

TORTURANDO O INIMIGO OU LIBERTANDO DA GARRAFA O GÉNIO DO MAL? SOBRE A TORTURA EM TEMPOS DE TERROR*

Augusto Silva Dias**

*Mais vale acender uma vela
do que amaldiçoar a escuridão*
Confúcio

1 Intróito

Há tempos entreguei para um livro em homenagem ao Professor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS um estudo em que me interrogava se os criminosos são pessoas e se tem fundamento nas sociedades democráticas um Direito Penal do inimigo.¹ Para demonstrar que o Estado de Direito está preparado para, dentro dos limites, todavia elásticos, do princípio da proporcionalidade, lidar com situações trágicas, sem necessidade de resvalar para uma lógica securitária, escolhi como

* O presente trabalho constitui uma versão desenvolvida das conferências proferidas em 14 de março de 2008, num colóquio organizado pelo Núcleo da Amnistia Internacional da FDUL subordinado ao tema *Direitos humanos e outros contos de fadas*; em 29 de maio do mesmo ano, num colóquio organizado pelo Núcleo de Estudantes Brasileiros da FDUL e em 30 de maio num colóquio na Universidade Lusófona do Porto organizado pelo Senhor Professor Faria Costa. Desde então fez o seu percurso de maturação, tendo sido concluído no dia 5 de setembro de 2008.

** Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ AUGUSTO SILVA DIAS, *Os criminosos são pessoas? Eficácia e garantias no combate ao crime organizado*, in MÁRIO MONTE/CLARA CALHEIROS/CONDE MONTEIRO/FLÁVIA LOUREIRO (coord.), *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2008.

case study o abate do avião sequestrado por terroristas para servir de arma contra alvos civis. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*BverfG*) de 15 de fevereiro de 2006 considerando inconstitucional o § 14 n° 3 da Lei de Segurança Aérea que permitia em determinadas circunstâncias o derrube do avião e a discussão doutrinal que ela gerou explicam a escolha feita. No entanto, ao longo da elaboração do estudo, designadamente em conferências onde fui apresentando as minhas conclusões, percebi que a tortura no cenário usualmente descrito como *ticking time bombs*, isto é, a tortura do terrorista para localizar a bomba colocada por ele ou por alguém da organização a que pertence e salvar as centenas ou milhares de vidas humanas ameaçadas, se apresentava cada vez mais como um teste de falsificabilidade (KARL POPPER) às soluções que ali defendi.

Enunciado de uma forma rasa, o problema é o seguinte: tendo sustentado, dentro de pressupostos apertados, a justificação do abate do avião sequestrado, teria de admitir em coerência a justificação da tortura preventiva? A doutrina estabelece frequentemente ligações entre as duas situações² e, na verdade, existem aspectos comuns a ambas, como sejam, uma lógica de combate a uma situação excepcional criada por uma agressão (iminente ou actual), de grandes proporções, de um grupo terrorista; elevado perigo para vidas humanas inocentes; intervenção dos poderes públicos no sentido da preservação dos bens jurídicos ameaçados e do restabelecimento da segurança colectiva; e ausência de autorização legal expresssa para a intervenção efectuada. Mas bastarão estes traços comuns para equiparar a solução jurídica das duas situações, designadamente para considerar que o emprego da tortura por autoridades policiais, quando estão em jogo vidas humanas, está coberto pelo direito de defesa ou pelo direito de necessidade? Estará a proibição da tortura limitada por uma reserva de legítima defesa ou de direito de necessidade, como acontece com a proibição do homicídio ou das ofensas corporais?

Ao responder à questão, pretendo explorar as linhas de continuidade e de descontinuidade entre os temas objecto de ambos os estudos e contribuir, assim, para o debate jurídico em torno de problemas trágicos suscitados por ameaças reais que se abatem hoje sobre as sociedades democráticas e das medidas político-criminais e jurídico-penais com que estas se dispõem a reagir a tais ameaças. Mas pretendo também, deste modo, associar-me a mais uma homenagem ao Professor FIGUEIREDO DIAS. Desejo que esta seja a primeira de muitas outras iniciativas de homenagem ao ilustre Mestre e, até que a pena me doa, nelas participarei sempre com muito gosto e honra.

² V.g. WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar StGB*, 7ª ed., ed. Beck, 2007, § 34 n° 47; GÜNTER FRANKENBERG, *Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht: Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts*, in BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (Hrsg.), *Rückkehr der Folter: Der Rechtsakt in Zwielficht?*, ed. Beck, 2006, p. 66 e s.; ALAN DERSHOWITZ, *Why terrorism works: understanding the treath, responding to the challenge*, ed. Yale Univ. Press, 2003, p. 154 e s.

Vou ocupar-me em primeiro lugar da tortura preventiva e dos problemas político-constitucionais e jurídico-dogmáticos que levanta (2., 3., 4. e 5.). Em seguida confrontarei as minhas posições nesta matéria com as defendidas antes a respeito do abate do avião sequestrado por terroristas para ser usado como arma contra inocentes (6.). Rematarei o estudo deslocando o olhar para o torturador e questionando, tendo por base o caso *Daschner*, decidido em 2004 pelo Tribunal de Frankfurt e responsável por um aceso debate doutrinal, se a opção pela tortura tomada nos limites da resistência humana, numa situação de forte tensão emocional e por temor pela sorte de terceiros, pode ser tratada pelo Direito com certa indulgência (7.). Espero desta forma passar com êxito o teste de falsificabilidade a que me proponho, mas se não conseguir, se não for convincente na argumentação e nos resultados, resta-me pedir a benevolência do leitor perante o «esforço sério».

Antes de iniciar o tratamento do tema quero esclarecer dois aspectos. Vou situar o problema da tortura no quadro da actividade de investigação criminal, sem todavia me ocupar da análise dos problemas da proibição da prova assim obtida. Interessa-me antes indagar se o torturador, por definição um funcionário no exercício de poderes públicos, pode ver a ilicitude da sua acção excluída com base no argumento de que torturou para salvar vidas humanas. Por outro lado, não ignoro que o problema da tortura se coloca também no plano da actividade dos serviços de informação, assumindo aí, contudo, contornos distintos, uma vez que a actuação destes serviços não se pauta pela legislação processual penal. Sem pretender generalizar ou nivelar diferenças, direi que as conclusões a que chegar valem *mutatis mutandis* no domínio da polícia secreta, porque é minha convicção que, apesar das diferenças, não há territórios subtraídos aos princípios do Estado de Direito e à Constituição da República em nome de uma qualquer ideia de segurança ou de *raison d'État*.

2 Proibição da tortura no Direito interno e no Direito internacional

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

Esta valoração justifica decerto que em muitos ordenamentos jurídicos a proibição da tortura assuma carácter penal. O ordenamento jurídico português não constitui excepção. O art. 243º do Código Penal (CP), inserido no Título III da Parte Especial dos crimes contra a identidade cultural e a integridade pessoal,³ prevê o crime de tortura. Encontramos no nº 3 uma definição segundo a qual «considera-se tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano, o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima».⁴ Do mesmo modo que a CRP e os citados diplomas de Direito Internacional, o CP não distingue entre tortura e tratamento cruel, degradante ou desumano, significando isto que qualquer distinção conceptual que se pretenda fazer não tem correspondência no plano prático-normativo.⁵ Por outro lado, adopta o CP um conceito suficientemente amplo para abranger as formas mais camufladas, sofisticadas e «indolores» de tortura e, ainda, para frustrar qualquer diferenciação entre tortura «boa» e tortura «má». Deve entender-se que essa definição de tortura vale para todo o ordenamento jurídico nacional, excepto nos aspectos em que as definições dos diplomas de Direito Internacional citados resultem mais latas.⁶ A ratificação pelo Estado português daqueles diplomas de Direito Internacional obriga, por si só, a este entendimento.

³ Este Título parece-me deslocado, pois inclui crimes contra bens jurídicos pessoalíssimos, como a integridade pessoal. Mais correcta seria, em meu entender, a localização sistemática dos crimes contra a integridade pessoal entre os crimes contra a vida e os crimes contra a integridade física. Adiro assim à intuição de FÁRIA COSTA, *Direito Penal Especial*, Coimbra Editora, 2004, p. 42 e ss., acerca da irrupção na experiência normativa contemporânea da integridade pessoal como um novo bem jurídico e à caracterização dogmática que dele faz, embora me pareça discutível a qualificação de alguns factos como sendo tipicamente ofensivos desse bem jurídico (por exemplo, colocar outrem em estado de coma ou em estado vegetativo persistente).

⁴ A definição do nº 3 corresponde no essencial à do art. 1º da *Convenção contra a tortura*. Aí se entende por tortura, tratamento cruel ou desumano, «qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa nomeadamente com o fim de obter dela ou de um terceiro, informações ou confissões, de a punir por um acto que ela ou um terceiro cometeram ou se suspeita que tenham cometido, de intimidar ou pressionar uma pessoa ou um terceiro ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou sofrimento sejam infligidos por um agente público ou outra pessoa agindo a título oficial, por sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito».

⁵ Neste sentido, v. JEREMY WALDRON, *Torture and positive law: jurisprudence for the White House*, Public Lecture: Victoria University of Wellington, New Zeland, August 19, 2004 (Paper), p. 25.

⁶ Da articulação da definição do nº 3 com o comportamento típico descrito nos ns. 1 e 2 resulta que um particular só pode praticar o crime se usurpar as funções descritas no nº 1 (sobre o conceito de usurpação de função, v. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. III, Coimbra Editora, 2001, anot. art. 358 §§.11 e s. e 21). Mas da definição do art. 1º da *Convenção contra a tortura* decorre que também comete tortura o particular que actua com o consentimento tácito do agente público, isto é, perante a passividade complacente deste. Se é certo que esse particular não realiza o tipo de tortura do art. 243º por razões que se prendem com o princípio da tipicidade (nem ele usurpou funções, nem o seu comportamento entra no círculo da

A proibição liminar da tortura reflecte-se adjectivamente na proibição das provas obtidas por essa forma. O n.º 8 do art. 32.º da CRP dispõe e o n.º 1 do art. 126.º do Código de Processo Penal (CPP) reforça que as provas obtidas mediante tortura «são nulas, não podendo ser utilizadas», excepto para proceder criminalmente contra a pessoa que a praticou. Como a doutrina constitucional e penal portuguesa vem defendendo, as proibições implícitas naquelas disposições têm natureza absoluta, significando isso que não são relevadas pelo consentimento do visado nem processualmente recicláveis como frutos sadios de uma árvore envenenada.⁷

Conclusão: a proibição da tortura é entre nós integral e sem reservas. Em abono do carácter absoluto da proibição, a doutrina argumenta que ela forma «o núcleo de protecção absoluta do direito fundamental à integridade pessoal»;⁸ que constitui um «arquétipo jurídico», uma regra emblemática de um amplo compromisso para diferenciar claramente o Direito da brutalidade;⁹ que pertence ao «indisponível de uma ordem jurídica, ao seu núcleo intocável: à cultura jurídica dominante», funcionando como um «tabu jurídico»;¹⁰ ou, como prefere dizer CLAUS ROXIN, que se trata de uma *Grundnorm*.¹¹

3 Os novos contornos do problema: as *ticking time bombs*

Na generalidade dos sistemas jurídicos dos países ocidentais não se contesta a proibição geral da tortura e ela seria mesmo um «não tema» não fora o debate aceso suscitado pelo combate à criminalidade organizada e ao terrorismo, que tem polarizado as atenções da política criminal e da doutrina penal nos diversos cantos do planeta e tem sido celebrizado através dos chavões do «Direito Penal do inimigo» ou do «Direito Penal de luta».¹²

punibilidade através da regra do art. 28.º do CP, pois é duvidoso que a mera passividade do agente público represente sem mais um domínio social do acontecimento susceptível de fundar a autoria ou mesmo a complicitade omissivas) já deve entender-se, porém, que as declarações do sevidado constituem prova proibida, não podendo ser utilizadas contra ele nos termos do art. 126.º do CPP, por terem sido obtidas mediante *tortura* no sentido do art. 1.º da *Convenção*.

⁷ No sentido da proibição absoluta da utilização e valoração da prova obtida mediante tortura, v. na doutrina alemã WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar zum StGB*, § 32, n.º 39; FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *ZStW*, Bd. 116 (2004) n.º 1, p. 50 e ss. Na doutrina portuguesa, v. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, ps. 175 e s. e 210.

⁸ V. J. MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, art. 25.º anot. VIII.

⁹ V. JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, ps. 48 e s. e 56.

¹⁰ V. WINFRIED HASSEMER, *Sicherheitsbedürfnis und Grundrechtsschutz: Umbau des Rechtsstaats?*, in *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, ed. Berliner Wissenschafts-Verlag, 2008, p. 237 e s.

¹¹ ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, 4.ª ed., § 22 n.º 169.

¹² Sobre as duas expressões, diferenciando-as do ponto de vista da legitimidade da intervenção penal, v. MASSIMO DONINI, *El Derecho Penal frente al «enemigo»*, in FARALDO CABANA

Alguns juristas norte-americanos, e não só,¹³ 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 reventará 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.¹⁴

DERSHOWITZ faz assentar a sua posição favorável à tortura em determinados pressupostos fácticos 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.¹⁵ 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.¹⁶

(dir.), Derecho Penal de excepción: terrorismo y inmigración, ed. Tirant lo Blanc, 2007, p. 61 e s.; GÜNTHER FRANKENBERG, *Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeirecht*, p. 60 e ss.

¹³ Na doutrina alemã algumas vozes pronunciam-se igualmente no sentido da relativização da proibição da tortura em situações de necessidade – neste sentido, v. MATTHIAS HERDEGGEN, in MAUNZ/DÜRIG (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, ed. 44^a, ed. Beck, 2005, Art. 1, Abs. 1, n^o 45 e s.; WINFRIED BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit: eine staatsrechtliche Skizze mit praktischen Beispielen*, ed. Nomos, 2004, p. 56 e ss.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26^a ed., ed. Beck, 2007, § 32, n^o 17 a; VOLKER ERB, *Folterverbot und Notwehrrecht*, in WOLFGANG LENZEN (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?*, ed. Mentis, 2006, p. 19 e ss.; WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar zum StGB*, § 32, n^o 38 e ss.

¹⁴ V. artigo no *Wall Street Journal* de 7 de novembro de 2007; *Why terrorism works*, p. 132 e ss.; *The torture warrant: a response to Professor Strauss*, in New York Scholl Law Review, vol. 48, p. 275 e ss.

¹⁵ O terrorismo e outras formas de criminalidade violenta, como o rapto – v. o caso *Leon vs. Wainwright* nos EUA (v. DERSHOWITZ, *The torture warrant*, p. 285 e s.) e o caso *Daschner* na Alemanha, ambos de rapto, mas decididos, todavia, em sentidos opostos pelos tribunais dos dois países.

¹⁶ V. *Why terrorism works*, p. 151 e ss.; *The torture warrant*, p. 292 e ss.

DERSHOWITZ sublinha por mais de uma vez que não pretende o reconhecimento generalizado da tortura pelo Direito,¹⁷ 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. Para DERSHOWITZ estão em jogo de um lado a segurança e a vida dos cidadãos e do outro direitos e liberdades básicos.¹⁸ 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.

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 anestesia¹⁹ 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.²⁰ 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 apôs 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.²¹ É fácil, económica e não deixa vestígios comprometedores.

À luz dos conceitos de tortura acolhidos nos diplomas de Direito Internacional, designadamente na *Convenção sobre a tortura*, e no nº 3 do art. 243º do CP não resta a menor sombra de dúvida de que o *waterboarding* (ou os tormentos das unhas e dos dentes) é uma forma de tortura. É portanto plenamente inadequada e destituída de fundamento a tentativa de alguns

¹⁷ V. *The torture warrant*, p. 277. SLAVOJ ZIZEK afirma ironicamente que ninguém advogaria a tortura de uma criança faminta que furtou um chocolate – v. *Violence*, ed. Profile Books, 2008, p. 36.

¹⁸ V. *The torture warrant*, p. 292.

¹⁹ V. *Why terrorism works*, ps. 144 e 248.

²⁰ Podem ver-se na Prisão de Tuol Sleng em Phnom Penh, transformada num museu que documenta as atrocidades dos Khmers Vermelhos, vários instrumentos que eram destinados à execução dessa prática.

²¹ V. *Instrumentos de tortura: desde a idade média à época industrial, apresentada em diversas cidades europeias (1983-2000)*, Viseu, 1995, p. 57.

assessores e conselheiros da Casa Branca de ludibriar a questão eliminando esta e outras técnicas do conceito de tortura por via de uma restrição deste conceito a métodos que possam causar a morte ou graves lesões corporais ou funcionais.²² Mas diga-se em abono da verdade que, não sendo despiendo,²³ o plano decisivo da discussão do problema não é o conceptual.

4 Pode a tortura ser admitida pelo Direito como prática excepcional em casos-limite?

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.²⁴ Uma vez admitida para combater acções terroristas, a tendência será para se expandir a outros contextos. Como escreveu MARK TWAIN,²⁵ «a um homem munido de um martelo tudo se parece com uma unha». Quem está autorizado legalmente a usar a tortura num dado contexto,

²² Sobre esta orientação, bem patente no Memorando de Jay Bybee para a CIA e a Casa Branca de Agosto de 2002, v., em sentido crítico, JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 19 e ss., especialmente, p. 22, onde transcreve a conclusão do Memorando: «a dor física em que a tortura se traduz tem de ser equivalente à dor causada por uma ofensa corporal grave, como a lesão de órgãos, de uma função do corpo, ou mesmo a morte».

²³ Sobre a questão conceptual, nem sempre reclamada com os melhores propósitos, v. as interessantes reflexões de JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 8 e ss., especialmente ps. 18 e 20. Partilho com CORNELIUS PRITTWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter und Folterandrohung im Rechtsstaat*, in PUTZKE/HARDTUNG/HÖRNLE/MERKEL ... (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, ed. Mohr Siebeck, 2008, p. 519, a ideia de que um uso inflacionário do conceito de tortura quebra a sua força simbólico-sugestiva e conseqüentemente a efectividade da sua proibição. A delimitação conceptual adquire importância, por exemplo, para diferenciar a tortura da pressão legítima ou do desconforto nos interrogatórios. Suponhamos que num certo interrogatório policial é dito simplesmente que enquanto não responder aos quesitos o interrogado não sairá do local, nem lhe será permitido comer e dormir. Em minha opinião haverá tortura porque há sujeição ritual da vontade do sujeito a uma vontade alheia através da ameaça da privação de necessidades vitais. Em que medida a ameaça de infligir sofrimento pode significar tortura à luz do Direito internacional e interno, v. PRITTWITZ, *ob.cit.*, p. 521; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27^a ed., ed. Beck, 2006, § 32 n^o 62a e *infra*.

²⁴ Consideram também que a escalada em agressividade é inerente à natureza da tortura, KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?*, in BESTTERMÖLLER/BRUNKHORST (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*, p.106 e s.; THOMAS RÖNNAU, *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12^a ed., ed. de Gruyter, 2006, vor § 32, n^o 262; FRANK SALIGER, *Absolutes in Strafprozess?*, p. 48; JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 35 e s., onde, comentando a convicção optimista de DERSHOWITZ de que se a sua proposta do mandato judicial de tortura fosse tomada a sério cenas lamentáveis como as de Abu Grahb não teriam ocorrido, afirma que «os últimos cem anos mostraram que {a tortura} é uma espécie de coisa que não pode ser mantida sob controlo racional».

²⁵ *Apud* DERSHOWITZ, *The torture warrant*, p. 282 e s.

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 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?

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.²⁶ 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,²⁷ 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.

Também não é possível restringir a tortura quanto aos meios, porque 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.²⁸ 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,²⁹ muito utilizada pela polícia egípcia? Quando os fins justificam os meios, o que impede esta *passage*?

Estas características da tortura mostram que falamos de um método com uma dinâmica interna incontroável, que resvala facilmente da excepção para a regra, degrada a pessoa à condição de coisa com utilidade probatória ou informativa e corrói de forma indelével a natureza do Estado de Direito.

Os efeitos que a tortura produz na pessoa e na sua identidade e integridade pessoais foram analisados por RICHARD RORTY, um filósofo americano

²⁶ V. SLAVOJ ZIZEK, *Bem-vindo ao deserto do real*, ed. Relógio d' Água, 2006, p. 131; LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción: reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*, in InDret, 2007 nº 4, p. 15 e s.

²⁷ V. *The torture warrant*, p. 291.

²⁸ Deste modo, muito claramente, MASSIMO DONINI, *El Derecho Penal frente al «enemigo»*, p. 86 e s.; JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 21.

²⁹ V. *Why terrorism works*, p. 138, citando declarações de um ex-dirigente da CIA, Vincent Cannistraro, segundo as quais «as prisões egípcias estão cheias de fulanos que perderam as unhas dos pés e das mãos».

recentemente falecido, num livro intitulado *Contingência, Ironia e solidariedade*. Aí, a páginas tantas, a propósito do livro de ORWELL *Mil novecentos e oitenta e quatro* é descrita uma cena de tortura em que o torturador, de seu nome *O'Brien*, pretende reabilitar o dissidente *Winston* do crime de pensar, para que este regresse às verdades do Partido ou – o que significava o mesmo – à condição de «pessoa sã de espírito» ou de «ser perfeito».³⁰ O método consistia em forçar *Winston* a acreditar no contrário do que havia pensado e escrito até então, como, por exemplo, que dois e dois podem ser cinco. Para RORTY, *O'Brien* pretende usar a dor e a subjugação de *Winston* para dismantelar a sua identidade, para lhe desmanchar o espírito.³¹ A ideia é fazê-lo dizer e desejar algo de tal modo que mais tarde não seja capaz de enfrentar o facto de o ter dito e desejado. É produzir uma ruptura na sua identidade de sorte que qualquer recomeço seja insusceptível de se articular com o passado como um fio coerente. Quem tortura, diz RORTY, pretende incutir na vítima a experiência última da humilhação que é levá-la a dizer «uma vez que acreditei ou desejei isto, nunca poderei ser o que esperei ser, nunca poderei ser o que pensava que era. A história que tenho contado a mim mesmo sobre mim próprio – ... – já não faz sentido. Já não tenho um eu ao qual dar sentido ... não há nenhum vocabulário no qual possa contar uma história coerente sobre mim próprio».³²

Não é correcto afirmar, como faz DERSHOWITZ, que a tortura não letal atinge apenas e só a integridade física,³³ pois, como se vê, ela atinge a integridade pessoal na sua totalidade e a própria dignidade da pessoa.³⁴ Perante uma prática que produz efeitos destrutivos desta natureza, adquire pleno sentido

³⁰ V. *Mil novecentos e oitenta e quatro*, ed. Antígona, 2007, p. 245 e ss.

³¹ v. *Contingência, ironia e solidariedade*, ed. Presença, Lisboa, 1992, p. 222 e ss.

³² v. *Contingência, ironia e solidariedade*, p. 224.

³³ V. *Why terrorism works*, p. 144, sustentando que a dor é um dano menor e mais remediável do que a morte e que «a vida de milhares de pessoas inocentes devem ser valoradas de modo superior à integridade física de uma pessoa culpada».

³⁴ Sobre a relação interna entre (proibição da) tortura e dignidade da pessoa na teoria político-constitucional e na teoria jurídico-penal, v. GÜNTER FRANKENBERG, *Autorität und Integration: zur Grammatik von Recht und Verfassung*, ed. Suhrkamp, 2003, p. 274 e ss.; HAUKEBRUNKHORST, *Folter, Würde und repressiver Liberalismus*, in BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*, p. 96 e ss.; KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 106 e ss.; HEINER BIELEFELD, *Die Absolutheit des Folterverbots: über die Unabwägbarkeit der Menschenwürde*, in BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST, *ob. cit.*, p. 112 e ss.; CORNELIUS PRITTWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter*, p. 535 e ss.; CHRISTIAN JÄGER, *Das verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates*, in PUTZKE/HARDTUNG/HÖRNLE/MERKEL ... (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, p. 544 e ss.; CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § s. 15, n.º 106 e s. e 16 n.º 96 e ss.; FELIX HERZOG, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 32 n.º 59, recorrendo a formulações de kant e de Hegel; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § s. 32 n.º 62 a e 44 n.º 41 e; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, AT*, n.º 289 a; THOMAS RÖNNAU, *Leipziger Kommentar zum StGB*, vor § 32 n.º 262; JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 48 e ss.; FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 45 e ss.; LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción, passim*; GOMES CANOTILHO/

a dúvida sobre se é legítimo que os poderes públicos em geral e as entidades de investigação criminal em particular a ela recorram para impedir o deflagrar da bomba-relógio.

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.³⁵ 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.³⁶ 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,³⁷ 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.

Como facilmente se intui, o retrocesso inquisitório do processo penal subverte por completo a estrutura normativa do Estado de Direito Democrático. Nem se diga, com VOLKER ERB,³⁸ que não há retrocesso algum porque a tortura em cenário de *ticking time bombs* é diferente da experiência histórica da tortura do período inquisitório: enquanto nesta se tratava da obtenção de uma confissão com determinado conteúdo, como a confirmação da suspeita de

VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, art. 1º, VIII (p. 199).

³⁵ Neste sentido, v. LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción*, p. 14 e s.

³⁶ Sobre o dever de verdade no modelo inquisitório e a tortura como meio para assegurar (supostamente) o seu cumprimento, v. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, p. 122; numa perspectiva histórica, tendo por base a experiência espanhola, v. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España: estudios históricos*, ed. Ariel, 1973.

³⁷ É deste modo que GÜNTHER JAKOBS define o inimigo – v., para mais detalhes, AUGUSTO SILVA DIAS, *Os criminosos são pessoas?*, p. 623 e ss.

³⁸ V. *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 24 e s.

bruxaria, naquela visa-se obter informações verdadeiras e comprováveis. É que nem a tortura própria do inquisitório vedava a obtenção de informações sobre o envolvimento de terceiros na prática de factos bem menos supersticiosos, como o regicídio ou o tiranicídio³⁹ (dependendo da perspectiva), nem a tortura em apreço constitui um meio adequado para alcançar a verdade material, ou seja, a verdade processualmente relevante.⁴⁰ 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 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 ambulatória 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, mas não pode forçá-lo a falar e, desse modo, a cooperar na sua auto-incriminação e condenação.⁴¹ 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

³⁹ A tortura para saber quem foram os participantes na prática do facto era designada no período inquisitório por tormento *in caput aliena*— sobre a figura, v. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, p. 117 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, TOMAS RÖNNAU, *Leipziger Kommentar zum StGB*, vor § 32 n° 258; FRANK SALIGER, *Absoluten im Strafprozess?*, p. 46, como mais indicações bibliográficas; TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, p. 116 e ss., com bastas e interessantes referências históricas: «o tormento era por conseguinte um combate entre duas partes; uma, encarnada no juiz, representava a administração da justiça real, interessada em obter uma confissão que agradasse a todos (...); a outra, o réu, que, ainda quando fosse culpado, sabia que a sua vida e quiçá a sua liberdade estavam nas suas mãos ou, mais exactamente, na sua capacidade de resistência à dor».

⁴¹ V., no mesmo sentido, PHILIPP REEMTSMA, *Zur Diskussion über die Re-Legitimation der Folter*, in BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (Hrsg.), *Rückkehr der Folter*, p. 72 e s., sublinhando igualmente que o Estado de Direito emerge historicamente da luta contra a tortura, pela sua deslegitimação e finalmente a sua proibição, pelo que a relegitimação desta comportará inevitavelmente uma ruptura interna, ao nível da matriz referencial. Acrescento apenas que a mesma conclusão se aplica à escravidão, à prisão perpétua e à pena de morte. V. também HAUKE BRUNKHORST, *Folter, Würde, und repressiver Liberalismus*, p. 92, considerando que a tortura destrói a possibilidade de autodeterminação democrática e individual; LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción*, p. 14 e s., afirmando que «a tortura aniquila a condição do ser humano, precisamente de ter uma vontade, a qual é pressuposto ... do exercício legítimo do poder».

cidadão livre e capaz de participar na escolha do destino colectivo). Por isso, Estado de Direito Democrático (art. 2º da CRP) e dignidade da pessoa (art. 1º da CRP) são dois princípios co-origenários, que se implicam reciprocamente.⁴² Por isso também, a prática da tortura não colhe fundamento no quadro, já de si elástico, da proporcionalidade constitucionalmente conformada (art. 18 nº 2 da CRP) mas apenas fora dele, numa lógica de combate ao inimigo, de segurança efectiva a qualquer preço. O Estado de Direito Democrático não suporta dentro das suas fronteiras uma tal lógica de excepção e de guerra, associada a procedimentos e métodos próprios de organizações terroristas e de Estados totalitários. Como OSCAR WILDE ilustrou magistralmente em *O retrato de Dorian Gray*, quem se apropria reiteradamente do mal pode manter a face, mas não mantém o carácter.

5 O princípio do interesse preponderante leva à aplicação da legítima defesa ou do direito de necessidade?

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. 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. ERB⁴³ 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. Não posso sufragar esta posição. Por um lado, o *telos* do art. 2º é rejeitar a tortura seja em que

⁴² Essa co-originariedade está bem patente na conjugação necessária dos arts. 1º e 2º da CRP – v. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, art. 2º, I, (p. 203), afirmando que o art. 2º duplica o conteúdo do art. 1º, sob a perspectiva do Estado.

⁴³ V. *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 33.

circunstância for.⁴⁴ 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 n.º 457/99 de 5 de Novembro, esse uso nunca se pode traduzir no emprego de tortura. O art. 2.º 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.⁴⁵ 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. 2.º 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 *oder ein sonstiger öffentlicher Notstand*, de modo algum contradiz a conclusão exposta. 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. 2.º 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

⁴⁴ Defendem que a Convenção consagra uma proibição absoluta da tortura HEINER BIELEFELT, *Die Absolutheit des Folterverbots*, p. 109; HELMUTH SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., ed. Nomos, 2008, § 10 n.º 34.

⁴⁵ A doutrina alemã serve-se aqui do termo *geboten* do n.º 1 do § 32 do StGB, que diferencia do termo *erforderlich* referido no n.º 2 daquele preceito, para tematizar os limites do direito de defesa, e separar *ab initio* a defesa proibida da permitida – v. por todos CLAUDIA ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 15 n.º 55 e ss.; *Rettungsfolter?*, in GRIESBAUM/HANNICH/SCHNARR (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung: Festschrift für Kay Nehm*, ed. BWV, 2006, p. 211. Um desses limites, cuja superação conduz ao afastamento da *Gebotenheit* ou permissão da defesa em casos de tortura, é representado pela dignidade da pessoa – neste sentido, além de ROXIN, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/ PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 32 ns. 44 e 62 a; CORNELIUS PRITZWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter*, p. 522; WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar StGB*, § 32, n.º 45 e s.; FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 48 e s.; THOMAS RÖNNAU, *Leipziger Kommentar zum StGB*, vor § 32 n.º 259. Embora o art. 32.º do CP não consagre expressamente uma cláusula de permissão, isso não constitui – nem deve constituir – entrave a que a doutrina portuguesa discuta e procure traçar limites ao exercício do direito de defesa – v. por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2007, 15/ § s. 3 e s., 21 e 28, considerando que a defesa, enquanto tal, deve ser necessária, imposta pela situação a repelir, e relacionando essa necessidade com o fundamento da legítima defesa. É nesta linha que me situo para reputar interdita a defesa através de tortura com o intuito de repelir a agressão contra as vidas das pessoas ameaçadas pelo rebentamento da bomba: o direito de defesa não foi concedido para despersonalizar o agressor, para o esvaziar de substância humana.

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 minguada dos mecanismos ordinários de protecção pública. Por isso, não são invocáveis pelo Estado ou por pessoas que actuam no exercício de funções públicas.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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,⁴⁸ 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.⁴⁹ Um Estado em que o emprego da força pública não é assim delimitado, não é um Estado de Direito mas um Estado de Polícia.⁵⁰ 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.

⁴⁶ Neste sentido, muito especialmente, MASSIMO DONINI, *El Derecho Penal frente al «enemigo»*, p. 81 e s.; KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 103 e s.; CORNELIUS PRITZWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter*, p. 522 e s.; RÖNNAU/HOHN, *Leipziger Kommentar zum StGB*, § 32 nº 220 e ss. A questão é, no entanto, bastante controversa. Admitem a possibilidade de a autoridade pública recorrer à legítima defesa e restantes causas de justificação gerais CLAUD ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 15 nº 108 e ss., embora com dúvidas; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 32, nº 42 b; HERZOG, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 32 nº 58 e s., todavia, com limitações; WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar zum StGB*, § 32 nº 37. Não podendo entrar aqui no tema, considero, no entanto, irrefutáveis as objecções avançadas por PRITZWITZ, RÖNNAU e HOHN.

⁴⁷ Neste sentido, claramente, GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., ed. de Gruyter, 1991, 12 nº 42 e 13 nº 42; RÖNNAU/HOHN, *Leipziger Kommentar zum StGB*, § 32 nº 220.

⁴⁸ V. a este respeito os arts. 2, 3 e 4 do DL nº 457/99 – o emprego de armas de fogo contra pessoas só é permitido em situação de legítima defesa, se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade física e no respeito pelos princípios da necessidade e da proporcionalidade. Condições sem dúvidas mais exigentes do que as aplicáveis ao uso de arma de fogo por particulares em situação idêntica. Sobre o tema no Direito Português, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 15/§ 42, considerando também que as disposições legais especiais sobre intervenção das forças policiais prevalecem sobre a regulamentação geral da legítima defesa.

⁴⁹ Deste modo, CORNELIUS PRITZWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter*, p. 522.

⁵⁰ Neste sentido, KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 104.

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,⁵¹ 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.⁵² Por outro lado, é «acusada» de ser usada como um *joker* argumentativo com vocação omniabrangente, funcionando em boa medida como um conceito «multiusos».⁵³ 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 culpa⁵⁴ 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.⁵⁵ Esta inflação conduz, como é bom de ver, a uma certa descaracterização e perda de função.⁵⁶

⁵¹ Neste sentido, precisamente quanto à legítima defesa e ao direito de necessidade v. CLAUD ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § s. 15, n.º 106 e 16 n.º 95 e s. argumentando que a dignidade humana é uma garantia fundamental, um valor estruturante da ordem jurídica, subtraído como tal a qualquer ponderação; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § s. 32 n.º 62^a e 34 n.º 41 e; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, AT*, n.º 289 a. Sobre a dignidade humana como limite à relevância do consentimento, através da cláusula dos bons costumes, v. AUGUSTO SILVA DIAS, *Faz sentido punir o ritual do 'fanado'? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*, in RPCC, ano 16 (2006), p. 22 e ss.; *Crimes contra a vida e a integridade física*, 2^a ed., ed. AAFDL, 2007, § 12 n.º 7.

⁵² Neste sentido, v. DIETER BIRNBACHER, *Bioethik zwischen Natur und Interesse*, ed. Suhrkamp, Frankfurt, 2006, ps. 30 e 84; ULFRID NEUMANN, *Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet*, in MATTIAS KETTNER (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, ed. Suhrkamp, Frankfurt, 2004, p. 43.

⁵³ Neste sentido, v. DIETER BIRNBACHER, *Bioethik zwischen Natur und Interesse*, p. 83 e s.; ULFRID NEUMANN, *Die Menschenwürde als Menschenbürde*, p. 44 e s.; JOÃO LOUREIRO, *O direito à identidade genética do ser humano*, in Portugal – Brasil, ano 2000 (tema Direito), Coimbra Editora, 1999, p. 278 e s.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Intervenções no genoma humano: validade ético-jurídica*, in ROA, ano 63 (2003) I/II, p. 29 e s.

⁵⁴ Deste modo, em sentido crítico, v. ULFRID NEUMANN, *Menschenwürde als Menschenbürde*, p. 48.

⁵⁵ Deste modo, v. ULFRID NEUMANN, *Menschenwürde als Menschenbürde*, p. 51 – o autor diz que a dignidade humana é usada como «barricada contra o direito a uma morte digna».

⁵⁶ v. ULFRID NEUMANN, *Menschenwürde als Menschenbürde*, p.45; DIETER BIRNBACHER, *Bioethik zwischen Natur und Interesse*, p. 84.

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,⁵⁷ 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.⁵⁸ 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.

ERB⁵⁹ 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 ofensa maior da dignidade humana

⁵⁷ V. AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*, Coimbra Editora, 2008, p. 91 e ss. Para mais desenvolvimentos acerca da distinção kantiana entre ter dignidade e ter valor de troca, v. VICTOR SEIDLER, *Kant, respect and injustice: the limits of liberal moral theory*, ed. Routledge & Kegan Paul, 1986, p. 26 e ss.; ROBERT SPAEMANN, *Personen: Versuch über den Unterschied zwischen «etwas» und «jemand»*, ed. Klett-Cotta, 1996, *passim*; sobre a sua relação com a proibição da tortura, v. HEINER BIELEFELT, *Die Absolutheit des Folterverbots*, p. 113.

⁵⁸ Neste sentido, v. GÜNTHER FRANKENBERG, *Autorität und Integration*, p. 276; sobre a tradição de raiz kantiana, que concebe a protecção da dignidade humana como protecção contra instrumentalização e coisificação, v. igualmente KURT SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 4^a ed., ed. Beck, 2007, § 12, n^o 3 e ss.

⁵⁹ V. *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 28 e ss.

do que deixar que essa morte ocorra para não beliscar o tabu da tortura,⁶⁰ 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.⁶¹ 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.

Concedo que o direito à vida está internamente relacionado com o princípio da dignidade humana e que as vidas ameaçadas pela bomba não devem ser ignoradas na solução da situação concreta.⁶² Apesar de sustentada por autores com cujas posições me identifico de um modo geral, não adiro sem mais à concepção de que a morte executada pelo poder público (v.g. a pena de morte) não é incompatível com a dignidade humana e com o Estado de Direito, ao passo que a tortura é.⁶³ Em meu entender, tanto a tortura como a protecção da vida das pessoas contra agressões do Estado ou dos particulares são questões respeitantes à dignidade humana. A proibição da tortura, por seu turno, não deve ser considerada um tabu, um legado inquestionável da nossa tradição iluminista e liberal definitivamente subtraído à discussão sobre normas e valores, mas uma peça viva do ideário do Estado de Direito, que pode e deve ser reafirmada argumentativamente cada vez que é problematizada ou posta em causa. Porque aquilo de que não se pode falar, que não pode ser questionado por ninguém, perde necessariamente força normativa e convicção de obrigatoriedade.⁶⁴ Mas também não alinho com aqueles que vêm nas hipóteses de tortura em cenário de *ticking time bombs* um simples assunto de dignidade contra dignidade, resolvido, de forma consequencialista, a favor do direito ou do bem que supostamente exprime a dignidade de modo mais elevado.⁶⁵ Sendo um valor, a

⁶⁰ Salienta o autor que «a ideia segundo a qual a extorsão violenta de informações representa quase a violação última da dignidade, que tem de e pode ser impedida à custa de agressões mais gravosas à dignidade humana não é acessível a uma fundamentação racional. Ela baseia-se pelo contrário num abuso patético de premissas arbitrárias que estão em oposição crassa à apreciação geral segundo a qual o homicídio é de todos os crimes o mais censurável – e não a coacção cometida com vis compulsiva (...)» – *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 32.

⁶¹ Para ERB a subtração da proibição de tortura a qualquer ponderação acaba por privilegiar o ilícito «perante o direito do inocente à preservação da sua vida nua» e a conceder a um princípio abstracto «o domínio total sobre o homem», transformando-o desse modo em «ideologia totalitária» – *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 34 e s.

⁶² Deste modo já em AUGUSTO SILVA DIAS, *Os criminosos são pessoas?*, p. 642 e s.

⁶³ Neste sentido, sem, contudo, tomarem a defesa da pena de morte, v. PHILIPP REEMTSMAN, *Zur Diskussion über Re-Legitimierung der Folter*, p. 72 e HAUKE BRUNKHORST, *Folter, Würde und repressiver Liberalismus*, p. 91; KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, ps. 104 e 106, referindo-se, porém, ao caso do tiro final salvador.

⁶⁴ Sobre a função positiva da problematização dos tabus, v. FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 65 afirmando que «regras jurídicas absolutas são o resultado de ponderações valorativas em processos de argumentação dinâmicos ... Visto deste modo, não existe na modernidade nem indisponíveis isentos de ponderação, nem tabus destituídos de fundamento».

⁶⁵ Implicam a dignidade humana numa perspectiva de base consequencialista, WINFRIED BRUGGER, *Freiheit und Sicherheit*, p. 63 e s., defendendo que, em caso de conflito de dignidade contra

dignidade humana não é, contudo, um bem susceptível de colisão com outros bens, nem é sujeitável a uma lógica consequencialista.⁶⁶ Referi-me *supra* a uma função prática do princípio da dignidade humana que consiste em impedir que a salvaguarda de bens, que de algum modo nele se louvam, seja feita à custa da coisificação e humilhação das pessoas. Com este significado a dignidade humana constitui um limite último a qualquer ponderação.⁶⁷ Por outras palavras, se é certo que os direitos fundamentais e os bens jurídicos pessoais se reconduzem à ideia ou princípio da dignidade humana, nesta função, a ideia ou princípio mais não é do que um ponto de referência axiológico, demasiado abstracto e falho de operatividade para constituir um critério de ponderação e de resolução de conflitos entre bens. Com este alcance, ela não permite, no presente contexto, ir além da afirmação de que a vida é em geral um bem jurídico superior à integridade pessoal.

Mas além desta, a dignidade humana desempenha, como vimos, uma função prática de carácter eminentemente procedimental e deontológico (não consequencialista), reportada ao desvalor próprio da acção, não ao desvalor das suas consequências.⁶⁸ É como interdição da acção coisificadora que a dignidade humana funciona como válvula de segurança da justificação do facto, sem menoscabo da ponderação de interesses que é própria desta. Quer na legítima defesa, por interdição da própria acção defensiva, quer no direito de necessidade, por não ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse, a dignidade humana constitui um limite à exclusão da ilicitude do facto. 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.

dignidade, a ordem jurídica tem de se colocar sempre do lado dos ameaçados e contra o agressor; RAINER TRAPP, *Wirklich 'Folter' oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?*, in WOLFGANG LENZEN (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?*, ed. Mentis, 2006, p. 95 e ss.; DIETER BIRNBACHER, *Ethisch ja, rechtlich nein – ein faular Kompromiss? Ein Kommentar zur R. Trapp*, in WOLFGANG LENZEN (Hrsg.), *ob. cit.*, p. 137 e ss.; LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, § 32 n.º 17 a, defendendo que o argumento da dignidade humana do torturado não impede a aplicação do § 32 do StGB porque a isso se opõe a dignidade humana da vítima sequestrada que morre num subterrâneo.

⁶⁶ Neste sentido, CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 16 n.º 95 e s.; AUGUSTO SILVA DIAS, *Os criminosos são pessoas?*, p. 642 e s. Sobre o significado de consequencialismo, que aqui empregamos, v. WEYMA LÜBBE, *Konsequenzialismus und Folter*, in WOLFGANG LENZ (Hrsg.), *Ist Folter erlaubt?*, p. 72 e ss.; FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 37 nota 15; JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 32 e s., convocando a tradição de *On torture* de BENTHAM.

⁶⁷ Deste modo, muito especialmente CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 16 n.º 95 e s.

⁶⁸ Neste sentido, muito claramente, v. KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 104 e s., referindo-se, contudo, apenas à adequação do meio e não a toda a acção; LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción*, p. 16 e ss.

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 garante⁶⁹ 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. Nem se diga, como faz ERB, que desse modo o poder público pactua com o ilícito, porque ninguém está a defender a impunidade do terrorista ou sequer do detentor de informações.

Quanto ao argumento da ideologia totalitária, igualmente avançado por ERB, qualquer pessoa minimamente atenta à história sabe que só geram totalitarismos e fundamentalismos princípios gerais e ideias que restringem o exercício de direitos e liberdades. Proclamações abstractas e intransigentes de uma certa concepção do bem, tenha ela por base o decálogo, a superioridade da raça, a «ideia Zuke», ou simplesmente o primado abstracto da vida, perante a qual a liberdade dos cidadãos deve ceder, é que estão na génese das ideologias

⁶⁹ A posição de garante tem aqui por fonte a protecção institucional decorrente do exercício de funções públicas.

totalitárias. Não seguramente princípios, regras ou proibições – como a da tortura – cujo sentido prático profundo é o da rejeição de qualquer forma de aviltamento ou coisificação do ser humano, seja ele quem for e seja qual for a concepção do bem que perflhe, pela razão singela de que aqueles potenciam ou maximizam os espaços de liberdade dos cidadãos.

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 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. 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.⁷⁰ 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. Servem como exemplo destes a narcotização de três indivíduos pelo dono de uma estalagem que os ouve planear 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.⁷¹ O emprego de tortura para localizar *ticking time bombs* reconduz-se sem esforço à constelação da realização antecipada da acção de defesa.

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,⁷² 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

⁷⁰ Sobre esta distinção v., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 15/§ 13 e s.

⁷¹ Opõem-se ao tratamento destes casos como legítima defesa ou «situação análoga à legítima defesa» STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, AT, I*, § 9 n.º 66; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 15/§ 13, considerando, porém, existir um «direito de necessidade subsidiário» ou um «direito de necessidade defensivo», que não vislumbramos por falta de actualidade do perigo – para mais detalhes sobre o problema da actualidade v. *infra*.

⁷² V. LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, 26ª ed., 2007, § 32, n.º 17a.

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. 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.

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.⁷³ O terrorista *T* coloca uma bomba num estádio de futebol superlotado que explodirá dentro de 10 minutos. O médico *O*, um especialista em acupunctura, 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 acupunctura, 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.⁷⁴

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

⁷³ V. *Studienkommentar StGB*, 7ª ed., ed. Beck, 2007, § 32 ns. 42 e 43.

⁷⁴ V. *Studienkommentar StGB*, § 32, ns. 42 e 43.

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.⁷⁵ 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.⁷⁶ 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.⁷⁷

É certo que o conceito de tortura, quer nas Convenções internacionais, quer no CP, limita quase exclusivamente a sua comissão a funcionários. A «tortura» infligida por privados é tratada juridicamente através do crime de coacção.⁷⁸ Mas já é duvidoso que esteja justificada a sujeição de alguém ao suplício das unhas ou ao *waterboarding* por um particular (ou de um funcionário fora do exercício de funções). A proibição fundamental da coisificação do outro, decorrente do princípio da dignidade humana, não vincula só o Estado, mas também os particulares.⁷⁹ Acaso seria justificável a inflicção dos tormentos referidos a um membro de uma organização mafiosa por membros de uma organização rival para saber onde estão detidos correligionários seus e os salvar da morte certa? A meu ver, verifica-se em situações deste género, por intervenção do princípio da dignidade da pessoa, a censurabilidade da relação meio coactivo-fim visado, cuja falta vem prevista na al.a) do n.º 3 do art. 154.º do CP como correctivo da ilicitude da coacção.⁸⁰ O meio empregado choca frontalmente com um valor fundamental da ordem jurídica democrática.

⁷⁵ V. *Studienkommentar StGB*, § 32, n.º 37.

⁷⁶ V. *Studienkommentar StGB*, § 32, n.º 37.

⁷⁷ V. *Studienkommentar StGB*, § 32, n.º 44.

⁷⁸ Por isso discordo de RUI PEREIRA, *Sobre o crime de tortura no Código Penal português*, in GUEDES VALENTE (coord.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, ed. Almedina, 2004, p. 303 nota 37, quando defende que o crime de tortura é um crime específico próprio. Para mais detalhes v. *infra*.

⁷⁹ De outro modo, o tópico da dignidade humana não seria utilizável, por exemplo, na discussão bioética sobre a validade da clonagem reprodutiva e da experimentação com embriões para fins de investigação científica – v. sobre o tema, AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal*, p. 85 e ss.

⁸⁰ Sobre a violação da ordem jurídica como critério de censurabilidade do meio coactivo e, por via dele, da relação meio-fim, v. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 240 n.º 19; WOLFGANG JOECKS, *Studienkommentar StGB*, § 240, n.º 37. Sobre a qualificação dogmática

Por outro lado, a «separação de funções» a respeito da qualidade em que o agente actua presta-se a um certo travestimento de papéis que pode conduzir a uma relativização perigosa da proibição da tortura. Suponhamos, agudizando o problema, que o polícia *A* interroga normalmente o suspeito agressor em instalações próprias e dentro das horas de serviço, mas como ele lhe dá sistematicamente informações falsas acerca do paradeiro da bomba, submete-o a tortura fora das instalações da esquadra, quando está de folga. Acaso a tortura se transmuta aqui em vulgar coacção, como se de um facto cometido por um particular se tratasse? A circunstância de o comportamento de *A* permanecer dentro do âmbito da punibilidade, pois, como vimos, a tortura cometida por particulares é um facto punível, não deve fazer esquecer que a alteração da qualificação do comportamento, devida à alteração do papel, lhe retira a carga ética que continua – deve continuar– a ter. Há três estratégias principais de neutralização do desvalor ético da tortura que são abertamente de recusar: uma invoca o estado de excepção, a necessidade de reagir perante a iminência de um dano catastrófico, sublinhando o «escândalo ético» que seria impor às centenas ou milhares de pessoas ameaçadas o dever de tolerar a destruição da sua própria existência;⁸¹ outra, mais perversa, preconiza o emprego de métodos de tortura «indolores», do género «pílula da verdade», com o intuito de abolir no torturado a «dimensão humana do próximo»⁸² e de radicalizar nele a dimensão objectual, pois a «eliminação» do sofrimento derruba a última barreira à manipulação total; a última, mais subreptícia, despe o torturador das vestes públicas e, conseqüentemente, retira de cena a proibição da tortura e o Estado que a promove, varrendo para debaixo do tapete os reais problemas que a tortura suscita. Não é demais lembrar que na tortura não está em jogo a apreciação do comportamento humano individual em situações excepcionais mas sempre a apreciação da legitimidade da intervenção estatal em tais situações.⁸³ As relevantes implicações ético-políticas que este aspecto tem e que se manifestam tanto nas proclamações de Direito Internacional e de

da cláusula de censurabilidade como uma causa especial de exclusão da ilicitude da coacção, na doutrina portuguesa, v. TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. I, Coimbra Editora, 1999, anots. art. 154º § 26.

⁸¹ Deste modo, VOLKER ERB, *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 35; criticamente, LUÍS GRECO, *Las reglas detrás de la excepción*, p. 9 e ss.

⁸² V. SLAVOJ ZIZEK, *Violence*, p. 38, designando esta estratégia como *abolition of the dimension of the neighbour*.

⁸³ Alertam para este aspecto HEINER BIELEFELT, *Die Absolutheit des Folterverbots*, p. 111; CORNELIS PRITTWITZ, *Strafwürdigkeit und Strafbarkeit von Folter*, p. 523, onde afirma que enquanto o agente policial que se defende pessoalmente de uma agressão não realiza nenhuma tarefa policial, o mesmo não sucede quando cuida da defesa de terceiros; CHRISTIAN JÄGER, *Das Verbot der Folter*, p. 546 e s., para quem o funcionário, no exercício de funções, actua sempre em nome do Estado; também JEREMY WALDRON, *Torture and positive law*, p. 12 e s., defende que

Direito interno contra a tortura, como nos termos da sua punibilidade, bastam para exigir a maior cautela na qualificação da qualidade ou do papel do agente: importante é – também aqui – não o papel formal, mas o papel substancial em que o agente actua. É necessário apurar se, no contexto da acção, vigoram ou não as expectativas comunitárias acerca de uma actuação correcta dos poderes públicos, isto é, se é abalada ou não a relação de confiança dos cidadãos nos procedimentos da autoridade estatal.

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.⁸⁴ Pode pensar-se, é certo, na possibilidade de aplicação do art. 34º do CP quando à tortura é submetido, por exemplo, um familiar ou amigo⁸⁵ do suspeito de

enquanto para o particular vale o lema: «tudo o que não é expressamente proibido é permitido», para o agente da autoridade a regra é outra: «tudo o que não for explicitamente autorizado é proibido».

⁸⁴ Outro entendimento tem, erradamente, KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 102 e ss., ao tomar o caso *Daschner* (v. *infra*) como um problema de estado de necessidade justificante. No entanto, já o tiro da polícia sobre o raptor para salvar o refém que é por ele ameaçado com uma arma de fogo (conhecido na doutrina por caso do «tiro final salvador») é tratado pelo autor como um caso de auxílio necessário – v. p. 104; parece partilhar deste entendimento VOLKER ERB, *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 21. Não me ocuparei aqui da questão, mas não vejo razão para qualificar como legítima defesa apenas a reacção contra um agressor plenamente identificado mas já não a reacção contra pessoa suspeita de estar a cometer a agressão. Não haverá legítima defesa quando A impede B de fazer um levantamento de dinheiro numa caixa ATM porque suspeita que este está a utilizar (indevidamente) o seu cartão de débito, que havia desaparecido? Ou quando A se lança sobre B porque lhe parece que o objecto que este tem na mão é o detonador com que será accionada a bomba que um aviso faz temer que tenha sido instalada num centro comercial? Se a suspeita não se confirmar A incorre em erro sobre um elemento objectivo da legítima defesa ou estará a actuar em direito de necessidade?

⁸⁵ Não subscrevo a posição de RUI PEREIRA segundo a qual o tipo do art. 243º do CP delimita o círculo das vítimas da tortura através da referência a «pessoa detida ou presa» – v. *Sobre o crime de tortura*, p. 302 e s. – pelo que o sofrimento imposto a uma testemunha durante uma inquirição ou a uma pessoa que visita um recluso permaneceriam atípicos (de forma geral, porque, para o autor em causa, a tortura é um crime específico próprio). Bem sei que a redacção do tipo se presta a essa leitura pois os verbos torturar ou tratar de forma cruel, por força da partícula «a», parecem referir-se a «pessoa detida ou presa». Mas a interpretação não é um puro exercício gramatical e há elementos típicos que impõem uma interpretação diferente. Se o tipo exigisse uma tal qualidade à vítima, uma parte do mesmo careceria de sentido pois, no âmbito da prevenção, perseguição ou investigação de infracções contra-ordenacionais ou disciplinares não há pessoas detidas ou presas. Os adjectivos «detida ou presa» apenas qualificam a vítima quando o agente tem por função «a protecção guarda ou vigilância», valendo para as restantes situações apenas o substantivo «pessoa». Deste modo, se uma autoridade administrativa impuser sofrimento a um empresário para ele revelar onde guarda a documentação que pode provar ter cometido uma contra-ordenação, verifica-se tortura de uma «pessoa» à luz do nº 1 do art. 243º. Mas mesmo que assim não fosse, o nº 1 não distingue consoante a detenção ou prisão é legal ou ilegal e não é possível submeter uma pessoa a tormentos sem

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. 34^o).⁸⁶ 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. 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 outra⁸⁷ ou extrair coactivamente sangue a alguém para salvar outro através de uma transfusão,⁸⁸ 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.

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 instante⁸⁹) 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

previamente a deter, isto é, sem a privar da liberdade. Neste sentido, sempre que há tortura há (pelo menos) «pessoa detida».

⁸⁶ Contra a tortura do terceiro inocente é inclusive DERSHOWITZ, *The torture warrant*, p. 291 e s., convocando em seu apoio BENTHAM, outro defensor da tortura para salvaguarda da «felicidade» do maior número. Sobre o tema, v. *infra*.

⁸⁷ Neste sentido, v. CLAUD ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 16 n^o 96; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 34 n^o 41 e; ULFRID NEUMANN, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 34, n^o 118; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 16/§ 16.

⁸⁸ Neste sentido, KLAUS GÜNTHER, *Darf der Staat foltern?*, p. 105; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 34 n^o 41 e; ULFRID NEUMANN, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 34, n^o 118. De outro parecer são FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 16 /§ 16, alinhando pela posição de ROXIN; MARIA FERNANDA PALMA, *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, vol.I, ed. AAFDL, 1990 p. 450 nota 13.

⁸⁹ Serve de exemplo o perigo de desabamento de uma casa em ruínas – v. ULFRID NEUMANN, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 34, n^o 57.

o da «necessidade da acção imediata» e de promover, nesta base, uma certa fungibilidade com a legítima defesa.⁹⁰ ULFRID NEUMANN⁹¹ 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. Não sendo este o lugar adequado para aprofundar o tema, posso admitir que a actualidade da agressão no quadro do art. 32⁹² não tem de coincidir com a actualidade do perigo no âmbito do art. 34⁹³, 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.⁹² 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.⁹³

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. O argumento de DERSHOWITZ de que a eficácia da tortura para alcançar a informação verdadeira é comprovada historicamente pelo facto de os Nazis terem conseguido por essa via elementos que lhes permitiram neutralizar a resistência francesa,⁹⁴ além de inqualificável, é falso. Em boa verdade, a resistência francesa não só não foi neutralizada, como não era esperado que ela pudesse ter mais sucesso do que aquele que teve, pois a sua função não era derrotar militarmente o exército alemão mas desgastar as suas fileiras e manter viva a chama da libertação nacional.

⁹⁰ V. ULFRID NEUMANN, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 34, n.º 57; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 34, n.º 17; VOLKER ERB, *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 21 nota 2; CHRISTIAN JÄGER, *Das Verbot der Folter*, p. 552, reportando-se, contudo, ao excesso de defesa e ao estado de necessidade desculpante.

⁹¹ V. *Nomos Kommentar zum StGB*, § 34, n.º 57.

⁹² Contra a criação desta figura se pronuncia igualmente FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 16/§ 8.

⁹³ Neste sentido também CURADO NEVES, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, 2006 (tese de doutoramento em curso de publicação), p. 759 e ss., referindo-se a um caso idêntico decidido pelo Tribunal da Relação de Évora em 1977.

⁹⁴ V. *Wall Street Journal* de 7 de novembro de 2007.

6 6 Diferenças entre duas situações de necessidade: a tortura para neutralizar a *ticking time bomb* e o abate do avião sequestrado por terroristas para ser usado como arma contra alvos civis

O tratamento jurídico diferenciado do emprego de tortura para salvar vidas humanas de uma bomba terrorista e do abate do avião sequestrado por terroristas e usado como arma contra alvos inocentes não é de entendimento fácil nem pacífico. O confronto entre as duas situações tanto pode fazer-se pelo lado dos agressores (os terroristas que sequestraram o avião ou que colocaram a bomba) como pelo lado dos terceiros que são alvo da acção de necessidade (os tripulantes e passageiros do avião sequestrado ou os meros possuidores de informação). No estudo anterior tratei da justificação da morte destes e no presente em especial da tortura daqueles outros. A diferente ordem de problemas e o distinto enquadramento jurídico de um e outro caso dificultam a sua comparação. Por isso, 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. 32^o se considerarmos que a tortura do detentor de informações o está pelo art.^o34, tendo em conta que os pressupostos de relevância desta causa de justificação são mais apertados do que os daquela.

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. 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),⁹⁵ por maioria de razão, o suplício da água, das unhas, dos electrochoques, ou outros, para salvar a vida das vítimas potenciais da bomba?

⁹⁵ A diferença de tipo justificador explica-se pela circunstância de no caso da morte dos passageiros e tripulantes os poderes públicos reagirem defensivamente a um ataque perpetrado por terroristas através da destruição da fonte de perigo – o avião – e no caso da tortura do possuidor de informações salvadoras sacrificarem o bem jurídico de alguém comprovadamente alheio à fonte de perigo. Creio que esta diferença não prejudica, todavia, a comparação entre os dois casos.

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 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.

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».⁹⁶ 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

⁹⁶ V. *Os criminosos são pessoas?*, p. 643.

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 subjugadas 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.

Como reconhece DERSHOWITZ,⁹⁷ a tortura possui uma «estética» que a diferencia da morte súbita dos passageiros e tripulantes do avião sequestrado: uma estética do tormento programado, «que viola o nosso sentido do que é aceitável». Além disso – não é demais repetir – a tortura produz efeitos altamente corrosivos do princípio da dignidade da pessoa e da estrutura normativa de um Estado de Direito Democrático. Por isso, a sua inflicção não só tem lugar à revelia daqueles princípio e estrutura normativa, como não encontra arrimo numa ética das razões para agir em que a justificação consiste. É que tais razões para agir têm de estar em sintonia com a ordem jurídica na sua totalidade, cuja unidade de sentido radica precisamente no princípio e na ordem normativa mencionados. Eis porque a justificação do facto não pode aqui prescindir e muito menos ultrapassar o plano do procedimento e da acção.

⁹⁷ V. *Why terrorism works*, p. 155. Além deste aspecto «estético», DERSHOWITZ pretende distinguir o caso da tortura em cenário de *ticking time bombs* do caso do abate do avião sequestrado com base em outros dois: primeiro, o abate do avião, embora trágico, não é uma situação que se repita; segundo, no avião viajam pessoas com as quais nos identificamos ao passo que o torturado é alguém com o qual pouco ou nada temos a ver – por isso o risco de tomar uma decisão errada ou de cometer um excesso é maior na tortura, já que nos preocupamos menos com «eles» do que com os «nossos». Não quero negar a relevância sociológica e psicológico-social destas diferenças, mas considero que não é nelas que a distinção essencialmente assenta.

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.

7 Merece alguma indulgência o torturador? O caso *Daschner*

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*, decidido pelo Tribunal de Frankfurt por sentença de 20 de Dezembro de 2004,⁹⁸ que tem suscitado acesa polémica na doutrina alemã ao ponto de ROXIN⁹⁹ 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

⁹⁸ Publicada em NJW, 2005 n.º 10, p. 692 e ss.

⁹⁹ V. *Rettungsfolter?*, p. 205.

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* declarou-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.º 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 meio¹⁰⁰ 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 meio necessário naquele e o meio adequado neste tipo justificador (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. 35.º 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

¹⁰⁰ Não existindo no § 34 do StGB requisito idêntico ao da al.c) do art. 34.º do CP, a doutrina e a jurisprudência alemãs tratam as questões do dever de tolerância do visado pela acção de necessidade através da parte final daquele § que sujeita a eficácia justificante do direito de necessidade à comprovação de que «...o facto é um meio adequado para afastar o perigo» – v. por todos, FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 49, referindo-se à estrutura deontológica da cláusula de adequação e ao compromisso entre deontologia e consequencialismo na regulação do direito de necessidade.

¹⁰¹ V. NJW, 2005, p. 693 e s.

¹⁰² V. CLAUD ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 22 n.º 166 e ss.; CHRISTIAN JÄGER, *Das Verbot der Folter*, p. 550.

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.¹⁰³

Segundo LACKNER e KÜHL¹⁰⁴ 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,¹⁰⁵ 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»¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ 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».^{108, 109}

Na resposta às questões que abrem o presente ponto 7. 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

¹⁰³ V. NJW, 2005, p. 695.

¹⁰⁴ *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 32 nº 17a.

¹⁰⁵ Diverge da posição do Tribunal quanto à realização do § 343, FRANK SALIGER, *Absolutes im Strafprozess?*, p. 62.

¹⁰⁶ O § 240 nº 4 obedece à técnica dos exemplos-padrão.

¹⁰⁷ V. NJW, 2005, p. 695 e s. As atenuantes posteriores ao facto tidas em conta pelo Tribunal foram a elevada mediação do caso antes e durante o processo, com o desgaste e a estigmatização inerentes para os arguidos e respectivas famílias; a longa duração do processo; e as consequências ao nível profissional, designadamente a transferência para os serviços de polícia de outra cidade.

¹⁰⁸ V. NJW, 2005, p. 696. Entendeu ainda o Tribunal que razões de prevenção especial e geral confirmam e respaldam a solução punitiva encontrada.

¹⁰⁹ V. também CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 22, nº 169, um dos poucos autores que adere por inteiro à decisão do Tribunal de Frankfurt.

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,¹¹⁰ 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).

Alguns autores têm testado hipóteses de desculpa em casos idênticos, tanto no quadro do estado de necessidade desculpante suprallegal,¹¹¹ como no quadro do excesso de defesa desculpante.¹¹² Mas antes de analisar a pertinência destas causas de desculpa, há um par de questões prévias que urge resolver. Primeiro, interessa saber se não podendo quem actua no exercício de funções públicas invocar as causas de justificação gerais, pode, no entanto, apoiar-se nas causas de exculpação comuns. Segundo, caso a resposta à questão anterior seja afirmativa, há que indagar por que via ou modo opera a desculpa. Separando, por exemplo, 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? Por fim, é necessário analisar se a desculpa está dependente da singularidade e irrepetibilidade do caso, por razões que se prendem com a necessidade de preservar o efeito preventivo-geral da proibição de tortura.

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

¹¹⁰ Há razões que militam a favor da equiparação entre a tortura infligida e a tortura ameaçada no Direito Penal Português. Se a ameaça de tortura, pela forma como é cometida e encenada (na presença de um médico, de instrumentos de tortura, etc.), provocar no visado sofrimento psíquico grave (ansiedade, *stress*, terror), cabe na definição do art. 243 do CP (acima reproduzida) e constituirá tortura consumada. Se assim não for, sobra a possibilidade de realização do crime de tortura na forma tentada. Note-se que no período inquisitório a *territo verbalis* representava o início da execução do tormento – v. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, p. 128 e s.; FRANK SALIGER, *Absolutes in Strafprozess?*, p. 41 e s.

¹¹¹ V. CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, § 22, n.º 166 e ss., chamando-lhe, em consonância com a autonomização da responsabilidade como categoria dogmática, «causa de exclusão da responsabilidade suprallegal».

¹¹² V. CHRISTIAN JÄGER, *Das Verbot der Folter*, p. 551 e ss.

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. Recorrendo à síntese de FERNANDA PALMA,¹¹³ «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». 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. 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.

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

¹¹³ v. *O princípio da desculpa em Direito Penal*, ed. Almedina, 2005, p. 150 e ss.; v. ainda sobre a distinção entre exclusão da ilicitude e exclusão da culpa, KLAUS GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, ed. Klostermann, 2005, p. 202 e ss., apoiando-se nos trabalhos de SCOTT e LYMAN e de SYKES e MATZA; AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos emergentes do Direito Penal*, p. 174 e ss.

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 direção policial que lhe incumbiam.

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.¹¹⁴ 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 pautar pelos deveres que regulam a função que desempenha, mas não para além do limite da resistência humana a situações extremas. 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 coriácea 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.

A respeito da última questão atrás enunciada, ROXIN¹¹⁵ pronuncia-se contra uma solução de desculpa no caso *Daschner*, entre outras razões, porque, não se tratando de um caso-limite singular, mas de um caso «não atípico» de rapto, uma absolvição do agente conduziria a uma perda de eficácia geral preventiva da proibição de tortura. Abstraindo uma vez mais de pormenores

¹¹⁴ Deste modo, CHRISTIAN JÄGER, *Das Verbot der Folter*, p. 551 e s.; FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, p. 174 e ss.

¹¹⁵ V. *Strafrecht, AT, I*, § 22 n.º 169 e s.

do caso concreto, até porque ROXIN vale-se do mesmo argumento a propósito da tortura em situação de *ticking time bomb*,¹¹⁶ não me parece convincente esta posição. Não sendo este o lugar adequado para aprofundar as minhas objecções, apresentá-las-ei de um modo sucinto e um tanto apodíctico.

Em primeiro lugar, como notou CHRISTIAN JÄGER,¹¹⁷ a singularidade do caso é um elemento demasiado aleatório para fazer depender dele uma solução jurídica. Não é verdade que cada caso é um caso e que podem encontrar-se sempre razões para considerar um caso ímpar na sua configuração especial e generalizar, por essa via, a desculpa em situações de tortura? Depois, é aceitável porventura que a desculpa de um caso de tortura para evitar a morte de centenas ou milhares de pessoas em consequência da deflagração de uma bomba dependa da previsão acerca da repetição ou não de ataques terroristas desse género no futuro? 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. Um recurso pródigo à desculpa, através, por exemplo, de uma criação livre de causas de desculpa supraleais ou de uma aplicação analógica pouco criteriosa das causas de desculpa, chocaria com as necessidades de estabilização contrafáctica das normas, de reforço dos bens jurídicos na consciência colectiva ou, se se preferir, de segurança da colectividade. Esse conflito entre razões de desculpa e razões de prevenção geral obriga a ponderar com cautela, em cada caso, os fundamentos e as consequências da absolvição do agente, mas não desemboca necessariamente na sua condenação, ou seja, no «triunfo» das exigências de prevenção. Não, designadamente, quando uma condenação desconsidere os

¹¹⁶ V. *Strafrecht, AT, I*, § 22 n.º 167 e s.

¹¹⁷ V. *Das Verbot der Folter*, p. 551.

limites da capacidade pessoal de reagir e se orientar em situações dramáticas em conformidade com o Direito, ou seja, quando ignore a condição humana do sujeito. 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».¹¹⁸

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 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?

Uma vez clarificados os fundamentos da desculpa e a possibilidade da sua presença em casos como o que estou analisando,¹¹⁹ há que verificar se tais fundamentos têm concretização num tipo desculpante, mais precisamente num dos previstos nos arts.33º e 35º do CP. Uma vez mais por razões de prevenção geral positiva do sistema penal não é aceitável uma generalização de situações desculpantes, como a que resultava da cláusula de inexigibilidade prevista no art. 45º do Projecto de CP de 1963, da autoria de EDUARDO CORREIA. Daí a necessidade de concentrar a desculpa em torno dos tipos desculpantes previstos no CP ou em outros pontos da ordem jurídica. *Brevitatis causa*, sou de opinião de que não se verifica no caso *sub judice* nem um estado de necessidade desculpante, nem um excesso de legítima defesa com o mesmo efeito.

¹¹⁸ V. *Strafrecht, AT, I*, § 22, nº 168.

¹¹⁹ Note-se que a posição aqui tomada não dista, no resultado, da de ROXIN, de JÄGER (como veremos) e do Tribunal de Frankfurt. Este considerou, como vimos, que *Daschner* se encontra próximo de uma situação de desculpa.

Não se verifica o estado de necessidade desculpante do n^o 1 do art. 35^o,¹²⁰ porque o caso em análise não é de estado de necessidade. ROXIN tem a este propósito uma posição que considero pouco compreensível. Depois de rejeitar a aplicação do auxílio necessário e ao testar a pertinência do estado de necessidade justificante a situações de tortura, o autor¹²¹ altera intencionalmente o *case study*, substituindo o caso *Daschner* pelo exemplo da tortura infligida a terroristas presos para localizar e salvar reféns feitos pela organização terrorista a que pertencem e por esta ameaçados de morte se o poder público não libertar os correligionários detidos. Ao enunciar os bens jurídicos em colisão, ROXIN afirma que de um lado está a vida dos reféns e do outro «a integridade física e a dignidade humana dos terroristas, que não estão inocentes na criação da situação de necessidade ...».¹²² Mas já quando analisa a aplicabilidade do estado de necessidade desculpante (supralegal) o autor dá o exemplo da *ticking time bomb* e acrescenta que o torturado é um dos que coloca a bomba (*Bombleger*) e que «... a lesão do bem jurídico é provocada não a um terceiro alheio à situação (*Unbeteiligten*), mas a alguém que com uma probabilidade raiando a certeza criou o perigo a afastar».¹²³ Resumindo, no quadro do estado de necessidade justificante o agente não pode ser agressor, embora não tenha de ser pessoa estranha à situação de necessidade, mas já no do estado de necessidade desculpante o agente não só pode como convém que seja agressor. Como atrás creio ter deixado claro, sempre que o destinatário da acção é alguém que com forte probabilidade raptou ou colocou a (ou participou directamente na colocação da) bomba, estamos perante uma agressão que será actual (no caso do rapto por existir uma agressão duradoura ao bem jurídico, no caso da bomba se as informações disponíveis apontarem para o seu rebentamento iminente) e ilícita e não perante um perigo criado por outros ou por acidente. O contexto da análise é, pois, de legítima defesa e não de estado de necessidade justificante ou desculpante. 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.

¹²⁰ Tendo em conta a configuração do tipo desculpante do n^o 1 do art. 35 do CP não faz sentido recorrer à figura do estado de necessidade desculpante supralegal convocada ao presente contexto por ROXIN e outros autores. Diferentemente do preceito homólogo do StGB, dos elementos daquele não faz parte a relação de parentesco ou de proximidade entre o agente e os bens jurídicos da pessoa ameaçada.

¹²¹ V. *Strafrecht, AT, I*, § 16, n^o 96.

¹²² V. *Strafrecht, AT, I*, § 16, n^o 96.

¹²³ V. *Strafrecht, AT, I*, § 22, n^o 167.

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.¹²⁴ 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.

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,¹²⁵ 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.

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.¹²⁶ Em ambos

¹²⁴ V. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 15/§ 26 e s. e 22/§ 34.

¹²⁵ V. *O princípio da desculpa em Direito Penal*, ps. 144 e ss. e 232. No sentido oposto, defendendo uma concepção restritiva da desculpa, limitada às situações tipificadas legalmente, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG, I*, 22/§ 12.

¹²⁶ A aplicação analógica do excesso de defesa desculpante é o recurso utilizado também por CURADO NEVES para solucionar casos pontuais de morte do tirano doméstico pela mulher oprimida determinados por estados de afecto (medo, desespero, etc.) cuja irrupção é imputável àquele – v. *A problemática da culpa*, p. 767 e ss. A mesma solução é defensável para casos de excesso de defesa putativo em que o excesso e a perturbação, medo ou susto que lhe subjaz tenham sido determinados, por exemplo, por uma representação errónea, mas não censurável (isto é, não imputável ao agente

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 afitivo 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.

Não me parece convincente a posição de JÄGER que faz depender a aplicação do excesso de defesa da circunstância de o torturado contestar a autoria dos factos de que é suspeito ou de se ufanar que os praticou e tem nas mãos a vida de centenas ou milhares de pessoas. É certo que a atitude provocatória do raptor ou do terrorista, sobretudo se mantida ao longo de muitas horas de tensão, pode precipitar a «explosão de nervos» do agente da autoridade que receia pela vida das pessoas ameaçadas e que não encontra outra saída para as salvar, mas essa atitude também pode ser revelada pelo suspeito que, contra todas as evidências, se instala ludicamente na situação, por exemplo, dando informações falsas sobre os factos (como sucedeu no caso *Daschner*). Decisivo para a aplicação analógica do nº 2 do art. 33º é saber em que medida o descontrolo emocional do agente que conduziu ao excesso se deve à tensão gerada pela situação de necessidade, à fadiga causada pelo arrastar dos acontecimentos, ao receio pela vida das pessoas que se encontram em perigo e também à atitude do suspeito. Quanto mais o estado psíquico do agente for explicável por estoutros factores, menos censurável será o medo que o domina e mais desculpável será o seu comportamento. Porque menos resistência a um tal estado oporia uma pessoa do seu tipo social.

Não se verificando este cenário, sobra ainda a possibilidade da atenuação especial da pena nos termos dos arts. 33º nº 1 e 73º do CP, porque, como disse, há uma certa continuidade ou gradualidade entre a desculpa e a diminuição especial ou sensível da culpa em que se estriba aquela atenuação.

a título de negligência) da agressão – neste sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch Kommentar*, § 33 nº 8; FELIX HERZOG, *Nomos Kommentar zum StGB*, § 33 nº 16, limitando, contudo, a analogia aos casos em que o agressor é o único responsável pelo erro do defendente.

8 Conclusão

Por todas as razões expostas concluo que a tortura deve permanecer proibida em qualquer circunstância. A justificação de tal prática é liminarmente de rejeitar e a desculpa do agente só é aceitável em casos muito especiais, de feição trágica, que não correspondem de modo algum à tortura organizada e ritualizada. À pergunta que serve de título ao presente estudo respondo quebrando a disjuntiva: ao torturar o «inimigo», ainda que com os propósitos mais louváveis, o que se faz afinal é libertar da garrafa o génio do mal. Uma vez solto, não se sabe onde parará a sua influência maléfica, nem quando voltará a ser encerrado na garrafa. São incertezas bastantes, em meu entender, para não se encetar a experiência. É em tempos conturbados, como o que vivemos, quando as restrições usuais aos impulsos mais primitivos esmorecem, que mais sentido faz e mais útil é a contenção perante métodos que a modernidade condenou e enterrou.

Reforço esta conclusão com palavras de um antepassado e de um contemporâneo. O antepassado, CESARE BECCARIA, afirmava, há mais de 240 anos, que «a única diferença entre a tortura e as provas de fogo e da água fervente {chamados ordálios ou juízos de Deus} é que o êxito da primeira parece depender da vontade do réu e o da segunda de um facto puramente físico e extrínseco; mas esta diferença é apenas aparente e não real. É tão difícil dizer livremente a verdade entre os espasmos e os suplícios, quanto o era evitar sem fraude os efeitos do fogo e da água fervente».¹²⁷ O contemporâneo, SLAVOJ ZIZEK, referindo-se à tortura, sublinha que «só ... na própria incapacidade e interdição de elevar o que fazemos ao estatuto de princípio universal, ... podemos conservar o sentido da culpa, a consciência do carácter inadmissível do que fizemos».¹²⁸ É este grande interdito que explica o arrepio e incredulidade por muitos sentidos ao lerem a manchete de uma edição, não muito antiga, do *New York Times* que servia ao mesmo tempo de legenda às célebres fotos tiradas nas celas de Abu Graib: «*Estas fotos somos nós*».

¹²⁷ V. *Dos delitos e das penas* (1764), ed. Gulbenkian, 1999, p. 95.

¹²⁸ V. *Bem-vindo ao deserto do real*, p. 132.