar delitos contra o patrimônio.

Por último, también en este ámbito serían de aplicación los límites ético-sociales a la legítima defensa. Como indica PALERMO, “una defensa escandalosamente desproporcionada frente a una agresión insignificante supondría una negación del derecho de solidaridad mínima que tiene el agresor”. Así, a mi juicio, no estaría justificado torturar para impedir un delito contra el patrimonio: por ejemplo, se ha detenido al partícipe de un robo que se está llevando a cabo en ese momento por sus autores, y se plantea la tortura para que dicho sujeto diga donde está teniendo lugar. Ahora bien, del mismo modo, tampoco podría matarse justificadamente en el siguiente supuesto: disparar a un órgano vital para detener al ladrón que está huyendo con el botín, como única forma posible de evitar la consumación del hecho.²⁶⁹

Desse modo, Llobet Anglí aceita como possível a licitude da tortura por utilização da legítima defesa nas hipóteses extremas como as referidas no cenário da bomba-relógio.

Entende também viável a oposição do exercício legítimo do dever, ofício ou cargo nas hipóteses de tortura nas situações dramáticas referidas.

Ela afirma que a excludente em comento seria praticamente a mesma legítima defesa, mas com nome distinto, visto por outra ótica.

Por tanto, la otra opción, esto es, aplicar la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo del cargo, con los mismos límites que los elaborados para la legítima defensa, también me parece una solución viable. En el fondo, creo, sería lo mismo pero con nombres distintos. De hecho, en la doctrina se ha planteado la duda sobre si el art. 20.7ª resulta o no superfluo, puesto que en otros países, por ejemplo, en Alemania, no se prevé ningún precepto paralelo. Por tanto, la solución aportada en este trabajo para los supuestos de ticking bomb debería tener siempre los límites mencionados con independencia del rótulo que quisiera usarse: bien legítima defensa, bien ejercicio legítimo del cargo. En este segundo caso, puesto que la ley no especifica los requisitos de tal causa de justificación, sólo sería legítimo torturar cuando: existiese una agresión actual, no hubiera otro medio menos lesivo para conseguir la desactivación de la bomba, y, por último, no concurriera ningún límite ético-social.²⁷⁰

²⁶⁸ LLOBET ANGLÍ, 2010.

²⁶⁹ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 32-33.

²⁷⁰ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 34.

Em conclusão, a autora ressalta que não pretende legitimar a prática da tortura de modo sistemático, mas, ao contrário.

Ela destaca que a licitude da tortura em legítima defesa em casos extremos, como o da bomba-relógio, não permite que haja a sistematização e profusão da tortura, porque se vincula a situação concreta que, em verdade, tem por muito improvável.

Por fim, destaca que não é por conta da admissão da legítima defesa em casos de homicídio que esse crime pode se sistematizar como prática estatal, admitindo-se mortes em série pelo governo, nos casos de *ticking bomb*.

Con todo lo expuesto, pues, no pretendo legitimar la práctica de la tortura de forma sistemática. Más bien al contrario. En este trabajo he intentado dar respuesta a aquéllos que, recientemente, han justificado las torturas utilizadas en la guerra contra el terror partiendo de los casos de *ticking bomb*. Lo que sostengo es que ambos supuestos no tienen nada que ver, de modo que no deberían “hacer trampas”. El caso de la bomba de relojería, muy difícil que se dé en la práctica, puede justificarse mediante la eximente de la legítima defensa. Lo que ha ocurrido en Irak, Guantánamo o Abu Ghraib, y, en general, en la guerra contra el terror es una aberración, al igual que lo que sucede o ha sucedido en otros países como Israel y el Reino Unido. Así, aunque, ciertamente, a mi juicio la prohibición de la tortura no es absoluta, puesto que, en algunas ocasiones, podría plantearse la aplicación de la legítima defensa, el derecho a la vida tampoco lo es, sin que esto legitime la práctica de muertes sistemáticas por parte de un Gobierno.²⁷¹

Desse modo, como visto, para Llobet Anglí, a tortura pode ser lícita, em legítima defesa, nas hipóteses de *ticking bomb scenario*, embora não conceda essa hipótese para o estado de necessidade, pelas razões já expostas.

Diante de todos os argumentos neste trabalho elencados até agora, fica a nítida sensação de que o tema merece maior reflexão e aprofundamento, tanto pelas divergências constatadas como pela necessidade de se chegar a pontos comuns no trato da questão, em face de sua relevância e atualidade, o que parece ainda realmente longe de acontecer.

Não se pode descurar, ainda, do fato de que as soluções a que se pode chegar nessas questões aqui tratadas, se não fossem importantes pela própria causa, também o são por poderem repercutir no âmbito do Direito Penal em geral, visto o conflito respeitante à tensão entre o direito à segurança e liberdades individuais que se identifica, dentre outros, subjazendo à questão de fundo.

²⁷¹ LLOBET ANGLÍ, 2010, p. 37.

Mas isso terá de ser tratado em sede própria, pois, evidentemente, esse trabalho não poderia pretender esgotar a todas as questões, sequer aquelas expostas, mas trazer a lume algumas ideias sobre o tema levantado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo-se analisado a tortura como tema central neste estudo, diversas questões sobre ela foram revolidas no intuito de se desenvolver um trabalho em que se pudesse expor alguns pontos merecedores de reflexão.

Tal proposição se deu em razão da importância do tema na atualidade, uma vez que o debate em torno da legitimidade ou relegitimação da tortura se intensificou especialmente em razão dos atentados verificados em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos.

De outro lado, é notório, na atualidade, o aumento de ataques terroristas que vem se tornando rotina em diversos países, pondo em estado de alerta toda a comunidade mundial.

Não apenas a atualidade do tema, mas também as consequências no Direito, especialmente no penal e nos fundamentais, fazem essa questão especialmente importante.

A depender do que se pense sobre a possibilidade ou não da relegitimação da tortura, pontos basilares da estruturação jurídica do Estado Democrático de Direito são reafirmadas ou postas em cheque.

Portanto, para uma esmerada abordagem dessas questões, de início, fez-se necessária a busca de elementos que pudessem dar a ideia de um conceito de tortura para, a seguir, partir para uma viagem pelas suas origens, passando pela verificação do desenvolvimento e evolução do tratamento social e jurídico desse fenômeno.

Feito o preparo do terreno, possível foi o avanço no trato da tortura com a abordagem da sua proibição em âmbito internacional e do cotejo dela com a dignidade da pessoa humana, traçando-se paralelos entre eles.

A partir de tal ponto, foi se tornando viável ingressar na questão da ilegitimidade e relegitimação da tortura, tendo-se em conta os novos cenários possíveis na atualidade a contextualizar a tortura.

Em relação à primeira parte do trabalho foi necessário travar um debate, de início, em torno da questão que envolve a definição jurídica do crime de tortura, variando-se entre crime próprio ou crime comum.

O exame da evolução histórica do fenômeno, desde os primórdios, permitiu concluir que há bases sólidas para se afirmar que a tortura, para se configurar, precisa ser praticada, necessariamente, pelo Estado, por seus agentes ou por quem lhes faça as vezes.

No entanto, os recentes avanços das relações sociais passaram a descortinar um outro fenômeno, em que particulares também passaram a deter um grau de poder opressivo em tais níveis aptos a violar direitos fundamentais, a ponto de ser necessário o reconhecimento de proteção estatal equivalente à da tortura também no âmbito das relações privadas.

Tal fenômeno se refletiu na legislação interna do Brasil, entre outras questões, no trato da tortura.

Daí que foi possível constatar, no contexto externo, que, apesar da recomendação do Direito Internacional sobre a inclusão da elementar relativa ao agente estatal na configuração do crime de tortura, não há proibição a que se amplie o espectro protetivo da norma proibitiva a outras situações, em que o particular é o protagonista.

Assim, a tortura, de regra, e de forma geral, é um crime próprio, mas pode ser admitida como crime comum.

O exame da evolução do tratamento doutrinário e legislativo da tortura permitiu também a constatação de que houve, paulatinamente, um recrudescimento em relação a essa prática, desaguando-se hoje na proibição internacional da tortura em qualquer circunstância.

Em relação a essa proibição, foi explorado o seu caráter absoluto, bem como o atributo *jus cogens* na norma vedante.

Por correlação indissociável, foi necessário explorar, em certo ponto, a questão da dignidade da pessoa humana em face da sua relação com o direito fundamental e internacional de não ser submetido à tortura e a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

Nessa análise se buscou conceituar a dignidade com base em doutrina própria, ficando assente a questão no sentido de que ela funciona não apenas como direito subjetivo, mas, sobretudo, como um valor social que fundamenta a estruturação de um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, foi possível avançar, considerando a dignidade também como fundamento da proibição dita absoluta da tortura.

Já no ponto que aborda especificamente a ilegitimidade da tortura e sua eventual relegitimação, foi visto que na atualidade há novas variáveis que, em tese, podem afetar a ideia de proibição absoluta da tortura, visto que deveria ser levado em conta uma nova demanda social, de implementação urgente, que diz respeito ao combate eficaz ao terrorismo.

Seria possível enfrentar essa demanda eficazmente com os meios legais de investigação?

A tortura, em casos extremos envolvendo cenários de bomba-relógio, poderia ser admitida como lícita ou, ao menos, desculpável, tendo em conta que seria utilizada para combater o terrorismo e salvar vidas inocentes?

Para tentar aguçar as reflexões sobre essas questões, inicialmente, buscou-se traçar os cenários em que a tortura poderia ser praticada com eventual permissão ou desculpa.

Delineado o *ticking bomb scenario*, fez-se alusão também ao caso Daschner, ocorrido na Alemanha e julgado em 2004, envolvendo o sequestro de uma criança.

A partir dessas situações, inicia-se a fase de exposições de pensamentos doutrinários sobre isso, no intuito de subsidiar reflexões sobre o trato dessas situações extremas.

Dessa análise fica assente que, de um modo geral, a doutrina, ainda de forma dominante, vem sustentando que a tortura é absolutamente proscriba e assim deve permanecer, isso para todos os casos, mesmo nas hipóteses extremas aqui trabalhadas.

Isso, se não por outras razões, no mínimo pelo fato de que a tortura é absolutamente proibida em ambiente internacional em qualquer circunstância.

Não se considera viável a superação dessa vedação, que se constitui de modo absoluto em ambiente internacional e, por consequência, nas legislações internas.

Não há nenhuma hipótese de exceção que tenha sido expressamente tratada nos documentos internacionais sobre o tema, o que reforça a ideia de que não é possível conceber a incidência de causas excludentes de ilicitude no trato da tortura de modo a torná-la legítima.

O exame das hipóteses extremas em cotejo com os requisitos das excludentes de ilicitude também revelam incompatibilidades que vetariam seu reconhecimento, especialmente em face da imediação como pressuposto temporal das figuras protetivas em questão.

Com efeito, a doutrina entende praticamente impossível a configuração efetiva de cenários como os de bomba-relógio, diante das peculiaridades que uma situação real necessariamente agregaria ao contexto teórico criado.

Não bastasse isso, mesmo nas situações hipotéticas, a dignidade humana também seria uma barreira à prática de tormentos. Ela se constituiria num limite protetivo contra a admissão da tortura.

Vista como verdadeiro fundamento do Estado, sendo um valor superior, a dignidade humana se coloca como um óbice tido por intransponível para o reconhecimento da legitimidade da tortura nas hipóteses extremas.

Assim, de maneira geral, o caráter ilícito da tortura é afirmado doutrinariamente como absoluto e insuperável.

No entanto, uma solução relativamente bem aceita para resolver hipóteses como as do cenário de bomba-relógio e as de sequestro surge no ambiente doutrinário. Essa alternativa diria respeito à análise *a posteriori* do fato para verificação de eventual exculpação.

Dados os elementos concretos em uma situação extrema, parece possível cogitar alguma indulgência ou perdão ao agente envolvido na prática do ato de tortura, sem, contudo, alterar o seu caráter absolutamente ilícito.

Desse modo, não se altera o caráter ilegítimo da tortura, mas se propicia uma solução no âmbito da culpabilidade, preservando a antijuridicidade do ato.

Evidentemente, a premissa de ilicitude e proibição absoluta da tortura não desconsidera de todo os novos cenários de combate ao terrorismo, a frequência e a violência dos atentados nos tempos atuais.

No entanto, muito do que se concebe sobre a tortura tem por base questões históricas que não contemplam essas novas variáveis que o combate ao terrorismo trouxe. A ideia de uma tortura salvadora em face de atos de terrorismo é extremamente nova no contexto da história da humanidade.

Por isso, não parece desarrazoado inferir que, com o passar do tempo, a depender da frequência de novos atentados terroristas, das técnicas aplicadas e, especialmente, se os atos de terror passarem a se difundir com uso de armas nucleares e de destruição em massa, a comunidade internacional e a própria doutrina passem a admitir uma revisão no caráter de proibição absoluta da tortura no sentido de verificar a possibilidade de se conceber alguma exceção em razão dessas questões.

No entanto, por ora, a tortura permanece proscriita de modo absoluto.

Por fim, cabe referir novamente que essas reflexões são capazes de influenciar o direito como um todo, e não apenas nas questões evidenciadas nos cenários propostos.

É que na base de tais conflitos está também uma questão comum ao combate de toda a criminalidade, desde o enfrentamento dos delitos mais brandos, de menor potencial ofensivo, até à macrocriminalidade e o terrorismo: a onipresente tensão entre direito à segurança e direito às liberdades individuais.

Sem dúvida é tema que merece maior aprofundamento, mas em estudo à parte, que deverá ser efetivado em momento oportuno.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 72, p. 275-294, maio/jun. 2008. Base RT Online.

AMBOS, Kai. **Terrorismo, tortura y derecho penal**. Barcelona: INO Reproducciones S.A, 2009.

AMORIM JÚNIOR, Gilberto Costa de. **A tutela da liberdade contra a tortura pelo direito criminal brasileiro com o advento da Lei 9.455/97**. 2001. 179 f. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2001

AMORIM JÚNIOR, Gilberto Costa de; SILVA FILHO, Edmundo Reis; KRAYCHETE, Maria Auxiliadora Campos Lobo. **Manual de combate ao crime de tortura**. Salvador: Ministério Público do Estado da Bahia, 2005.

BARBOSA, Emerson Silva. O conceito de homem, pessoa e ser humano sob as perspectivas da Antropologia Filosófica e do Direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 90, jul. 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9837>. Acesso em: 26 jdez. 2017.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Humberto Laport de. “Aqui, lá e em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 33-95, ago. 2015. Base de dados RT Online.

BITTENCOURT, Ilá Barbosa. VEIGA, Ricardo Macellaro. Olhar atual da cláusula fundamental da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 90, p. 189-199, jan./mar., 2015. Base de dados RT Online.

BURIHAN, Eduardo Arantes. Breves Considerações Sobre o Sujeito Ativo do Crime De Tortura. **GECAP-USP – Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo**. São Paulo, [2013]. Disponível em: <<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-48-55/artigos-publicados/18-breves-consideracoes-sobre-o-sujeito-ativo-do-crime-de-tortura-autor-eduardo-arantes-burihan-advogado-em-sao-carlos-sp-e-mestre-em-direito-penal-pela-pontificia-universidade-catolica-de-sao-paulo>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BURIHAN, Eduardo Arantes. **A tortura como crime próprio**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Bem jurídico tutelado pelos crimes de tortura. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 13, n. 83, dez. 2010. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8683>. Acesso em: 02 jan. 2018.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. Combate ao terrorismo: entre a guerra ao terror e a construção da paz em casos extremos como o da ticking time bomb. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.125, nov 2016. Base RT Online.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. **En los limites la exclusión de la responsabilidad penal: el caso Jakob von Metzler y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho**. Barcelona: Bosh Editor, 2017.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. Alguns aspectos da dimensão constitucional da dignidade da Pessoa humana. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26., Florianópolis, 2017. **Direitos e Garantias Fundamentais III**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/yj48z8w0/1Ox3S5J0x848z376.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

CARVALHO, Gisele Mendes de. OLIVEIRA, Flávio Henrique Franco de. Crime de Tortura: rompimento com o Direito da Personalidade. Revista do Programa de pós-graduação Mestrado e Doutorado da PUCRS. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 24, p. 80-95, jul./set. 2013.

COIMBRA, Mário. A tortura como crime internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, p. 461-482, maio 2002. Base RT Online.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COLOMBO, Sylvia. Corte Européia condena França por torturar preso: traficante de origem marroquina perdeu olho e sofreu abuso sexual. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 29 jul. 1999. Violência. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft29079907.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS – CDHM. Câmara dos Deputados. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Assembleia Geral da ONU, realizada em 9 de dezembro de 1975. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclProtTortTrasCru.html>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

CONVENÇÃO contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

DERSHOWITZ, Alan. **Tortured Reasoning**. Disponível em: <<https://www-tc.pbs.org/inthebalance/pdf/dershowitz-tortured-reasoning.pdf>>. Acesso em: 28 dez 2017.

DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal?: sobre a tortura em tempos de terror. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 71, p. 235-276, jan./abr. 2012.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Montevideo: BdeF, 2007.

EINOLF, Christopher J. The fall and rise of torture: a comparative and historical analysis. **Sociological Theory**, [S.l.] v. 25, n. 2, p.101-121, jun. 2007.

FASOLINO, Alfredo Necetti. Tormentos ou torturas. In: ENCICLOPÉDIA Jurídica Omeba. Buenos Aires: Omeba, [20--?]. t. 26, p. 233-237.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Tortura e cultura policial no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 2, p. 685-716 ago. 2011. Base de dados RT Online.

HERINGER JUNIOR, Bruno. A tortura judiciária no ocidente: origem, abolição e ressurgimento. **Juris Plenum**, Caxias do Sul, ano 14, n. 79, p. 21-40, jan./fev. 2018.

LLOBET ANGLÍ, Mariona. ¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros? **InDret**: Revista para el análisis del derecho, Barcelona, jul. 2010. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/746_es.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: Edufrn, 2015.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Qué queda del derecho natural?** Buenos Aires: Editora Frigiero Artes Gráficas, 1967.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução: Denise Mattos Marino. São Paulo: Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF)

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PETERS, Edward. **Tortura: uma visão sistêmica do fenômeno da tortura em diferentes sociedades e momentos da história**. Tradução: Lila Spinelli. São Paulo: Ática. 1989. (Série Temas, v. 11).

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074548371 (Nº CNJ: 0218952-43.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074912783 (Nº CNJ: 0255393-23.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70071240659 (Nº CNJ: 0334259-79.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70070806070 (Nº CNJ: 0290801-12.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70070839832 (Nº CNJ: 0294177-06.2016.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074946146 (Nº CNJ: 0258729-35.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)

[8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70073373300 (Nº CNJ: 0101445-61.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074974221 (Nº CNJ: 0261537-13.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70074652942 (Nº CNJ: 0229409-37.2017.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70055712780 (Nº CNJ: 0295905-87.2013.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70055712780 (Nº CNJ: 0295905-87.2013.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime Nº 70055712780 (Nº CNJ: 0295905-87.2013.8.21.7000)**. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tortura&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 27 dez. 2017.

RUDNICKI, Dani; MATUSIAK, Moisés. O olhar do TJRS sobre a tortura. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 113-128, jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 102, p. 13-44, maio 2013. Base de dados RT Online.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Tortura e tratamento desumano e degradante: um enfoque jurídico-penal. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 8, p. 615-630, ago. 2015. Base de dados RT Online.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo. Malheiros, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

STASINSKI, Fabiani Rios. Alguns aspectos sobre o crime da prática de tortura. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 21, n. 137, p. 41-62, set./out. 2007.

STEINER, Sylvia Helena. A prevenção do crime de tortura no cenário do direito internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 99, p. 299-323, nov./dez. 2012. Base de dados RT Online.

TORTURA. In: DICIONÁRIO de Português – Latim. 2. ed. Portugal: Porto, 2000, p. 532, apud GONÇALVES, 2014.

TORTURA. In: MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/tortura>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. Tradução: Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**ANEXO A – Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos
ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁷²**

Os Estados Partes da presente Convenção,

Considerando que, de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que estes direitos emanam da dignidade inerente à pessoa humana,

Considerando a obrigação que incumbe os Estados, em virtude da Carta, em particular do Artigo 55, de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Levando em conta o Artigo 5º da Declaração Universal e a observância dos Direitos do Homem e o Artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que determinam que ninguém será sujeito à tortura ou a pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante,

Levando também em conta a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembléia Geral em 9 de dezembro de 1975,

Desejosos de tornar mais eficaz a luta contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em todo o mundo,

Acordam o seguinte:

PARTE I

ARTIGO 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou

²⁷² CONVENÇÃO contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes: adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2017.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm - Acesso em 02 fev 2018.

sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificção para tortura.

3. A ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificção para a tortura.

ARTIGO 3º

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.

2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.

ARTIGO 4º

1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.

ARTIGO 5º

1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos no Artigo 4º nos seguintes casos:

- a) quando os crimes tenham sido cometidos em qualquer território sob sua jurisdição ou a bordo de navio ou aeronave registrada no Estado em questão;
- b) quando o suposto autor for nacional do Estado em questão;
- c) quando a vítima for nacional do Estado em questão e este o considerar apropriado.

2. Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite de acordo com o Artigo 8º para qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente Artigo.

3. Esta Convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno.

ARTIGO 6º

1. Todo Estado Parte em cujo território se encontre uma pessoa suspeita de ter cometido qualquer dos crimes mencionados no Artigo 4º, se considerar, após o exame das informações de que dispõe, que as circunstâncias o justificam, procederá à detenção de tal pessoa ou tomará outras medidas legais para assegurar sua presença. A detenção e outras medidas legais serão tomadas de acordo com a lei do Estado mas vigorarão apenas pelo tempo necessário ao início do processo penal ou de extradição.

2. O Estado em questão procederá imediatamente a uma investigação preliminar dos fatos.

3. Qualquer pessoa detida de acordo com o parágrafo 1 terá assegurada facilidades para comunicar-se imediatamente com o representante mais próximo do Estado de que é nacional ou, se for apátrida, com o representante do Estado de residência habitual.

4. Quando o Estado, em virtude deste Artigo, houver detido uma pessoa, notificará imediatamente os Estados mencionados no Artigo 5º, parágrafo 1, sobre tal detenção e sobre as circunstâncias que a justificam. O Estado que proceder à investigação preliminar a que se refere o parágrafo 2 do presente Artigo comunicará sem demora seus resultados aos Estados antes mencionados e indicará se pretende exercer sua jurisdição.

ARTIGO 7º

1. O Estado Parte no território sob a jurisdição do qual o suposto autor de qualquer dos crimes mencionados no Artigo 4º for encontrado, se não o extraditar, obrigar-se-á, nos casos contemplados no Artigo 5º, a submeter o caso as suas autoridades competentes para o fim de ser o mesmo processado.

2. As referidas autoridades tomarão sua decisão de acordo com as mesmas normas aplicáveis a qualquer crime de natureza grave, conforme a legislação do referido Estado. Nos casos previstos no parágrafo 2 do Artigo 5º, as regras sobre prova para fins de processo e condenação não poderão de modo algum ser menos rigorosas do que as que se aplicarem aos casos previstos no parágrafo 1 do Artigo 5º.

3. Qualquer pessoa processada por qualquer dos crimes previstos no Artigo 4º receberá garantias de tratamento justo em todas as fases do processo.

ARTIGO 8º

1. Os crimes a que se refere o Artigo 4º serão considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados Partes. Os Estados Partes obrigar-se-ão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.

2. Se um Estado Parte que condiciona a extradição à existência de tratado de receber um pedido de extradição por parte do outro Estado Parte com o qual não mantém tratado de extradição, poderá considerar a presente Convenção com base legal para a extradição com respeito a tais crimes. A extradição sujeitar-se-á às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

3. Os Estado Partes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, tais crimes como extraditáveis, dentro das condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5º.

ARTIGO 9º

1. Os Estados Partes prestarão entre si a maior assistência possível em relação aos procedimentos criminais instaurados relativamente a qualquer dos delitos mencionados no Artigo 4º, inclusive no que diz respeito ao fornecimento de todos os elementos de prova necessários para o processo que estejam em seu poder.

2. Os Estados Partes cumprirão as obrigações decorrentes do parágrafo 1 do presente Artigo conforme quaisquer tratados de assistência judiciária recíproca existentes entre si.

ARTIGO 10

1. Cada Estado Parte assegurará que o ensino e a informação sobre a proibição de tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão.

2. Cada Estado Parte incluirá a referida proibição nas normas ou instruções relativas aos deveres e funções de tais pessoas.

ARTIGO 11

Cada Estado Parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das

peças submetidas, em qualquer território sob sua jurisdição, a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura.

ARTIGO 12

Cada Estado Parte assegurará suas autoridades competentes procederão imediatamente a uma investigação imparcial sempre que houver motivos razoáveis para crer que um ato de tortura tenha sido cometido em qualquer território sob sua jurisdição.

ARTIGO 13

Cada Estado Parte assegurará a qualquer pessoa que alegue ter sido submetida a tortura em qualquer território sob sua jurisdição o direito de apresentar queixa perante as autoridades competentes do referido Estado, que procederão imediatamente e com imparcialidade ao exame do seu caso. Serão tomadas medidas para assegurar a proteção do queixoso e das testemunhas contra qualquer mau tratamento ou intimação em consequência da queixa apresentada ou de depoimento prestado.

ARTIGO 14

1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.

2. O disposto no presente Artigo não afetará qualquer direito a indenização que a vítima ou outra pessoa possam ter em decorrência das leis nacionais.

ARTIGO 15

Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

ARTIGO 16

1. Cada Estado Parte se comprometerá a proibir em qualquer território sob sua jurisdição outros atos que constituam tratamento ou penas cruéis, desumanos ou degradantes que não constituam tortura tal como definida no Artigo 1, quando tais atos forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Aplicar-se-ão, em particular, as obrigações mencionadas nos Artigos 10, 11, 12 e 13, com a substituição das referências a tortura por referências a outras formas de tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

2. Os dispositivos da presente Convenção não serão interpretados de maneira a restringir os dispositivos de qualquer outro instrumento internacional ou lei nacional que proíba os

tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes ou que se refira à extradição ou expulsão.

PARTE II

ARTIGO 17

1. Constituir-se-á um Comitê contra a Tortura (doravante denominado o "Comitê") que desempenhará as funções descritas adiante. O Comitê será composto por dez peritos de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, os quais exercerão suas funções a título pessoal. Os peritos serão eleitos pelos Estados Partes, levando em conta uma distribuição geográfica equitativa e a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica.

2. Os membros do Comitê serão eleitos em votação secreta dentre uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes. Cada Estado Parte pode indicar uma pessoa dentre os seus nacionais. Os Estados Partes terão presente a utilidade da indicação de pessoas que sejam também membros do Comitê de Direitos Humanos estabelecido de acordo com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e que estejam dispostas a servir no Comitê contra a Tortura.

3. Os membros do Comitê serão eleitos em reuniões bienais dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas. Nestas reuniões, nas quais o quorum será estabelecido por dois terços dos Estados Partes, serão eleitos membros do Comitê os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.

4. A primeira eleição se realizará no máximo seis meses após a data de entrada em vigor da presente Convenção. Ao menos quatro meses antes da data de cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados Partes para convidá-los a apresentar suas candidaturas no prazo de três meses. O Secretário-Geral organizará uma lista por ordem alfabética de todos os candidatos assim designados, com indicações dos Estados Partes que os tiverem designado, e a comunicará aos Estados Partes.

5. Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão, caso suas candidaturas sejam apresentadas novamente, ser reeleitos. No entanto, o mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, o presidente da reunião a que se refere o parágrafo 3 do presente Artigo indicará, por sorteio, os nomes desses cinco membros.

6. Se um membro do Comitê vier a falecer, a demitir-se de suas funções ou, por outro motivo qualquer, não puder cumprir com suas obrigações no Comitê, o Estado Parte que

apresentou sua candidatura indicará, entre seus nacionais, outro perito para cumprir o restante de seu mandato, sendo que a referida indicação estará sujeita à aprovação da maioria dos Estados Partes. Considerar-se-á como concedida a referida aprovação, a menos que a metade ou mais dos Estados Partes venham a responder negativamente dentro de um prazo de seis semanas, a contar do momento em que o Secretário-Geral das Nações Unidas lhes houver comunicado a candidatura proposta.

7. Correrão por conta dos Estados Partes as despesas em que vierem a incorrer os membros do Comitê no desempenho de suas funções no referido órgão.

ARTIGO 18

1. O Comitê elegerá sua mesa para um período de dois anos. Os membros da mesa poderão ser reeleitos.

2. O próprio Comitê estabelecerá suas regras de procedimento; estas, contudo, deverão conter, entre outras, as seguintes disposições:

a) o quorum será de seis membros;

b) as decisões do Comitê serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes.

3. O Secretário-Geral das Nações Unidas colocará à disposição do Comitê o pessoal e os serviços necessários ao desempenho eficaz das funções que lhe são atribuídas em virtude da presente Convenção.

4. O Secretário-Geral das Nações Unidas convocará a primeira reunião do Comitê. Após a primeira reunião, o Comitê deverá reunir-se em todas as ocasiões previstas em suas regras de procedimento.

5. Os Estados Partes serão responsáveis pelos gastos vinculados à realização das reuniões dos Estados Partes e do Comitê, inclusive o reembolso de quaisquer gastos, tais como os de pessoal e de serviço, em que incorrerem as Nações Unidas em conformidade com o parágrafo 3 do presente Artigo.

ARTIGO 19

1. Os Estados Partes submeterão ao Comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas por eles adotadas no cumprimento das obrigações assumidas em virtude da presente Convenção, dentro de prazo de um ano, a contar do início da vigência da presente Convenção no Estado Parte interessado. A partir de então, os Estados Partes deverão apresentar relatórios suplementares a cada quatro anos sobre todas as novas disposições que houverem adotado, bem como outros relatórios que o Comitê vier a solicitar.

2. O Secretário-Geral das Nações Unidas transmitirá os relatórios a todos os Estados Partes.

3. Cada relatório será examinado pelo Comitê, que poderá fazer os comentários gerais que julgar oportunos e os transmitirá ao Estado Parte interessado. Este poderá, em resposta ao Comitê, comunicar-lhe todas as observações que deseje formular.

4. O Comitê poderá, a seu critério, tomar a decisão de incluir qualquer comentário que houver feito de acordo com o que estipula o parágrafo 3 do presente Artigo, junto com as observações conexas recebidas do Estado Parte interessado, em seu relatório anual que apresentará em conformidade com o Artigo 24. Se assim o solicitar o Estado Parte interessado, o Comitê poderá também incluir cópia do relatório apresentado em virtude do parágrafo 1 do presente Artigo.

ARTIGO 20

1. O Comitê, no caso de vir a receber informações fidedignas que lhe pareçam indicar, de forma fundamentada, que a tortura é praticada sistematicamente no território de um Estado Parte, convidará o Estado Parte em questão a cooperar no exame das informações e, nesse sentido, a transmitir ao Comitê as observações que julgar pertinentes.

2. Levando em consideração todas as observações que houver apresentado o Estado Parte interessado, bem como quaisquer outras informações pertinentes de que dispuser, o Comitê poderá, se lhe parecer justificável, designar um ou vários de seus membros para que procedam a uma investigação confidencial e informem urgentemente o Comitê.

3. No caso de realizar-se uma investigação nos termos do parágrafo 2 do presente Artigo, o Comitê procurará obter a colaboração do Estado Parte interessado. Com a concordância do Estado Parte em questão, a investigação poderá incluir uma visita a seu território.

4. Depois de haver examinado as conclusões apresentadas por um ou vários de seus membros, nos termos do parágrafo 2 do presente Artigo, o Comitê as transmitirá ao Estado Parte interessado, junto com as observações ou sugestões que considerar pertinentes em vista da situação.

5. Todos os trabalhos do Comitê a que se faz referência nos parágrafos 1 ao 4 do presente Artigo serão confidenciais e, em todas as etapas dos referidos trabalhos, procurar-se-á obter a cooperação do Estado Parte. Quando estiverem concluídos os trabalhos relacionados com uma investigação realizada de acordo com o parágrafo 2, o Comitê poderá, após celebrar consultas com o Estado Parte interessado, tomar a decisão de incluir um resumo dos resultados da investigação em seu relatório anual, que apresentará em conformidade com o Artigo 24.

ARTIGO 21

1. Com base no presente Artigo, todo Estado Parte da presente Convenção poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência dos Comitês para receber e examinar as

comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe a Convenção. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente Artigo no caso de serem apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente Artigo estarão sujeitas ao procedimento que se segue:

a) se um Estado Parte considerar que outro Estado Parte não vem cumprindo as disposições da presente Convenção poderá, mediante comunicação escrita, levar a questão ao conhecimento deste Estado Parte. Dentro de um prazo de três meses a contar da data do recebimento da comunicação, o Estado destinatário fornecerá ao Estado que enviou a comunicação explicações ou quaisquer outras declarações por escrito que esclareçam a questão, as quais deverão fazer referência, até onde seja possível e pertinente, aos procedimentos nacionais e aos recursos jurídicos adotados, em trâmite ou disponíveis sobre a questão;

b) se, dentro de um prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados Partes interessados, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao Comitê, mediante notificação endereçada ao Comitê ou ao outro Estado interessado;

c) o Comitê tratará de todas as questões que se lhe submetam em virtude do presente Artigo somente após ter-se assegurado de que todos os recursos jurídicos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, em consonância com os princípios do Direito internacional geralmente reconhecidos. Não se aplicará esta regra quando a aplicação dos mencionados recursos se prolongar injustificadamente ou quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da pessoa que seja vítima de violação da presente Convenção;

d) o Comitê realizará reuniões confidenciais quando estiver examinando as comunicações previstas no presente Artigo;

e) sem prejuízo das disposições da alínea c), o Comitê colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados Partes interessados no intuito de se alcançar uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito às obrigações estabelecidas na presente Convenção. Com vistas a atingir esse objetivo, o Comitê poderá constituir, se julgar conveniente, uma comissão de conciliação ad hoc;

f) em todas as questões que se lhe submetam em virtude do presente Artigo, o Comitê poderá solicitar aos Estados Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), que lhe forneçam quaisquer informações pertinentes;

g) os Estados Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), terão o direito de fazer-se representar quando as questões forem examinadas no Comitê e de apresentar suas observações verbalmente e/ou por escrito;

h) o Comitê, dentro dos doze meses seguintes à data de recebimento de notificação mencionada na b), apresentará relatório em que:

i) se houver sido alcançada uma solução nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada;

ii) se não houver sido alcançada solução alguma nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos; serão anexados ao relatório o texto das observações escritas e as atas das observações orais apresentadas pelos Estados Partes interessados.

Para cada questão, o relatório será encaminhado aos Estados Partes interessados.

2. As disposições do presente Artigo entrarão em vigor a partir do momento em que cinco Estado Partes da presente Convenção houverem feito as declarações mencionadas no parágrafo 1 deste Artigo. As referidas declarações serão depositadas pelos Estados Partes junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia das mesmas aos demais Estados Partes. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. Far-se-á essa retirada sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida nos termos deste Artigo; em virtude do presente Artigo, não se receberá qualquer nova comunicação de um Estado Parte uma vez que o Secretário-Geral haja recebido a notificação sobre a retirada da declaração, a menos que o Estado Parte interessado haja feito uma nova declaração.

ARTIGO 22

1. Todo Estado Parte da presente Convenção poderá, em virtude do presente Artigo, declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por pessoas sob sua jurisdição, ou em nome delas, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Parte, das disposições da Convenção. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito declaração dessa natureza.

2. O Comitê considerará inadmissível qualquer comunicação recebida em conformidade com o presente Artigo que seja anônima, ou que, a seu juízo, constitua abuso do direito de

apresentar as referidas comunicações, ou que seja incompatível com as disposições da presente Convenção.

3. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 2, o Comitê levará todas as comunicações apresentadas em conformidade com este Artigo ao conhecimento do Estado Parte da presente Convenção que houver feito uma declaração nos termos do parágrafo 1 e sobre o qual se alegue ter violado qualquer disposição da Convenção. Dentro dos seis meses seguintes, o Estado destinatário submeterá ao Comitê as explicações ou declarações por escrito que elucidem a questão e, se for o caso, indiquem o recurso jurídico adotado pelo Estado em questão.

4. O Comitê examinará as comunicações recebidas em conformidade com o presente Artigo á luz de todas as informações a ele submetidas pela pessoa interessada, ou em nome dela, e pelo Estado Parte interessado.

5. O Comitê não examinará comunicação alguma de uma pessoa, nos termos do presente Artigo, sem que se haja assegurado de que;

a) a mesma questão não foi, nem está sendo, examinada perante uma outra instância internacional de investigação ou solução;

b) a pessoa em questão esgotou todos os recursos jurídicos internos disponíveis; não se aplicará esta regra quando a aplicação dos mencionados recursos se prolongar injustificadamente ou quando não for provável que a aplicação de tais recursos venha a melhorar realmente a situação da pessoa que seja vítima de violação da presente Convenção.

6. O Comitê realizará reuniões confidenciais quando estiver examinado as comunicações previstas no presente Artigo.

7. O Comitê comunicará seu parecer ao Estado Parte e à pessoa em questão.

8. As disposições do presente Artigo entrarão em vigor a partir do momento em que cinco Estados Partes da presente Convenção houverem feito as declarações mencionadas no parágrafo 1 deste Artigo. As referidas declarações serão depositadas pelos Estados Partes junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que enviará cópia das mesmas ao demais Estados Partes. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. Far-se-á essa retirada sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida nos termos deste Artigo; em virtude do presente Artigo, não se receberá nova comunicação de uma pessoa, ou em nome dela, uma vez que o Secretário-Geral haja recebido a notificação sobre retirada da declaração, a menos que o Estado Parte interessado haja feito uma nova declaração.

ARTIGO 23

Os membros do Comitê e os membros das Comissões de Conciliação ad hoc designados nos termos da alínea e) do parágrafo 1 do Artigo 21 terão o direito às facilidades, privilégios e imunidades que se concedem aos peritos no desempenho de missões para a Organização das Nações Unidas, em conformidade com as seções pertinentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

ARTIGO 24

O Comitê apresentará, em virtude da presente Convenção, um relatório anual sobre suas atividades aos Estados Partes e à Assembléia Geral das Nações Unidas.

PARTE III

ARTIGO 25

1. A presente Convenção está aberta à assinatura de todos os Estados.
2. A presente Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 26

A presente Convenção está aberta à Adesão de todos os Estados. Far-se-á a Adesão mediante depósito do Instrumento de Adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 27

1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o vigésimo instrumento de ratificação ou adesão houver sido depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.
2. Para os Estados que vierem a ratificar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o Estado em questão houver depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

ARTIGO 28

1. Cada Estado Parte poderá declarar, por ocasião da assinatura ou da ratificação da presente Convenção ou da adesão a ela, que não reconhece a competência do Comitê quando ao disposto no Artigo 20.

2. Todo Estado Parte da presente Convenção que houver formulado uma reserva em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo poderá, a qualquer momento, tornar sem efeito essa reserva, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 29

1. Todo Estado Parte da presente Convenção poderá propor uma emenda e depositá-la junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará a proposta de emenda aos Estados Partes, pedindo-lhes que o notifiquem se desejam que se convoque uma conferência dos Estados Partes destinada a examinar a proposta e submetê-la a votação. Se, dentro dos quatro meses seguintes à data da referida comunicação, pelos menos um terço dos Estados Partes se manifestar a favor da referida convocação, o Secretário-Geral convocará uma conferência sob os auspícios das Nações Unidas. Toda emenda adotada pela maioria dos Estados Partes presentes e votantes na conferência será submetida pelo Secretário-Geral à aceitação de todos os Estados Partes.

2. Toda emenda adotada nos termos das disposições do parágrafo 1 do presente Artigo entrará em vigor assim que dois terços dos Estados Partes da presente Convenção houverem notificado o Secretário-Geral das Nações Unidas de que a aceitaram em consonância com os procedimentos previstos por suas respectivas constituições.

3. Quando entrarem em vigor, as emendas serão obrigatórias para todos os Estados Partes que as tenham aceito, ao passo que os demais Estados Partes permanecem obrigados pelas disposições da Convenção e pelas emendas anteriores por eles aceitas.

ARTIGO 30

1. As controvérsias entre dois ou mais Estados Partes com relação à interpretação ou à aplicação da presente Convenção que não puderem ser dirimidas por meio da negociação serão, a pedido de um deles, submetidas a arbitragem. Se durante os seis meses seguintes à data do pedido de arbitragem, as Partes não lograrem pôr-se de acordo quanto aos termos do compromisso de arbitragem, qualquer das Partes poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça, mediante solicitação feita em conformidade com o Estatuto da Corte.

2. Cada Estado poderá, por ocasião da assinatura ou da ratificação da presente Convenção, declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo 1 deste Artigo. Os demais Estados Partes não estarão obrigados pelo referido parágrafo com relação a qualquer Estado Parte que houver formulado reserva dessa natureza.

3. Todo Estado Parte que houver formulado reserva nos termos do parágrafo 2 do presente Artigo poderá retirá-la, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 31

1. Todo Estado Parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito endereçada ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia produzirá efeitos um ano depois da data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

2. A referida denúncia não eximirá o Estado Parte das obrigações que lhe impõe a presente Convenção relativamente a qualquer ação ou omissão ocorrida antes da data em que a denúncia venha a produzir efeitos; a denúncia não acarretará, tampouco, a suspensão do exame de quaisquer questões que o Comitê já começara a examinar antes da data em que a denúncia veio a produzir efeitos.

3. A partir da data em que vier a produzir efeitos a denúncia de um Estado Parte, o Comitê não dará início ao exame de qualquer nova questão referente ao Estado em apreço.

ARTIGO 32

O Secretário-Geral das Nações Unidas comunicará a todos os Estados membros das Nações Unidas e a todos os Estados que assinaram a presente Convenção ou a ela aderiram:

- a) as assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com os Artigos 25 e 26;
- b) a data de entrada em vigor da Convenção, nos termos do Artigo 27, e a data de entrada em vigor de quaisquer emendas, nos termos do Artigo 29;
- c) as denúncias recebidas em conformidades com o Artigo 31.

ARTIGO 33

1. A presente Convenção, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositada junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral das Nações Unidas encaminhará cópias autenticadas da presente Convenção a todos os Estados.

ANEXO B – Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas Contra a Tortura ou outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - 1975 ²⁷³

Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975 [resolução 3452 (XXX)]

A Assembléia Geral,

Considerando que, conforme os princípios proclamados na *Carta das Nações Unidas*, o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é a base da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Considerando que estes direitos emanam da dignidade inerente da pessoa humana.

Considerando assim mesmo a obrigação que incumbe aos Estados em virtude da Carta, em particular o "Artigo 55", de promover o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Levando em conta o "artigo 5" da *Declaração Universal de Direitos Humanos* e o "artigo 7" do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, que proclamam que ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Aprova a *Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, cujo texto está anexado na presente resolução, como norma de orientação para todos os estados e demais entidades que exerçam um poder efetivo.

Anexo

Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes

²⁷³ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS – CDHM. Câmara dos Deputados. **Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Assembléia Geral da ONU, realizada em 9 de dezembro de 1975. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclProtTortTrasCru.html>>. Acesso em: 22 dez. 2017. Comissão de Direitos Humanos da USP - Rua Maria Antonia, 294 - 1º andar, sala 102 - São Paulo- SP - direitoshumanos@usp.br
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-sobre-a-protecao-de-todas-as-pessoas-contra-a-tortura-ou-outros-tratamentos-ou-penas-cruéis-desuma.html>

Artigo 1º

§1. Sob os efeitos da presente declaração, será entendido por tortura todo ato pelo qual um funcionário público, ou outra pessoa a seu poder, inflija intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos graves, sendo eles físicos ou mentais, com o fim de obter dela ou de um terceiro informação ou uma confissão, de castigá-la por um ato que tenha cometido ou seja suspeita de que tenha cometido, ou de intimidar a essa pessoa ou a outras. Não serão consideradas torturas as penas ou sofrimentos que sejam consequência única da privação legítima da liberdade, ou sejam inerentes ou incidentais a esta, na medida em que estejam em acordo com as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*.

§2. A tortura constitui uma forma agravada e deliberada de tratamento ou de pena cruel, desumana ou degradante.

Artigo 2º

Todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da *Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos*.

Artigo 3º

Nenhum Estado poderá tolerar a tortura ou tratos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais tais como estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificativa da tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 4º

Todo Estado tomará, conforme suas disposições da presente Declaração, medidas efetivas para impedir que sejam praticadas dentro de sua jurisdição torturas ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Artigo 5º

No treinamento da polícia e outros funcionários públicos responsáveis pelas pessoas privadas de sua liberdade, será assegurado que se tenha plenamente em conta a proibição da tortura e de outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Esta proibição será

incluída nas normas ou instruções gerais que sejam publicadas na relação com os deveres e funções de qualquer encarregado da custódia ou tratamento de tais pessoas.

Artigo 6º

Todo Estado examinará periodicamente os métodos de interrogatório e as disposições para a custódia e tratamento das pessoas privadas de sua liberdade em seu território, a fim de prevenir todo caso de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Artigo 7º

Todos os Estados devem assegurar que todos os atos de tortura definidos no "artigo 1º" constituem delitos conforme a legislação penal. O mesmo será aplicado aos atos que constituem participação, cumplicidade, incitação ou tentativa para cometer tortura.

Artigo 8º

Toda pessoa que alegue que tenha sido submetida a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, por um funcionário público à instigação do mesmo, terá direito a que seu caso seja examinado imparcialmente pelas autoridades competentes do Estado interessado.

Artigo 9º

Sempre que tenha motivos razoáveis para acreditar que se tenha cometido um ato de tortura tal como está definido no "artigo 1º", as autoridades competentes do Estados interessado procederão de ofício e com presteza a uma investigação imparcial.

Artigo 10º

Se a investigação a que se refere os "artigos 8º ou 9º" chegar-se à conclusão de que pode Ter sido cometido um ato de tortura tal como está definido no artigo 1, se iniciará um procedimento penal contra o suposto culpado ou culpados serão submetidos à procedimentos penais, de disciplina ou outros procedimentos adequados.

Artigo 11

Quando seja demonstrado que um ato de tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes tenham sido cometidos por um funcionário público ou à instigação

deste, será concedida à vítima reparação e indenização, de conformidade com a legislação nacional.

Artigo 12

Nenhuma declaração, em que se prove que esta tenha sido pronunciada sob o efeito da tortura ou qualquer outro tratamento cruel, desumano ou degradantes, poderá ser invocada como prova contra a pessoa envolvida nem contra nenhuma outra pessoa em qualquer procedimento.

ANEXO C – Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁷⁴

Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso,

Agora portanto a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses

²⁷⁴ UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Paris], 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018.

direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Artigo 1

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 3

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

Artigo 5

Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

Artigo 6

Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Artigo 7

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8

Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo

para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo 9

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo 11

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo 12

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Artigo 13

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.

2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar.

Artigo 14

1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.

2. Esse direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 15

1. Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Artigo 16

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Artigo 17

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Artigo 18

Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

Artigo 19

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Artigo 20

1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

Artigo 21

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Artigo 24

Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Artigo 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 27

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de

fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Artigo 28

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Artigo 29

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo 30

Nenhuma disposição da presente Declaração poder ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

ANEXO D – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos²⁷⁵

PREÂMBULO

Os Estados Partes do presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado e menos que se criem às condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto,

Acordam o seguinte:

PARTE I

ARTIGO 1

1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência.

3. Os Estados Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício

²⁷⁵ BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 06 fev. 2018.

do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

PARTE II

ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

ARTIGO 3

Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto.

ARTIGO 4

1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18.

3. Os Estados Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão.

ARTIGO 5

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

PARTE III

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

ARTIGO 7

Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas.

ARTIGO 8

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.

2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.

3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;

b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente;

c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados "trabalhos forçados ou obrigatórios":

i) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;

ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;

iii) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;

iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

ARTIGO 10

1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

2. a) As pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoa não-condenada.

b) As pessoas processadas, jovens, deverão ser separadas das adultas e julgadas o mais rápido possível.

3. O regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros. Os delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica.

ARTIGO 11

Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

ARTIGO 12

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.

3. os direitos supracitados não poderão em lei e no intuito de restrições, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente Pacto.

4. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país.

ARTIGO 13

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

ARTIGO 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

c) De ser julgado sem dilações indevidas;

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento ao interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social.

5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei.

6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

ARTIGO 15

1. ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.

ARTIGO 16

Toda pessoa terá direito, em qualquer lugar, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

ARTIGO 20

1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.0707

2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

ARTIGO 21

O direito de reunião pacífica será reconhecido. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

ARTIGO 22

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

ARTIGO 23

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. Será reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família.

3. Casamento algum será celebrado sem o consentimento livre e pleno dos futuros esposos.

4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.

ARTIGO 24

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.

2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.

3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

ARTIGO 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

- a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;
- b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;
- c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

ARTIGO 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

PARTE IV

ARTIGO 28

1. Constituir-se-á um Comitê de Diretores Humanos (doravante denominado o "Comitê" no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante.

2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados Partes do presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direito humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiências jurídicas.

3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.

ARTIGO 29

1. Os membros do Comitê serão eleitos em votação secreta dentre uma lista de pessoas que preencham os requisitos previstos no artigo 28 e indicados, com esse objetivo, pelos Estados Partes do presente Pacto.

2. Cada Estado Parte no presente Pacto poderá indicar duas pessoas. Essas pessoas deverão ser nacionais do Estado que as indicou.

3. A mesma pessoa poderá ser indicada mais de uma vez.

ARTIGO 30

1. A primeira eleição realizar-se-á no máximo seis meses após a data de entrada em vigor do presente Pacto.

2. Ao menos quatro meses antes da data de cada eleição do Comitê, e desde que seja uma eleição para preencher uma vaga declarada nos termos do artigo 34, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convidará, por escrito, os Estados Partes do presente Protocolo a indicar, no prazo de três meses, os candidatos a membro do Comitê.

3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas organizará uma lista por ordem alfabética de todos os candidatos assim designados, mencionando os Estados Partes que os tiverem indicado, e a comunicará aos Estados Partes o presente Pacto, no Máximo um mês antes da data de cada eleição.

4. Os membros do Comitê serão eleitos em reuniões dos Estados Partes convocados pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas na sede da Organização. Nessas reuniões, em que o quorum será estabelecido por dois terços dos Estados Partes do presente Pacto, serão eleitos membros do Comitê os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.

ARTIGO 31

1. O Comitê não poderá ter mais de uma nacional de um mesmo Estado.

2. Nas eleições do Comitê, levar-se-ão em consideração uma distribuição geográfica equitativa e uma representação das diversas formas de civilização, bem como dos principais sistemas jurídicos.

ARTIGO 32

1. Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão, caso suas candidaturas sejam apresentadas novamente, ser reeleitos. Entretanto, o mandato de nove dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, o presidente da reunião a que se refere o parágrafo 4 do artigo 30 indicará, por sorteio, os nomes desses nove membros.

2. Ao expirar o mandato dos membros, as eleições se realizarão de acordo com o disposto nos artigos precedentes desta parte do presente Pacto.

ARTIGO 33

1. Se, na opinião unânime dos demais membros, um membro do Comitê deixar de desempenhar suas funções por motivos distintos de uma ausência temporária, o Presidente comunicará tal fato ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que declarará vago o lugar que o referido membro ocupava.

2. Em caso de morte ou renúncia de um membro do Comitê, o Presidente comunicará imediatamente tal fato ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que declarará vago o lugar desde a data da morte ou daquela em que a renúncia passe a produzir efeitos.

ARTIGO 34

1. Quando uma vaga for declarada nos termos do artigo 33 e o mandato do membro a ser substituído não expirar no prazo de seis meses a conta da data em que tenha sido declarada a vaga, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará tal fato aos Estados Partes do presente Pacto, que poderá, no prazo de dois meses, indicar candidatos, em conformidade com o artigo 29, para preencher a vaga.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas organizará uma lista por ordem alfabética dos candidatos assim designados e a comunicará aos Estados Partes do presente Pacto. A eleição destinada a preencher tal vaga será realizada nos termos das disposições pertinentes desta parte do presente Pacto.

3. Qualquer membro do Comitê eleito para preencher uma vaga em conformidade com o artigo 33 fará parte do Comitê durante o restante do mandato do membro que deixar vago o lugar do Comitê, nos termos do referido artigo.

ARTIGO 35

Os membros do Comitê receberão, com a aprovação da Assembléia-Geral da Organização das Nações, honorários provenientes de recursos da Organização das Nações Unidas, nas condições fixadas, considerando-se a importância das funções do Comitê, pela Assembléia-Geral.

ARTIGO 36

O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas colocará à disposição do Comitê o pessoal e os serviços necessários ao desempenho eficaz das funções que lhe são atribuídas em virtude do presente Pacto.

ARTIGO 37

1. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará os Membros do Comitê para a primeira reunião, a realizar-se na sede da Organização.

2. Após a primeira reunião, o Comitê deverá reunir-se em todas as ocasiões previstas em suas regras de procedimento.

3. As reuniões do Comitê serão realizadas normalmente na sede da Organização das Nações Unidas ou no Escritório das Nações Unidas em Genebra.

ARTIGO 38

Todo Membro do Comitê deverá, antes de iniciar suas funções, assumir, em sessão pública, o compromisso solene de que desempenhará suas funções imparciais e conscientemente.

ARTIGO 39

1. O Comitê elegerá sua mesa para um período de dois anos. Os membros da mesa poderão ser reeleitos.

2. O próprio Comitê estabelecerá suas regras de procedimento; estas, contudo, deverão conter, entre outras, as seguintes disposições:

- a) O quorum será de doze membros;
- b) As decisões do Comitê serão tomadas por maioria de votos dos membros presentes.

ARTIGO 40

1. Os Estados partes do presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o processo alcançado no gozo desses direitos:

a) Dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente pacto nos Estados Partes interessados;

b) A partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

2. Todos os relatórios serão submetidos ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que os encaminhará, para exame, ao Comitê. Os relatórios deverão sublinhar, caso existam, os fatores e as dificuldades que prejudiquem a implementação do presente Pacto.

3. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá, após consulta ao Comitê, encaminhar às agências especializadas interessadas cópias das partes dos relatórios que digam respeito a sua esfera de competência.

4. O Comitê estudará os relatórios apresentados pelos Estados Partes do presente Pacto e transmitirá aos Estados Partes seu próprio relatório, bem como os comentários gerais que julgar oportunos. O Comitê poderá igualmente transmitir ao Conselho Econômico e Social os referidos comentários, bem como cópias dos relatórios que houver recebido dos Estados Partes do presente Pacto.

5. Os Estados Partes no presente Pacto poderão submeter ao Comitê as observações que desejarem formular relativamente aos comentários feitos nos termos do parágrafo 4 do presente artigo.

ARTIGO 41

1. Com base no presente Artigo, todo Estado Parte do presente Pacto poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue que outro Estado Parte não vem cumprindo as obrigações que lhe impõe o presente Pacto. As referidas comunicações só serão recebidas e examinadas nos termos do presente artigo no caso de serem apresentadas por um Estado Parte que houver feito uma declaração em que reconheça, com relação a si próprio, a competência do Comitê. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte que não houver feito uma declaração dessa natureza. As comunicações recebidas em virtude do presente artigo estarão sujeitas ao procedimento que se segue:

a) Se um Estado Parte do presente Pacto considerar que outro Estado Parte não vem cumprindo as disposições do presente Pacto poderá, mediante comunicação escrita, levar a questão ao conhecimento deste Estado Parte. Dentro do prazo de três meses, a contar da data do recebimento da comunicação, o Estado destinatário fornecerá ao Estado que enviou a comunicação explicações ou quaisquer outras declarações por escrito que esclareçam a questão, as quais deverão fazer referência, até onde seja possível e pertinente, aos procedimentos nacionais e aos recursos jurídicos adotados, em trâmite ou disponíveis sobre a questão;

b) Se, dentro do prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados partes interessados, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao Comitê, mediante notificação endereçada ao Comitê ou ao outro Estado interessado;

c) O Comitê tratará de todas as questões que se lhe submetem em virtude do presente artigo somente após ter-se assegurado de que todos os recursos jurídicos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, em consonância com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos. Não se aplicará essa regra quanto a aplicação dos mencionados recursos prolongar-se injustificadamente;

d) O Comitê realizará reuniões confidenciais quando estiver examinando as comunicações previstas no presente artigo;

e) Sem prejuízo das disposições da alínea c) Comitê colocará seus bons Ofícios dos Estados Partes interessados no intuito de alcançar uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos no presente Pacto;

f) Em todas as questões que se submetam em virtude do presente artigo, o Comitê poderá solicitar aos Estados Partes interessados, a que se faz referencia na alínea b) , que lhe forneçam quaisquer informações pertinentes;

g) Os Estados Partes interessados, a que se faz referência na alínea b), terão direito de fazer-se representar quando as questões forem examinadas no Comitê e de apresentar suas observações verbalmente e/ou por escrito;

h) O Comitê, dentro dos doze meses seguintes à data de recebimento da notificação mencionada na alínea b), apresentará relatório em que:

(i se houver sido alcançada uma solução nos termos da alínea e), o Comitê restringir-se-á, em relatório, a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada.

(ii se não houver sido alcançada solução alguma nos termos da alínea e), o Comitê, restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição dos fatos; serão anexados ao relatório o texto das observações escritas e as atas das observações orais apresentadas pelos Estados Parte interessados.

Para cada questão, o relatório será encaminhado aos Estados Partes interessados.

2. As disposições do presente artigo entrarão em vigor a partir do momento em que dez Estados Partes do presente Pacto houverem feito as declarações mencionadas no parágrafo 1 desde artigo. As referidas declarações serão depositados pelos Estados Partes junto ao Secretário-Geral das Organizações das Nações Unidas, que enviará cópias das mesmas aos demais Estados Partes. Toda declaração poderá ser retirada, a qualquer momento, mediante notificação endereçada ao Secretário-Geral. Far-se-á essa retirada sem prejuízo do exame de quaisquer questões que constituam objeto de uma comunicação já transmitida nos termos deste artigo; em virtude do presente artigo, não se receberá qualquer nova comunicação de um Estado Parte uma vez que o Secretário-Geral tenha recebido a notificação sobre a retirada da declaração, a menos que o Estado Parte interessado haja feito uma nova declaração.

ARTIGO 42

1. a) Se uma questão submetida ao Comitê, nos termos do artigo 41, não estiver dirimida satisfatoriamente para os Estados Partes interessados, o Comitê poderá, com o consentimento prévio dos Estados Partes interessados, constituir uma Comissão ad hoc (doravante denominada "a Comissão"). A Comissão colocará seus bons ofícios à disposição dos Estados Partes interessados no intuito de se alcançar uma solução amistosa para a questão baseada no respeito ao presente Pacto.

b) A Comissão será composta de cinco membros designados com o consentimento dos Estados interessados. Se os Estados Partes interessados não chegarem a um acordo a respeito da totalidade ou de parte da composição da Comissão dentro do prazo de três meses, os membro da Comissão em relação aos quais não se chegou a acordo serão eleitos pelo Comitê,

entre os seus próprios membros, em votação secreta e por maioria de dois terços dos membros do Comitê.

2. Os membros da Comissão exercerão suas funções a título pessoal. Não poderão ser nacionais dos Estados interessados, nem de Estado que não seja Parte do presente Pacto, nem de um Estado Parte que não tenha feito a declaração prevista no artigo 41.

3. A própria Comissão alegará seu Presidente e estabelecerá suas regras de procedimento.

4. As reuniões da Comissão serão realizadas normalmente na sede da Organização das Nações Unidas ou no escritório das Nações Unidas em Genebra. Entretanto, poderão realizar-se em qualquer outro lugar apropriado que a Comissão determinar, após consulta ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas e aos Estados Partes interessados.

5. O secretariado referido no artigo 36 também prestará serviços às condições designadas em virtude do presente artigo.

6. As informações obtidas e coligidas pelo Comitê serão colocadas à disposição da Comissão, a qual poderá solicitar aos Estados Partes interessados que lhe forneçam qualquer outra informação pertinente.

7. Após haver estudado a questão sob todos os seus aspectos, mas, em qualquer caso, no prazo de doze meses após dela tomado conhecimento, a Comissão apresentará um relatório ao Presidente do Comitê, que o encaminhará aos Estados Partes interessados:

a) Se a Comissão não puder terminar o exame da questão, restringir-se-á, em seu relatório, a uma breve exposição sobre o estágio em que se encontra o exame da questão;

b) Se houver sido alcançado uma solução amistosa para a questão, baseada no respeito dos direitos humanos reconhecidos no presente Pacto, a Comissão restringir-se-á, em relatório, a uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada;

c) Se não houver sido alcançada solução nos termos da alínea b) a Comissão incluirá no relatório suas conclusões sobre os fatos relativos à questão debatida entre os Estados Partes interessados, assim como sua opinião sobre a possibilidade de solução amistosa para a questão, o relatório incluirá as observações escritas e as atas das observações orais feitas pelos Estados Partes interessados;

d) Se o relatório da Comissão for apresentado nos termos da alínea c), os Estados Partes interessados comunicarão, no prazo de três meses a contar da data do recebimento do relatório, ao Presidente do Comitê se aceitam ou não os termos do relatório da Comissão.

8. As disposições do presente artigo não prejudicarão as atribuições do Comitê previstas no artigo 41.

9. Todas as despesas dos membros da Comissão serão repartidas equitativamente entre os Estados Partes interessados, com base em estimativas a serem estabelecidas pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

10. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas poderá caso seja necessário, pagar as despesas dos membros da Comissão antes que sejam reembolsadas pelos Estados Partes interessados, em conformidade com o parágrafo 9 do presente artigo.

ARTIGO 43

Os membros do Comitê e os membros da Comissão de Conciliação *ad hoc* que forem designados nos termos do artigo 42 terão direito às facilidades, privilégios e imunidades que se concedem aos peritos no desempenho de missões para a Organização das Nações Unidas, em conformidade com as seções pertinentes da Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas.

ARTIGO 44

As disposições relativas à implementação do presente Pacto aplicar-se-ão sem prejuízo dos procedimentos instituídos em matéria de direito humanos pelos ou em virtude dos mesmos instrumentos constitutivos e pelas Convenções da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas e não impedirão que os Estados Partes venham a recorrer a outros procedimentos para a solução de controvérsias em conformidade com os acordos internacionais gerais ou especiais vigentes entre eles.

ARTIGO 45

O Comitê submeterá a Assembléia-Geral, por intermédio do Conselho Econômico e Social, um relatório sobre suas atividades.

PARTE V

ARTIGO 46

Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas e das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e das agências especializadas relativamente às questões tratadas no presente Pacto.

ARTIGO 47

Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

PARTE VI

ARTIGO 48

1. O presente Pacto está aberto à assinatura de todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas ou membros de qualquer de suas agências especializadas, de todo Estado Parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como de qualquer de suas agências especializadas, de todo Estado Parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como de qualquer outro Estado convidado pela Assembléia-Geral a tornar-se Parte do presente Pacto.

2. O presente Pacto está sujeito à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral da Organização da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Pacto está aberto à adesão de qualquer dos Estados mencionados no parágrafo 1 do presente artigo.

4. Far-se-á a adesão mediante depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

5. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas informará todos os Estados que hajam assinado o presente Pacto ou a ele aderido do depósito de cada instrumento de ratificação ou adesão.

ARTIGO 49

1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigéssimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para os Estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o depósito do trigéssimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, pelo Estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou adesão.

ARTIGO 50

Aplicar-se-ão as disposições do presente Pacto, sem qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.

ARTIGO 51

1. Qualquer Estado Parte do presente Pacto poderá propor emendas e depositá-las junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará todas as propostas de emenda aos Estados Partes do presente Pacto, pedindo-lhes que o notifiquem se desejam que se convoque uma conferencia dos Estados Partes destinada a examinar as propostas e submetê-las a votação. Se pelo menos um terço dos Estados Partes se manifestar a favor da referida convocação, o Secretário-Geral convocará a conferência sob os auspícios da

Organização das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria dos Estados Partes presente e votantes na conferência será submetida à aprovação da Assembléia-Geral das Nações Unidas.

2. Tais emendas entrarão e, vigor quando aprovadas pela Assembléia-Geral das Nações Unidas e aceitas em conformidade com seus respectivos procedimentos constitucionais, por uma maioria de dois terços dos Estados Partes no presente Pacto.

3. Ao entrarem em vigor, tais emendas serão obrigatórias para os Estados Partes que as aceitaram, ao passo que os demais Estados Partes permanecem obrigados pelas disposições do presente Pacto e pelas emendas anteriores por eles aceitas.

ARTIGO 52

Independentemente das notificações previstas no parágrafo 5 do artigo 48, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados referidos no parágrafo 1 do referido artigo:

- a) as assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com o artigo 48;
- b) a data de entrega em vigor do Pacto, nos termos do artigo 49, e a data, e a data em entrada em vigor de quaisquer emendas, nos termos do artigo 51.

ARTIGO 53

1. O presente Pacto cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará cópias autênticas do presente Pacto a todos os Estados mencionados no artigo 48.

Em fé do quê, os abaixo-assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram o presente Pacto, aberto à assinatura em Nova York, aos 19 dias do mês de dezembro do ano de mil novecentos e sessenta e seis.