

(IN)ADMISSIBILIDADE DA TORTURA NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

ANA BEATRIZ SANTOS MARTINS

Doutoranda em Direito e Segurança
Colaboradora do CEDIS

RESUMO

A garantia da segurança pública e individual, seja por ação ou por omissão, é um dever dos Estados de Direito. Assim, e face ao aumento do terrorismo, e principalmente após o ataque do 11 de setembro, a tortura como meio de obtenção de prova, especialmente nestes casos, tem-se constituído como um perigo real no quotidiano das sociedades, mesmo em situações limite e em países civilizados, uma vez que vários Estados de Direito têm recorrido a medidas não conforme, por forma a garantir o dever de Proteção dos cidadãos. Como tal, e apesar de se defender uma refutação total da utilização de tortura, o presente relatório terá como objetivo abordar os instrumentos nacionais e internacionais que regulam os Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e, em especial, a tortura, bem como analisar os argumentos que têm sido utilizados por diferentes autores, com diferentes pontos de vista, sobre esta problemática.

PALAVRAS-CHAVE

Tortura; Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Direito Internacional; Direito Constitucional; Portugal

Introdução

A tortura é, de facto, contrária a todas as leis internacionais relevantes, incluindo as leis de guerra, facto que não pode ser negado ou contrariado. Efetivamente, nenhuma outra prática, com exceção da escravidão, é tão universal e unanimemente condenada na lei e nas convenções humanas. No entanto, ao contrário da escravidão, que ainda é praticada, mas afeta relativamente poucas pessoas, a tortura é uma prática generalizada e em crescimento. De acordo com a Amnistia Internacional, há variados governos que voltam agora a recorrer a algum tipo de tortura - incluindo governos que são amplamente considerados como civilizados - e há, também, governos que dependem fortemente da tortura para a sua sobrevivência (Shue, 1978). Os atos de tortura em apreço estão inevitavelmente associados a crimes em níveis mais altos da hierarquia, onde ordens são emitidas, políticas são formuladas e a atmosfera propícia para atos de tortura é criada (Kelman, 2005).

O regresso da tortura à discussão pública deve-se, principalmente às recentes propostas de política que têm surgido na luta contra o terrorismo e que estão a levar as violações dos direitos humanos a um nível até agora inimaginável, no sentido em que vários países têm recorrido à tortura como estratégia oficial de recolha de informações na guerra contra o terrorismo. Ao mesmo tempo, a sociedade, em razão do medo e do terror que esses atos provocam, tem

demonstrado uma tolerância e uma aceitabilidade crescentes em relação à tortura de suspeitos de terrorismo (Jackson, 2007).

Por exemplo, já após a elaboração de Convenções contra a tortura e de declarações de direitos humanos, sobretudo depois do 11 de setembro de 2001, e como resultado do surgimento de um sistema penal baseado na retribuição e na prevenção geral, com um conseqüente alargamento do controlo absoluto sobre os indivíduos, tem havido um crescente debate acerca da conveniência de atenuar as proibições internacionais e constitucionais, especialmente na “guerra” contra o terrorismo (Gathii, 2003; Waldron, 2005; Esteves, 2019). Infelizmente, não se trata apenas de um fenómeno de terceiro mundo, uma vez que o uso da tortura, nos últimos anos, tem desfigurado políticas de segurança de variados países, inclusive países desenvolvidos (Waldron, 2005). Por exemplo, vários juristas têm sugerido que os EUA, uma das maiores potências a nível mundial, poderiam instituir um sistema de mandados de tortura judicial para permitir o interrogatório coercitivo nos casos em que pudesse render informações que salvariam vidas, começando, assim, a surgir argumentos de que, em certos casos extremos, o uso da tortura pode ser justificado e, portanto, deve ser legalizado (Bufacchi & Arrigo, 2006). Além disso, após o ataque do 11 de setembro, o mesmo país procedeu à criação de um conjunto vasto de medidas que exploravam as necessidades de prevenção da prática de crimes, entre as quais a aprovação de legislação antiterrorista que confere amplos poderes a polícias e forças de segurança; o lançamento de uma iniciativa destinada à implantação de tribunais militares norte americanos para julgamento de terroristas em distintas partes do mundo; a elaboração de um pedido de imunidade para os militares norte

americanos relativamente a crimes da jurisdição do tribunal penal internacional; e extinção do recurso em processos de terrorismo. As medidas implementadas despoletaram a criação de um largo regime de compressão e restrição dos direitos fundamentais (Esteves, 2019). A natureza chocante dessas sugestões obriga a que questões relacionadas com a proibição e a legalidade da tortura sejam novamente pensadas e discutidas (Waldron, 2005), uma vez que “Mesmo bons fins não justificam todos os meios” (Brugger, 2000).

Resumidamente, o fenómeno em apreço constitui uma das maiores ameaças à comunidade internacional de Estados e de povos, sendo que, apesar de não ser novo, representa, atualmente, uma enorme dimensão de danosidade social. Tal se justifica, em grande parte, devido aos avanços científicos, técnicos e tecnológicos e à grande mobilidade, característicos das sociedades globalizadas e que possibilitam a produção de graves e massivas ofensas a bens jurídicos individuais e coletivos, no sentido em que se revelam ameaças significativas, tanto ao nível da segurança das comunidades, como da estabilidade das suas instituições constitucionais (Esteves, 2019).

Definição da Problemática

A definição conceptual é deveras importante, uma vez que se os termos de uma proibição legal forem indeterminados ou confusos, a pessoa a quem a proibição é dirigida pode não saber exatamente o que é exigido nem como os poderes de execução do Estado serão usados. Desta forma, várias críticas têm

sido encetadas pelo facto de algumas das normas internacionais não oferecerem qualquer elucidação do significado da tortura, proibindo apenas a mesma, podendo isto resultar em diferentes análises (Waldron, 2005).

Em Portugal, não se coloca essa questão, uma vez que o CP, no seu Art. 243º, refere que, para que um ato seja considerado tortura, tem de existir a função de “prevenção, perseguição, investigação ou conhecimento de infrações criminais, contraordenacionais ou disciplinares, a execução de sanções da mesma natureza ou a proteção, guarda ou vigilância de pessoa detida ou presa” com o propósito de “obter confissão, depoimento, declaração ou informação”; “castigar por ato cometido ou supostamente” ou por mera intimidação. Ademais, estabelece que se considera tortura¹ o “ato 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.”

Atualmente, vários são os documentos internacionais que definem a tortura, por exemplo, a Convenção Contra a Tortura define, no seu Art.1º, como sendo “Qualquer ato pelo qual forte dor ou sofrimento, seja físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa para fins como obter dela ou de terceiros informações ou uma confissão, punindo-a por um ato que ele ou uma terceira pessoa cometeu ou é suspeito de ter cometido, intimidado ou coagido a ele ou a uma terceira pessoa, ou por qualquer motivo baseado em discriminação de

¹ Em Portugal, a tortura é punida com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

qualquer tipo, quando tal dor ou sofrimento é infligido por ou por instigação de ou com o consentimento ou aquiescência de um funcionário público ou outra pessoa atuando em uma capacidade oficial". Desta extensa definição, importa salientar vários aspetos, entre os quais a questão de a tortura poder ser física ou psicológica e não necessitar de resultar em morte e a questão de se tratar de uma forma de violência política, sendo administrada por pessoas que ocupam um cargo oficial (Bufacchi & Arrigo, 2006), sendo que o facto de estes crimes ocorrerem dentro de uma estrutura hierárquica torna especialmente difícil aferir a responsabilidade criminal (Kelman, 2005).

A tortura é, por natureza, a ausência de limites, porque quando uma pessoa está subjugada por outra, está desprovida de tudo quanto possa impedir a conduta que o outro exerce sobre o seu corpo e alma, ou seja, está despojada de elementos que são considerados importantes para a sua humanidade, encontrando-se à mercê de todo o excesso e de toda a arbitrariedade que dependem da vontade do torturador. A tortura é a expressão da máxima tirania, pois destrói a subjetividade do indivíduo na medida em que o instrumentaliza e o transforma numa coisa a fim de lhe quebrar a liberdade e a vontade e, ainda, a fim de o forçar a relatar algo. Seguindo essa linha de pensamento, a tortura, segundo Jean Amerri, destrói completa e irremediavelmente a confiança no mundo, sendo que uma pessoa torturada permanece toda a vida torturada (Rejali, 2007).

Embora todas as confusões conceptuais enunciadas pela literatura anglo-saxónica, não podemos negar que a tortura é uma das formas mais extremas de violência humana, resultando em sérias e preocupantes consequências físicas e

psicológicas, tanto para os sobreviventes como para os perpetradores. Além disso, várias investigações têm concluído que é ineficaz para obter informações confiáveis durante o interrogatório (Constanzo & Gerrity, 2009). Desta forma, não pode haver exceções à proibição da mesma, pelo que “Nenhuma circunstância excepcional, seja um estado de guerra ou uma ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, pode ser invocada como justificativa de tortura”(Art.2.2 da Convenção Contra a Tortura).

A ONU avança com definições de “tortura” intencionalmente amplas, sendo o intento abranger o conjunto brutal e diversificado de técnicas específicas que foram usadas para infligir dor física e psicológica aos reclusos ao longo dos últimos séculos. Alguns autores, sugerem a criação de um catálogo de práticas que constituem tortura, porém, existem vários problemas associados a essa abordagem. Em primeiro lugar, como o número de práticas é ilimitado, nenhuma lista estará completa. Em segundo lugar, o facto de os torturadores poderem utilizar essa lista como forma de inspiração (Constanzo & Gerrity, 2009).

Ainda que os métodos de tortura sejam tão variados a ponto de desafiar definições, parece haver certas semelhanças nos estratagemas e técnicas utilizadas pelos torturadores. Na tortura contemporânea, com motivação política, parece que a essência da prática é a degradação do sujeito, sendo os métodos mais comuns as violações sexuais e humilhações; a exposição a sujidade, especialmente a dejetos; a profanação de objetos religiosos e rituais; e a corrupção de relacionamentos com familiares, compatriotas ou camaradas militares (Bufacchi & Arrigo, 2006). Além disso, a tortura é infligida em ambientes

complexos, onde a surpresa e o medo são gerados e onde o sentimento de resistência ou a oportunidade de fuga são extintos (Miles, 2009).

O próprio processo de tortura também demonstra sinais de considerável rotinização, geralmente envolve uma série de etapas, claramente identificadas e com uma sequência regular. As diferentes técnicas de tortura, bem como as diferentes câmaras de tortura, são normalmente designadas por nomes especiais, muitas vezes com uma qualidade eufemística ou irónica. Esses nomes não têm tanto a intenção de ocultar a realidade, mas de dar expressão a uma cultura profissional com os seus próprios rituais e com a sua linguagem característica. Os procedimentos usados por organizações de tortura, incluindo uma variedade de técnicas psicológicas, são frequentemente bastante sofisticados. Tudo isso ajuda a dar ao trabalho uma aura de profissionalismo, que permite ao torturador percebê-lo não como um ato de crueldade contra outro ser humano, mas como a aplicação rotineira de conhecimentos e habilidades especializadas (Kelman, 2005).

Como seria de esperar, e segundo Kelman (2005), este tipo de violação de direitos humanos é muito mais provável de ocorrer em sociedades não democráticas e em países com níveis mais baixos de desenvolvimento. Porém, embora que em menor número, a tortura continua a ocorrer em sociedades democráticas altamente desenvolvidas, geralmente no contexto de atividades contraterroristas ou conflitos armados. Existem, até, provas de que alguns países onde a tortura é proibida enviam os suspeitos que pretendem interrogar para outros países onde a mesma é permitida, geralmente, países totalitários ou inimigos das democracias liberais (Bufacchi & Arrigo, 2006), indo, embora que

de forma indireta, contra o Art. 3.1º da Convenção Contra a Tortura, segundo o qual “ Nenhum Estado deve expulsar, devolver ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde haja motivos para crer que ela correria o risco de ser submetida à tortura”.

Assim, parte da resposta à tortura aponta na direção da democratização, uma vez que esta é muito menos provável de ocorrer em Estados governados com o consentimento da população e responsáveis pelas suas políticas e ações. No entanto, mesmo as sociedades democráticas ocidentais não são invulneráveis às condições que levam a adotar a tortura como instrumento político: a percepção de ameaças fundamentais à segurança e integridade do Estado; a existência de organizações burocráticas encarregadas de garantir a segurança do Estado, compostas por especialistas em segurança profissionalmente treinados e autorizadas a operar com maior sigilo e menos responsabilidade do que é costume nas sociedades democráticas; e a presença de elementos estrangeiros, mal integrados ou não cidadãos na população, que podem ser facilmente vistos como externos à relação entre os cidadãos e o estado existente em regimes democráticos. Essas condições são particularmente prováveis de surgir no contexto de um conflito armado em que a ameaça ao Estado é prontamente personificada num inimigo interno ou externo inclinado para a violência ou para a destruição. Quando combinados, eles podem superar as restrições e contornar o escrutínio imposto por valores e instituições democráticas, que geralmente se interpõem no caminho de violações graves dos direitos humanos em sociedades democráticas. Estas, são, então, as condições que devem ser abordadas, onde quer que se manifestem,

enquanto lutamos contra a prática da tortura e desenvolvemos abordagens que conduzam à sua abolição mundial (Kelman, 2005).

Os governos que admitem o uso da tortura normalmente argumentam que a mesma é utilizada de forma precisa e estritamente controlada. Não obstante, os académicos concluíram que a partir do momento em que a tortura é legalizada, o seu uso é muito difícil de controlar. Por exemplo, em 1987, a Comissão Landau, em Israel, autorizou interrogadores a utilizarem “pressão física moderada” (e.g. sacudir, colocar suspeitos em posições dolorosas por horas), mas apenas se necessário para recolher informações que pudessem prevenir ataques terroristas. Lamentavelmente, e talvez previsivelmente, relatórios de organizações de direitos humanos na década de 1990 revelaram que aproximadamente 85% dos detidos palestinianos estavam a ser submetidos a abusos físicos (Evans & Morgan, 1998). Em 1999, a Suprema Corte Israelense proibiu a prática de “pressão física”. Desta forma, tem se concluído que, a partir do momento em que a tortura é vista como uma ferramenta aceitável de interrogatório, o seu uso começa a ser além do necessário e aceitável, ocorrendo um uso extensivo e arbitrário da sua autorização (Constanzo & Gerrity, 2009).

Portanto, são crimes gravíssimos que ofendem, de uma forma muito séria, aquilo que são considerados direitos e liberdades humanas, que são reconhecidos e protegidos em instrumentos internacionais e, por isso, ameaçam e colocam em causa as condições básicas da coexistência da comunidade internacional, não só dos Estados, como dos próprios povos. Os crimes de guerra, o crime de agressão, os crimes de Genocídio e os crimes contra a Humanidade são exemplos de crimes internacionais. De salientar que existem, ainda,

princípios internacionais de política criminal relativamente à prevenção e repressão destas formas de criminalidade. A tortura praticada no âmbito de um conflito armado, seja internacional ou nacional, é considerado crime de guerra, sendo que, nos termos do estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente, é da competência jurisdicional desse mesmo tribunal, tendo competência para julgar os crimes contra a humanidade, para além dos de guerra, onde expressamente se enuncia a tortura.

Enquadramento Histórico

Na antiguidade, os cidadãos eram geralmente torturados por serem suspeitos da prática de um crime extremamente grave, como traição ou heresia, sendo que, na sua maioria, eram alvo desse tipo de práticas apenas quando já existiam evidências que demonstravam uma culpa provável. Por outro lado, a tortura de não cidadãos, designadamente escravos, estrangeiros e prisioneiros de guerra era bastante comum. Embora tenha havido relativamente poucos estudos de caso de tortura não ocidental, os estudos existentes mostram que a tortura no resto do mundo seguia o mesmo padrão geral que na Europa Ocidental. Nesse tempo, os escravos não tinham permissão para testemunhar nos processos, visto que não eram considerados cidadãos, mas o uso da tortura foi considerado para dar credibilidade ao testemunho do escravo e tornou o seu testemunho admissível (DuBois 1991; Peters 1996; Ruthven 1978).

Em Roma, a tortura era proibida, exceto em casos de traição, mas isso sofreu alterações no final do Império Romano. Assim, à medida que o número de cidadãos romanos crescia, os cidadãos começaram a ser divididos em duas classes, nomeadamente cidadãos de primeira classe, que não podiam ser torturados exceto em casos de traição, e cidadãos de segunda classe, que podiam ser torturados em casos criminais, isto se o crime fosse grave e já existissem algumas evidências que indicassem culpa (Garnsey, 1970; Peters, 1996; Ruthven 1978). As autoridades estaduais também torturavam periodicamente os cristãos, cuja recusa em adorar o imperador era considerada um tipo de traição. Os pagãos temiam que os deuses ficassem irritados com a recusa dos cristãos em homenageá-los e, quando ocorriam desastres naturais, as autoridades pagãs torturavam e executavam os cristãos como forma de apaziguar os deuses (Croix, 1999).

Assim, na Europa Medieval, a tortura raramente era praticada, porém, a partir do século XII, passou a ser utilizada com mais frequência, tanto para crimes comuns, como para crimes especiais de heresia e feitiçaria. A feitiçaria era vista como um tipo de adoração ao diabo e os hereges também eram vistos como traidores da igreja, uma vez que os esforços que os estes fizeram para manter as suas crenças em segredo tornavam-nos particularmente ameaçador. Em teoria, apenas quando evidências circunstanciais suficientes tivessem sido acumuladas para demonstrar a culpa provável, é que a tortura seria ordenada para produzir uma confissão. Entretanto, na prática, as regras de evidência foram afrouxadas a tal ponto que muitos indivíduos foram torturados com base em evidências muito pouco fundamentadas (Einolf, 2007).

A prática da tortura permaneceu legal durante o início do período moderno, mas o seu uso na Europa diminuiu lentamente. Os governos europeus começaram a proibir a tortura durante o século XVIII, sendo que, em 1851, a tortura já era ilegal em todo o território continental. Na época, os reformadores pediram a abolição da mesma por motivos práticos e morais e, ao adotar as suas recomendações, os governos enfatizaram o seu progressismo e humanidade. Os estudiosos do século XIX interpretaram essas explicações da abolição da tortura como evidência do progresso da humanidade em direção a um futuro mais esclarecido e humano (Einolf, 2007). Todavia, alguns autores avançam com outras explicações da abolição da tortura, por exemplo, Langbein (1977) argumenta que a tortura foi abolida durante os séculos XVII e XVIII porque os padrões de prova legal foram alterados para permitir condenações sem testemunhas oculares ou confissões. Outra explicação é a de Foucault (1995), que afirma que a tortura foi abolida porque as autoridades consideraram os métodos de “disciplinarização” mais eficazes do que a tortura e o castigo corporal para garantir o controlo social. Além de tudo isso, à medida que os ideais iluministas sobre a racionalidade e o valor da vida humana ganhavam influência e os reformadores jurídicos apresentavam argumentos cada vez mais persuasivos, os soberanos europeus eram gradualmente convencidos a abolir a tortura (Ruthven 1978; Peters 1996).

Porém, na Europa, o uso da tortura voltou a aumentar significativamente no século XX com o surgimento do fascismo e do comunismo. Os regimes fascistas da Itália, Alemanha e seus aliados usaram tortura e outras técnicas cruéis contra oponentes políticos, prisioneiros de guerra, populações de territórios ocupados e

membros de grupos, como os judeus. Já os regimes comunistas da União Soviética e da Europa Oriental usaram amplamente a tortura contra oponentes políticos (Anistia Internacional 1984; Brunner 1990; Courtois et al. 1999). Na América Latina, a tortura ocorreu amplamente durante a Guerra Fria, quando os governos conservadores reprimiram as insurgências comunistas em vários países, incluindo a Argentina (Feitlowitz 1998; Guest 1990; Lewis 2002), Brasil (Arquidiocese of São Paulo 1986; Huggins 2002; Huggins et al. 2002), Chile (Ensalaco 2000) e El Salvador (Gomez 2003).

No entanto, a prática de tortura durante o século XX parece expressivamente diferente da prática de tortura em períodos anteriores. Em tempos passados, a tortura era um procedimento legal formal, ordenado por juízes, sujeito a regulamentação e conduzido abertamente. Durante o século XX, a tortura foi conduzida fora da prática legal formal, por agentes de segurança do governo, sem regulamentação e em segredo. O aumento das normas de direitos humanos teve um impacto significativo na prevalência da tortura, mas foi principalmente nas democracias liberais que essas normas se estabeleceram. Infelizmente, mesmo nas democracias liberais, as normas contra a tortura podem ser violadas em casos de tortura contra não cidadãos sob condições de extrema ameaça (Einolf, 2007).

Plano Internacional

Já há muitos anos que a tortura é condenada universalmente pelo Direito Internacional, uma vez que já a Declaração de Direitos da Inglaterra, elaborada

há mais de 300 anos, proibia punições consideradas cruéis e incomuns. No que se refere aos EUA, a proibição de punições cruéis e incomuns foi incorporada na Constituição há mais de 200 anos. No século XX, mais precisamente em 1948, a tortura foi proibida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, em 1975, as Nações Unidas aprovaram a Declaração contra a Tortura. Em 1984, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes ou Punição (doravante Convenção sobre Tortura), que foi ratificada em 1987 (Bufacchi & Arrigo, 2006) e introduziu o Comité Para a Prevenção da Tortura (CPT), comité esse que organiza visitas a locais de detenção a fim de avaliar a forma como são tratados os indivíduos que se encontram em privação de liberdade, onde se incluem prisões, centros tutelares educativos e de acolhimento de menores, esquadras de polícia, centros de retenção para imigrantes estrangeiros, hospitais psiquiátricos, lares sociais, entre outros. Após cada visita, o CPT envia ao Estado um relatório pormenorizado que reúne, não só as conclusões do CPT, mas também as suas recomendações, os seus comentários e pedidos de informação. De salientar que o CPT solicita também uma resposta detalhada sobre as questões levantadas no seu relatório. Desta forma, é estabelecido um diálogo contínuo entre o CPT e os respetivos Estados. (Council of Europe Portal, 2021).

No que concerne a normas internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDVP), no seu Art.º 7º, avança que “Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a

experiências médicas ou científicas”. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), no seu Art. 3º, refere que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. A Convenção Americana dos Direitos do Homem (CADH), nos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 5º, respetivamente, relata que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral” e, ainda, que “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Além do supramencionado, também as Convenções de Genebra de 1949 e a Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CCT), no seu art. 7º, regulam a tortura.

Em suma, o Direito Internacional proíbe a tortura categoricamente numa série de instrumentos do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos. Tal proibição atingiu até o status de *ius cogens*² e é absoluta no sentido de que quaisquer circunstâncias excepcionais, sejam elas um estado de guerra ou uma ameaça ou guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, não poderem ser invocadas como justificativa de tortura. No entanto, existem duas limitações importantes. Em primeiro lugar, a tortura, conforme definida no Artigo 1º da CCT, “não inclui dor ou sofrimento

² *ius cogens* é o conjunto de regras, valores e princípios que fazem parte do Direito Internacional comum ou geral e que são, por natureza, imperativos, isto é, são obrigatórios para o poder do Estado e para entidades públicas e privadas em qualquer espaço geográfico, vinculando, assim, todos os Estados na medida em que se impõe aos mesmos independentemente da sua vontade.

resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas causadas". Em segundo lugar, a CCT refere-se apenas à tortura stricto sensu, ou seja, conforme definido no Artigo 1º, mas não proíbe os atos que não chegam a ser tortura, como "tratamento desumano e degradante", uma vez que esta convenção distingue entre tortura e outras formas de tratamento desumano, enquanto muitos outros tratados gerais de direitos humanos tratam a tortura e 'tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante' de forma igual, proibindo ambos (Artigo 7º do PIDVP, 3º da CEDH e 5º da CADH) (Ambos, 2008).

Uso da Tortura como meio de política criminal

As condições propícias ao surgimento da tortura como instrumento da política do Estado culminam na percepção das autoridades de uma ameaça ativa à segurança do Estado de fontes internas e externas; na disponibilidade de corpos de segurança, que permite às autoridades utilizarem o vasto poder de que dispõem para conter essa ameaça por meios repressivos; e na presença na sociedade de grupos definidos como inimigos ou potenciais ameaças ao Estado (Kelman, 2005).

Segundo Peters (2018), a tortura surge da combinação de duas características do Estado moderno: vasto poder e enorme vulnerabilidade aos inimigos do Estado, quer internos quer externos. O poder do Estado moderno afeta todos os aspetos da vida dos seus cidadãos e dos recursos que pode mobilizar para controlar a sua população. A vulnerabilidade do Estado moderno decorre do alto grau de interdependência das instituições políticas, económicas

e sociais necessárias para administrar uma sociedade moderna e da facilidade resultante com que a ordem social se pode desintegrar e as autoridades políticas podem perder o controlo quando a sua legitimidade declina aos olhos do seu povo, ou quando enfrentam o terrorismo e a insurgência (Kelman, 2005).

Quando as autoridades estatais recorrem à tortura, podem, muitas vezes, apontar para uma história de violência dirigida contra o Estado na forma de insurgência, operações de guerrilha ou atos terroristas. Certamente, a tortura pode, por vezes, ser aplicada a indivíduos cujo único crime é dissidência política ou religiosa, ou mesmo mera pertença a uma comunidade religiosa ou étnica que não se encaixa no esquema do grupo governante. Ainda assim, a ocorrência ou perceção de ameaça de violência contra o Estado é fundamental para a justificativa de uma política de tortura (Kelman, 2005).

Os três pontos em que as preocupações com a segurança e o poder do Estado contribuem para uma política de tortura no nível macro - ou seja, a justificativa para a tortura, os agentes da tortura e os alvos da tortura - podem estar ligados a três processos sociais que facilitam a participação na tortura no nível micro: os processos de autorização, rotinização e desumanização. (1) A justificativa da tortura como meio de proteção do Estado contra ameaças à sua segurança ajuda a autorizar a prática; (2) o desenvolvimento de uma profissão de torturador como parte do aparato de segurança do Estado ajuda a rotinizar a administração da tortura; e (3) a designação dos alvos da tortura como inimigos do Estado que estão excluídos da proteção do Estado ajuda a desumanizar as vítimas (Kelman, 2005).

Regulamentação e (I)licitude

Em Portugal, existem vários artigos que se referem à tortura, começando pela Constituição da República Portuguesa (CRP) que, no seu Art. 25º nº 2, proíbe a tortura e tratos desumanos e degradantes - “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”- e no Art. 32º nº8 defende que, em sede de processo penal, se consideram nulas todas as provas obtidas através de tortura - “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. No que respeita ao Código do Processo Penal (CPP), no nº 1 do seu Art.126º, quando estabelece as regras de legalidade de prova, proíbe a obtenção da mesma através da tortura - “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.”. Por fim, o Código Penal (CP), no seu Art.243º, criminaliza a prática de tortura e de outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, bem como define o que se enquadra nesse tipo legal.

Quando se procura perceber a ilicitude ou licitude da tortura, existem duas questões que devem ser realizadas:

- (1) Pode o Estado de Direito considerar lícita a prática da tortura?

A nossa CRP estabelece, no seu Artigo 1º, aquilo que, no entender de constitucionalistas como Vital Moreira (2014) e Jorge Novais (2018), constitui um princípio jurídico supremo da ordem normativa portuguesa – o princípio do

respeito devido à dignidade da pessoa humana. Contudo, este artigo não se limita a prever esse princípio pelo respeito da dignidade humana, declarando que o Estado português é uma república baseada na dignidade da pessoa humana, ou seja, a intangibilidade da pessoa humana é como um princípio supremo e absoluto do ordenamento jurídico português. Além disso, a dignidade humana, enquanto princípio, não admite ponderação, ou seja, é um princípio que não pode ser sopesado de acordo com as exigências concretas da prática através de um raciocínio de cálculo aritmético e proporção. Deste modo, a dignidade humana não pode ser vista como um valor, mas sim como um princípio absoluto, o que obriga ao seu respeito em todas as circunstâncias.

A legalização da tortura significa que o Estado admite a negação da dignidade humana enquanto princípio superior do ordenamento jurídico, pelo que nega este princípio na medida em que representa, em si mesma, um mal superior do que causar a morte de um sujeito. Tal se justifica no sentido em que a pena de morte ofende a dignidade da pessoa humana na medida em que se extingue a vida dessa pessoa, destruindo a sua capacidade de vontade livre, a sua capacidade de sentir e de decidir livremente e, ainda, instrumentalizando-a. Já quando se tortura uma pessoa, instrumentaliza-se a pessoa e retira-se a sua capacidade de decidir livremente, mas não interfere com a sua capacidade de sentir e na sua consciência. A tortura é, por natureza, onipotente, uma vez que subjuga totalmente uma pessoa a outra, sendo que essa pessoa subjugada está à mercê no seu corpo e alma de outra pessoa, ou seja, o seu corpo e alma ficam ao serviço das finalidades que o outro pode prosseguir (Rejali, 2007).

(2) Como se deve avaliar a conduta da pessoa (por exemplo, o polícia) que sente que não tem outra possibilidade para salvar inocentes se não sujeitando o suspeito do crime à tortura?

O direito é realizado para pessoas e, por isso, não pode estabelecer regras que só possam ser aplicadas em situações extremas e cumpridas por pessoas que não tenham alma e que não sejam tocadas pelas emoções. Além disso, o torturado é um ser humano que não deve ser instrumentalizado e, por isso, ainda que se possa considerar que há uma elevada probabilidade de que aquele sujeito foi o autor do crime, não se pode usar o seu corpo e alma e, conseqüentemente, considerar essa conduta lícita pelo direito (Greco, 2009).

Face a este problema, a solução não passa por legalizar a tortura, uma vez que a legalização da tortura é a rendição completa à ideia de que a dignidade humana pode efetivamente não se respeitar em determinadas situações, sendo isto inadmissível, perigoso e a porta para o terror do Estado. Neste sentido, existem autores que defendem que a solução pode passar por um outro mecanismo do direito, isto é, o estado de necessidade. Nesta situação, levanta-se outra questão: deverá, então, deixar-se que a conduta do agente que usa meios ilícitos para impedir a concretização de um crime grave e, conseqüentemente, salvar vidas, seja avaliada no âmbito da inexigibilidade? Isto cabe ao legislador decidir, ou seja, o legislador terá de estabelecer os requisitos do estado de necessidade, fazendo uma série de perguntas, como até que ponto a uma pessoa colocada naquela situação, seria exigível uma conduta diferente, se todos os elementos que circundantes ao ato, levam a acreditar que o torturador está convicto da culpabilidade daquela pessoa e se não havia outro meio para obter

as informações. Por conseguinte, é necessário avaliar a responsabilidade penal nas situações consideradas excepcionais de atuação para salvamento. Contudo, é necessário ter muita cautela e avaliar todos os elementos com muita ponderação (Ambos, 2008).

Posto isto, conclui-se que a conduta do agente é ilícita, mas não é justo fazer um juízo de censura do mesmo, uma vez que este não usou o meio da tortura para punir, mas para obter informações essenciais, decidindo-se afastar a responsabilidade penal do agente que torturou.

Outra norma presente na CRP remete para o artigo 271º que afere à responsabilidade dos funcionários e dos agentes. Este artigo estabelece as condições em que funcionários do Estado podem ser responsabilizados pela prática de atos ou omissões no exercício das suas funções. Segundo o nº3 do referido art.º, a obediência hierárquica não serve como uma causa da exclusão da ilicitude da conduta (continua a ser ilícita a conduta do agente). Neste sentido, a CRP no artigo 29º, nº 1 estabelece o princípio sacrossanto ou a proibição da aplicação retroativa da lei penal e o nº2 do mesmo artigo responde a este dilema. Portugal é membro da convenção internacional que proíbe a tortura e tratamentos desumanos e degradantes, sendo a tortura um crime internacional. Deste modo, segundo o artigo 271º, nº3 da CRP não é justificável a invocação, por parte de um funcionário, de que agiu no cumprimento de ordens, no sentido em que o dever de obediência cessa a partir do momento em que o cumprimento da ordem implique a realização de um crime que possa ser compreendido pelo funcionário a quem foi dada essa ordem. Desta forma, mesmo em situações de “bomba relógio”, a proibição absoluta da tortura não deve ser posta de lado ex

ante e in abstracto, dada a situação inequívoca no direito internacional e as implicações políticas negativas que uma abordagem flexível teria (Ambos, 2008).

Segundo Ambos (2008), a responsabilidade criminal do torturador pode ser excluída em razão de autodefesa, necessidade ou outros motivos estabelecidos na lei. Para isso, segundo o autor, a tortura, para caber no âmbito da legítima defesa, deve ser dirigida ao terrorista responsável pelo implante da bomba, ou seja, contra-atacantes no sentido de legítima defesa e não contra inocentes que possam ter mero conhecimento, por exemplo, o cônjuge ou parentes do terrorista. No entanto, tal situação teria de ser decidida e pensada caso a caso.

Debate sobre a admissibilidade e inadmissibilidade da tortura

a) Tortura como meio destinado a salvar vidas ou a integridade física.

Neste caso, aponta-se a existência de uma eventual legítima defesa, uma vez que o agente policial tortura o suspeito de um ataque terrorista a fim de obter informações que podem salvar vítimas inocentes e, por isso, a tortura seria admissível como forma de legítima defesa. Até porque é necessário atender à existência da iminência do perigo, à impossibilidade de recorrer a outros meios e, ainda, à proporção entre a natureza e a necessidade do ataque e da defesa (Shue, 1978). Há quem considere que se a tortura não couber na legítima defesa, cabe no estado de necessidade justificante e, por isso, como esta é também uma causa de exclusão da ilicitude, a tortura seria legitimada (Dias, 2012). Porém, segundo Figueiredo Dias (2007), considerando que a defesa, enquanto tal, deve

ser necessária, imposta pela situação a repelir, considera interdita a defesa através de tortura com o intuito de repelir a agressão contra as vidas dos sujeitos ameaçados, por exemplo, pelo rebentamento de uma bomba, uma vez que o direito de defesa não foi concedido para despersonalizar o agressor nem para o esvaziar de substância humana.

Além disso, há, ainda, quem defenda que a tortura pode caber no conflito de deveres justificante. Por exemplo, Brugger (2000) refere que se o torturador é um agente da polícia que tem como função reprimir a prática de crimes, seria quase um dever torturar o sujeito a fim de impedir a morte de vítimas inocentes. Neste caso, perante um conflito de deveres justificante, a tortura seria legitimada, uma vez que, por um lado, o agente da polícia tem o dever de não realizar atos que causem sofrimento ao suspeito e que o ofendem na sua integridade física e moral, mas, por outro lado, tem o dever de atuar para salvar vidas inocentes e, por isso, usa a tortura com esse fim.

b) Uso da tortura como meio de defesa social (salvação pública), ou seja, há quem defenda o uso da tortura como meio de segurança capaz de prevenir e reprimir eficazmente o terrorismo e as ameaças contra a segurança nacional (Kelman, 2005).

c) Necessidade de reconhecer que a tortura é praticada e que, por esse motivo, deve ser regulada e devem ser impostos limites à sua utilização.

Segundo os autores, a tortura é uma prática que continua a ser usada, pelo que é necessário regulá-la por forma a ser limitada apenas às situações excecionais. Dershowitz (2002) defende que se devia entregar ao juiz a decisão de decidir ou não o uso da tortura, referindo a possibilidade de tortura moderada,

apesar de ainda não se saber bem ainda em que consiste. Assim, o autor mencionado 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 EUA e alguns dos seus aliados empregam, pelo menos, formas não letais de tortura para combater o terrorismo. Se é essa a realidade, se a tortura é de facto usada para prevenir ataques terroristas de grandes proporções, então é preferível que seja controlada judicialmente em lugar de permanecer clandestina.

d) Necessidade de realizar a ponderação dos valores em conflito, o que permite concluir acerca da licitude ou ilicitude da prática do facto.

Os autores defendem que, olhando para a realidade prática, se deve decidir se vale mais a dignidade do terrorista ou a dignidade das vítimas inocentes. O valor da dignidade humana está posto em confronto, ou seja, a dignidade humana é sujeita a ponderação e, por isso, é necessário perceber qual o valor superior.

Parte-se, ainda, do pressuposto que o indivíduo algo de tortura foi o ator da prática de um facto que vai causar a morte de milhares de pessoas. Assim, defende-se que o terrorista tem o poder de pôr fim à tortura, enquanto as vítimas não têm o poder de pôr fim à ameaça. Contudo, se o suspeito for inocente, não tem o poder de pôr fim à tortura, havendo aqui uma falácia, pois o terrorista e o criminoso podem pôr fim à tortura, mas se for inocente não o pode fazer (Shue, 1978), uma vez que a “a sensação de dor pode crescer de tal modo que ocupando toda a sua sensibilidade, não deixe liberdade alguma para o torturado senão a de

escolher o caminho mais curto, naquele momento, para se subtrair ao sofrimento(...) Pois não existe homem que tenha levado as suas ideias além das necessidades da vida..." (Beccaria, 1766, pp.96).

No que concerne aos atores que enunciam argumentos contra a utilização da tortura, de uma perspetiva deontológica, existem duas formas de explicar o porquê de a tortura ser errada. Em primeiro lugar, ao assumir o dever moral de tratar todo e qualquer ser humano com a devida consideração e respeito, a tortura é errada na medida em que é cruel e degradante e constitui uma violação dos direitos fundamentais. Em segundo lugar, como Sussman (2005) argumenta, o que torna a tortura moralmente mais ofensiva do que outras formas de infligir grandes danos físicos ou psicológicos é o elemento da automutilação, na medida em que coloca as suas vítimas numa posição de complô contra si mesmas, transformando a vítima num participante ativo no seu próprio abuso (Bufacchi & Arrigo, 2006). Além disso, contra intuitivamente, a inocência não protege os suspeitos contra a confissão no interrogatório, antes pelo contrário, coloca-os em alto risco de falsa confissão, conforme foi demonstrado de forma conclusiva em estudos criminológicos. Tal como Kassin (2005) explana, a sua crença ingénua de que a verdade e a justiça prevalecerão, por exemplo, leva-os a renunciar às precauções, e as suas negações de culpa evocam esforços muito mais rigorosos dos interrogadores. Estudos psiquiátricos demonstram que sobreviventes de tortura são atormentados por autodestrutividade, incapacidade de se reintegrarem nas suas suas famílias e incapacidade de assumir o controlo das suas vidas novamente, sendo que os inocentes tendem a ter impactos ainda mais graves (Bufacchi & Arrigo, 2006). Desta forma, um dos argumentos contra a

tortura é o facto de “(...) o inocente ser colocado em piores condições do que o culpado, porque, se ambos são sujeitos ao tormento, o primeiro tem tudo contra ele porque ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente e sofre uma pena indevida (pp.98). Por outro lado, o suspeito, caso seja mais resistente à dor, pode ser considerado inocente (Beccaria, 1766).

Além dos argumentos já mencionados, Jackson (2007) menciona o facto de, por natureza, a tortura constituir uma forma muito grave de violação que perverte as relações humanas e, portanto, não deve ser moralmente justificada em quaisquer circunstâncias; de resultar em danos permanentes para os torturados e para os perpetradores e, portanto, ser moralmente indefensável; de o cenário da “bomba-relógio” ser apenas uma situação hipotética praticamente sem relevância no mundo real; de, enquanto ferramenta de recolha de informações, poder ser contraproducente; e, historicamente, de as exceções à proibição da tortura terem um uso generalizado em casos não excepcionais, afetando o respeito pelos direitos humanos em geral e, por fim, de se tratar de uma prática imoral e incompatível com as normas e direitos de um estado de direito³.

De ressalvar que é insustentável distinguir entre situação normal e situação de emergência e postular regras ambas, como, por exemplo, Dershowitz (2002) defende, uma vez que toda a regra transcende a situação. Mais do que isso, só a

³ Segundo Bacelar Gouveia (2017), o *Princípio de Estado de Direito* surge como um dos principais resultados do Constitucionalismo e do Liberalismo, sendo a expressão firme da oposição ao sistema político precedente, com a preocupação essencial pela limitação do poder político, por isso também fundando o Estado Contemporâneo.

exceção demonstra o verdadeiro sentido que é dado à regra. Assim, não se pode escapar disso propondo uma ética do excepcional onde existiria uma diferenciação entre o tratamento com cidadãos e o combate aos inimigos (Greco, 2009).

Caso Excepcional Explicativo

Alguns autores defendem que existem casos em que o dano que poderia ser evitado por um caso de tortura interrogatória seria tão grande que superaria a crueldade da própria tortura, nomeadamente a chamada tortura boa. Ou seja, usar a mesma contra um terrorista, com o grande objetivo de saber onde está a bomba que irá matar inúmeras pessoas. Esta é uma situação de escolha trágica, contraponto o sentido essencial da dignidade humana, uma vez que se entende que o criminoso tem uma dignidade inferior aos outros (Shue, 1978).

Assim, o argumento da bomba-relógio, em que o terrorista é torturado para extrair informações de uma bomba deixada numa zona da cidade, é frequentemente invocado como uma das circunstâncias extremas em que a tortura pode ser justificada. À medida que a Guerra ao Terrorismo se intensifica, o argumento da bomba-relógio tornou-se numa linha de raciocínio bastante usada tanto por académicos, como por políticos para justificar um programa legalizado de tortura patrocinado pelo Estado (Bufacchi & Arrigo, 2006). Por exemplo, Dershowitz (2002), apesar de declarar opor-se à tortura por motivos normativos, argumenta que, num caso de bomba-relógio, pode ser permissível

permitir que terroristas sejam torturados, uma solução radical oferecida por motivos pragmáticos como forma de reduzir ou eliminar o uso generalizado, mas ilícito, da tortura (Bufacchi & Arrigo, 2006).

Desta forma, a “bomba-relógio” é um cenário hipotético muito apreciado pelos formuladores de políticas como uma alavanca para introduzir poderes de emergência contra ameaças terroristas. Convida à consideração de medidas extremas que poderiam tolerar o uso da tortura caso se soubesse que uma bomba estaria prestes a rebentar e, sem intervenção, explodiria causando morte e destruição maciça. A suposta iminência e a escala da ameaça atuam sobre as emoções como um poderoso incentivo para contemplar ações radicais que poderiam ser consideradas indefensáveis. Como tal, a bomba-relógio tem sido usada de forma mais controversa para formular argumentos em torno da justificativa para tortura de suspeitos de terrorismo (Ambos, 2008; Zedner, 2008)

As posições defendidas por Parry (2008) e Dershowitz (2002) são radicalmente diferentes e não devem ser combinadas. Parry (Bufacchi & Arrigo, 2006) argumenta que, embora a tortura não deva ser legítima, se esta fornecer a última chance de salvar vidas inocentes em perigo iminente, a 'defesa de necessidade' deve estar disponível para justificar a conduta dos interrogadores após a mesma ocorrer. Por outro Lado, Dershowitz apresenta a famosa ideia de um 'mandado de tortura', que legaliza o uso da tortura antes de seu uso. Parry e Dershowitz apresentam diferentes razões para justificar interrogatórios de tortura de terroristas. Na verdade, Parry é muito crítico da proposta de Dershowitz, mas ambos utilizam o argumento da bomba-relógio para justificar as suas conclusões (Bufacchi & Arrigo, 2006).

As descrições do argumento da bomba-relógio variam, ainda que todas contemplem três elementos comuns (1) as vidas de um grande número de civis inocentes estarem em perigo; (2) a catástrofe ser iminente; e (3) o terrorista capturado deter informações que poderiam impedir a ocorrência da catástrofe em questão (Dershowitz, 2002). A estes elementos, Zedner (2008) acrescenta (4) que a medida deve ser proporcional, ou seja, a ameaça deve ser suficientemente grave para justificar a medida proposta; (5) que a tortura só deve ser utilizada se não houver outra forma de evitar a catástrofe (Princípio da Subsidiariedade) e, por fim, (6) que qualquer medida proposta deve ser eficaz ou, pelo menos, suficientemente provável que produza o fim específico para o qual foi ostensivamente introduzida.

Segundo Zedner (2008), essas medidas, justificadas por motivos de precaução como essenciais para proteger o público ou mesmo a vida da nação diante danos excepcionais iminentes, rapidamente passam a ser aplicadas a danos menores e integradas à política de justiça criminal quotidiana. Se o propósito for resistir a esse resultado, revela-se imprescindível refletir, de forma mais clara e profunda, sobre os resultados deste cenário. Assim, apesar da sua natureza hipotética extrema e do raciocínio frequentemente circular, o argumento da “bomba-relógio” tem sido alvo de muita atenção, não apenas por teóricos e juristas, mas também por governos (Bufacchi & Arrigo, 2006).

Neste caso, estamos perante uma das situações que, em direito penal, pode integrar o que se designa de situações de escolha trágica, ou seja, o agente da polícia tem de decidir se tortura ou não tortura o suspeito. Poder-se-ia, ainda, estar perante a tortura para salvação, sendo que, do ponto de vista do

pensamento ético-utilitarista não pode ser considerado algo muito nefasto, no sentido em que a tortura é malévola, mas esta é usada para alcançar um bem. Contudo, este é um erro moral muito grave típico do pensamento ocidental, uma vez que de um mal nunca pode resultar um bem, ou seja, quando se produz um ato moralmente indefensável, não se pode esperar, independente da finalidade a cumprir, que se valorize positivamente a conduta (Steinhoff, 2010).

O cenário hipotético da “bomba relógio” enquadra-se no que se denomina como Direito Penal do Inimigo, no qual os alvos da tortura são definidos como inimigos do Estado que constituem sérias ameaças à segurança e sobrevivência do Estado. Por esse motivo, assim como por outros motivos, como a sua etnia ou ideologia, são colocados fora da proteção do Estado. No Estado Moderno, os direitos individuais em vigor derivam do Estado. Assim, ser excluído do Estado - ser negado os direitos de cidadania - equivale a tornar-se uma não pessoa vulnerável ao tratamento arbitrário, à tortura e, em última instância, ao extermínio. Os alvos da tortura no contexto dos conflitos armados são, por definição, colocados na categoria dos inimigos, que não têm direito à proteção do Estado. Em princípio, os combatentes inimigos e as populações civis são protegidos contra tortura e outras violações de seus direitos humanos pelas Convenções de Genebra.

Casos Reais

Estados Unidos da América

A preocupação com o tema do presente artigo intensifica-se sempre que são revelados casos reais. Por exemplo, sabe-se agora que vários oficiais capturados no Iraque e no Afeganistão foram severamente espancados durante o interrogatório por inspetores americanos e, em alguns casos, mortos por asfixia. Sabe-se também que suspeitos de terrorismo, combatentes inimigos e outros associados ao Talibã e a Al Qaeda detidos pelos EUA nos campos da Baía de Guantánamo foram interrogados com recurso a técnicas físicas e psicológicas que foram proibidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Waldron, 2005). A Amnistia Internacional relatava, em 2007, que mais de 20.000 reclusos estariam, à data, detidos em mais de 40 prisões 'supermax' em condições de isolamento social de longo prazo, privação sensorial extrema, celas permanentemente iluminadas, exercícios altamente restritos, acorrentamento severo e disciplina severa (Jackson, 2007).

Em 2003, o mundo ficou assombrado com uma série de fotografias de abusos de prisioneiros na prisão de Abu Ghraib⁴, no Iraque. Essas fotos, tiradas por soldados norte-americanos, retratavam prisioneiros submetidos a tratamento cruel e humilhante nas mãos das tropas norte-americanas. Desta forma, este incidente trouxe a questão da tortura - especialmente no contexto de conflitos armados ou na luta contra o terrorismo - novamente para o centro da agenda internacional. É bastante legítimo considerar esses eventos como parte da guerra do Iraque e da política dos EUA na região, mas seria um erro grave presumir que a tortura é um fenómeno peculiarmente americano ou que

⁴ Anexo 1

pode ser adequadamente entendida como uma consequência das características especiais da guerra do Iraque.

Neste caso, as conclusões do repórter Seymour Hersh - o mesmo homem que revelou a história do massacre de My Lai e seu encobrimento - tornam evidente que os abusos faziam parte de um processo sistemático. O autor acrescenta que os mesmos ocorreram no contexto de interrogatório e que, aparentemente, foram planejados para “acalmar” os prisioneiros para posterior interrogatório por oficiais de inteligência. Os perpetradores agiam numa atmosfera de pressão para produzir informações de inteligência de prisioneiros presumidos como culpados. Independentemente de alguns dos abusos e atos de tortura específicos terem ou não sido ordenados diretamente, as indicações são de que eram esperados, tolerados e incentivados por oficiais superiores. Os oficiais comandantes dos diferentes níveis da hierarquia foram acusados, pelo menos, de exercer supervisão insuficiente das condições de detenção e dos procedimentos de interrogatório que prevaleciam em Abu Ghraib e outras prisões militares para suspeitos de terrorismo (Kelman, 2005). O sucesso em proteger um país de ataques terroristas depende mais da inteligência do que da força bruta, uma boa inteligência também é fundamental, também, para proteger as forças armadas de ataques insurgentes em países como o Iraque, cuja ocupação pelos Estados Unidos está ligada à guerra contra o terror (Waldron, 2005).

Nos meses que se seguiram à exposição dos abusos de Abu Ghraib, tornou-se cada vez mais evidente que o tratamento dos prisioneiros não foi uma ocorrência isolada, nem o simples produto de decisões e ações a nível local.

Padrões semelhantes de abuso, ligados a técnicas agressivas de interrogatório, ocorreram em prisões em outras partes do Iraque e, desde 2002, no Afeganistão e na Baía de Guantánamo. Numerosos documentos mostram que as técnicas e práticas reveladas em Abu Ghraib tinham “migrado” de Guantánamo e Afeganistão e que haviam sido autorizadas ou justificadas em vários pontos por altos funcionários do Pentágono e da Casa Branca (Kelman, 2005).

Desta forma, surgiram alegados casos de tortura no centro de detenção dos EUA na Baía de Guantánamo, em Cuba, que foi usada para detenção de refugiados haitianos e cubanos, que eram detidos por longos períodos de tempo em condições precárias e viam negado o acesso a advogados ou processos judiciais (Jackson, 2007).

Alemanha

Em setembro de 2002, em Frankfurt, a polícia recorreu à ameaça de tortura para resolver um sequestro e admite que a teria usado caso o criminoso não tivesse colaborado. Jakob, filho de um banqueiro, havia sido sequestrado em 27 de setembro de 2002. A família pagara o resgate de um milhão de euros, mas sem efeito. Os inspetores estavam certos de que Magnus, que foi detido, era o criminoso e confessam que não poupariam os meios mais extremos para descobrir o paradeiro da vítima, que ainda julgavam estar viva. Magnus acabou por confessar o crime a 1 de outubro, data essa em que Jakob já estava morto e seu corpo jazia no fundo de um lago. A confissão, entretanto, foi arrancada após várias ameaças de tortura, tanto de violência física como de sexual, depois de o vice-diretor da polícia de Frankfurt ter autorizado tal conduta.

A situação descrita é praticamente inimaginável num país como a Alemanha. No entanto, o jornal Tagesspiegel verificou tratar-se de factos verídicos e o diário de Berlim conseguiu uma prova, um bilhete do vice-diretor da polícia de Frankfurt, Wolfgang Daschner, ordenando “novo interrogatório, com a aplicação de violência (sem ferimentos), sob supervisão médica, após ameaça prévia”. Daschner não nega e reivindica uma mudança na lei, que proíbe a tortura como método. “O uso de violência, como último recurso, a fim de salvar vidas, teria de também ser permitida em interrogatórios”, defende. Seu comportamento seria justificável por tratar-se de “situação de emergência extralegal”.

Na altura, o vice-diretor recebeu apoio de associações alemãs de polícias e juízes, e até do governador de Hessen, que admitiu não haver motivos para indignação, uma vez que, segundo este, a ameaça do uso de violência se justificaria em casos como este. Segundo o governador Roland Koch, o comportamento de Daschner seria “humanamente compreensível”. O vice-diretor teria, diante de uma situação de conflito, tomado uma decisão para poder salvar a vida do filho do banqueiro. Como seria de esperar, não tardou até várias ONGs de defesa dos direitos humanos criticarem a conduta dos inspetores e, especialmente, do vice-diretor. A Anistia Internacional condenou o argumento de “situação de emergência extralegal” como tentativa de legitimação da violência, referindo “Parece que querem tornar a tortura novamente admissível”.

Na altura, foi aberto inquérito para avaliar a legalidade da conduta de Daschner e dos inspetores envolvidos no interrogatório. Também o Conselho da Europa encarregou seu comité antitortura de examinar o episódio, uma vez que

a "situação de emergência extralegal" não estaria prevista no Código Penal alemão como justificativa de crimes, nem mesmo que o intuito fosse o de salvar vidas. O direito alemão é exemplar nessa área, a tortura não pode ser usada como justificativa para salvar vidas humanas, tratando-se de um crime inadmissível, uma violação dos direitos humanos. A polícia tem de ser competente para investigar e resolver crimes sem o caminho fácil da tortura (Weichert, 2003).

Face a estes casos e a tantos outros que têm surgido, e apesar de se tratar de uma prática que já devia estar totalmente ultrapassada e fazer, apenas, parte da nossa história. Ainda há autores que defendem que a mesma deve ser considerada admissível em certos casos. Assim, importa analisar os diferentes argumentos dos diferentes autores, relativamente à admissibilidade e inadmissibilidade da mesma.

Conclusões e Reflexão Crítica

Por todas as razões expostas durante o relatório e em jeito de conclusão, a tortura deve permanecer proibida em qualquer Estado e em qualquer circunstância, pois uma vez que aceite de forma excecional, abre um precedente irreversível que prejudicará, de forma bastante severa, os alicerces do Estado de Direito, Estado esse que, por ação ou omissão, tem o dever de proteção dos seus cidadãos, cabendo-lhe garantir a segurança pública ou individual ou coletivo. Neste momento, deve ser enfatizado que o fundamento da proibição estrita da tortura reside, não obstante a lei positiva escrita sobre o assunto, no ataque frontal à dignidade humana da vítima por meio da aplicação de tortura.

Efetivamente, não há outro ato que viole tão profundamente esta dignidade. Na verdade, a proteção da dignidade humana está no cerne da proibição da tortura e, portanto, a proibição da tortura é “uma das normas mais firmes da moralidade”. Um Estado de Direito não pode permitir a tortura sem trair os seus próprios princípios e perder credibilidade ao nível internacional. Para um Estado que cumpre a lei, não há alternativa a não ser reafirmar a forte mensagem simbólica da proibição da tortura, estabelecendo assim um padrão claro e invocando o princípio da reciprocidade. Destarte, para além de a proibição da tortura dever permanecer em vigor, também qualquer tentativa de a utilizar representaria um golpe traumático para o nosso sistema jurídico vigente e que afetaria a nossa capacidade de manter o compromisso da lei com o respeito pela dignidade humana (Waldron, 2005).

Concluímos, também, que nos últimos anos, têm existido certas situações em que os Estados se viram obrigados a recorrer e medidas não conformes com o Estado de Direito, com o grande objetivo de defender o próprio Estado e a sua população (dever de segurança). Todavia, admitir a tortura, mesmo que em situações de caráter excecional, constituiria um retrocesso no tempo e seria, sem qualquer margem para dúvidas, um colocar em causa todo o percurso que foi sendo percorrido ao longo dos anos e todo o trabalho que foi sendo feito pelas sociedades no sentido de colocar fim a estas ações tão humilhantes e degradantes do ser humano. De ressaltar que, a utilização teste meio de obtenção de prova constitui um perigo real no quotidiano, mesmo quando se trate de situações limite e de países civilizados. Assim, fica uma questão no ar:

Como é que um Estado democrático lida com estas circunstâncias sem ir contra o Estado de Direito e contra os Direitos Humanos?

O ideal seria que, no futuro, houvesse uma alteração do discurso político relacionado com a Guerra ao Terrorismo, de forma a não incentivar a tais práticas degradantes e que podem, inclusive, nem apresentar qualquer resultado satisfatório. Também os media desempenham um papel marcante na difusão do medo do terrorismo, uma vez que o medo é uma resposta ao terrorismo que pode ser distorcida através dos mesmos, sendo que, tal como se verifica com o crime, os media exageram o terrorismo, concebendo o potencial para aumentar o medo de forma significativa. Como resultado, a atenção constante dos media ao terrorismo, às suas causas e consequências pode minar a ordem social nos países onde o terrorismo é relatado como uma ameaça, podendo, à vista disso, aumentar o medo do terrorismo. Toda esta distorção leva a que os indivíduos concordem com políticas mais repressivas e bárbaras, características dos discursos populistas.

A legalização da tortura significa que o Estado admite a negação da dignidade humana enquanto princípio superior do ordenamento jurídico, pelo que nega este princípio na medida em que representa, em si mesma, um mal superior do que causar a morte de um sujeito. Tal se justifica no sentido em que a pena de morte ofende a dignidade da pessoa humana na medida em que se extingue a vida dessa pessoa, destruindo a sua capacidade de vontade livre, a sua capacidade de sentir e de decidir livremente e, ainda, instrumentalizando-a. Já quando se tortura uma pessoa, instrumentaliza-se a pessoa e retira-se a sua capacidade de decidir livremente, mas não interfere com a sua capacidade de

sentir e na sua consciência. A tortura é, por natureza, onnipotente, uma vez que subjuga totalmente uma pessoa a outra, sendo que essa pessoa subjugada está à mercê no seu corpo e alma de outra pessoa, ou seja, o seu corpo e alma ficam ao serviço das finalidades que o outro pode prosseguir (Rejali, 2007).

Assim, resumidamente, e com base na literatura disponível e analisada, é claro que o uso da tortura para fins de interrogatório deve ser totalmente extinta, uma vez que, para além negar a Dignidade Humana, se demonstra ineficaz como meio de extrair informações confiáveis e que, provavelmente, produzirá informações incorretas.

LEGISLAÇÃO

Artigo 126º do Código do Processo Penal. Da Prova. Métodos proibidos de prova
Artigo 243º do Código Penal. CP: Art. 243º. Dos crimes contra a humanidade. Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 25º da Constituição da República Portuguesa. Direitos, Liberdades e Garantias. Direito à integridade pessoal

Artigo 32º da Constituição da República Portuguesa. Direitos, Liberdades e Garantias. Garantias de processo criminal

Assembleia Geral das Nações Unidas. (1984). Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (1969). Convenção Americana dos Direitos do Homem.

Organização das Nações Unidas. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos

Organização das Nações Unidas. (1966). Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. (1960) Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Bibliografia

- Ambos, K. (2008). May a state torture suspects to save the life of innocents?. *Journal of International Criminal Justice*, 6(2), 261-287.
- Amnesty International. 1984. *Torture in the Eighties*. London: Amnesty International.
- Archdiocese of São Paulo. 1986. *Torture in Brazil: A Report*. Translated by Jaime Wright, edited by Joan Dassin. New York: Vintage Books.
- Bacelar Gouveia, J. (2018). *Direito da Segurança*. Coimbra: Almedina
- Beccaria, C. (1766). *Dos Delitos e Das Penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian
- Brugger, W. (2000). May government ever use torture? Two responses from German law. *The American Journal of Comparative Law*, 48(4), 661-678.
- Brunner, G. 1990. *Before Reforms: Human Rights in the Warsaw Pact States 1971-1988*. London: C. Hurst.
- Bufacchi, V., & Arrigo, J. M. (2006). Torture, Terrorism and the State: A Refutation of the Ticking-Bomb Argument. *Journal of Applied Philosophy*, 23(3), 355-373.
- Costanzo, M. A., & Gerrity, E. (2009). The effects and effectiveness of using torture as an interrogation device: Using research to inform the policy debate. *Social Issues and Policy Review*, 3(1), 179-210.
- Courtois, S., N. Werth, J.-L. Panne, A. Paczkowski, K. Bartosek, and J.-L. Margolin. 1999. *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*. Consulting Editor, Mark Kramer; Translated by Jonathan Murphy and Mark Kramer. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- De Ste. Croix, G. E. M. 1999. "Why Were the Early Christians Persecuted?" In *The Social Organization of Law*, 2nd ed., edited by M. P. Baumgartner. San Diego: Academic Press.
- Dershowitz, A. (2002). *Why Terrorism Works: understanding the threat responding to the challenge*. Apple Books
- Dias, A. S. (2012). Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre*, 71, 235-276.
- DuBois, P. 1991. *Torture and Truth*. New York: Routledge.
- Ensalaco, M. 2000. *Chile Under Pinochet: Recovering the Truth*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Esteves, L. (2019). O emergente modelo político-criminal face ao terrorismo, ou o Direito Penal do Inimigo em "acção"

- Feitlowitz, M. 1998. *A Lexicon of Terror: Argentina and the Legacies of Torture*. New York: Oxford University Press.
- Figueiredo Dias, J. (2007). *Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora
- Foucault, M. 1995. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, translated by Alan Sheridan. New York: Vintage Books.
- Garnsey, P. 1970. *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*. London: Oxford University Press.
- Gathii, J. T. (2003). Torture, extraterritoriality, terrorism, and international law. *Alb. L. Rev.*, 67, 335.
- Gomez, M. 2003. *Human Rights in Cuba, El Salvador, and Nicaragua: A Sociological Perspective on Human Rights Abuse*. New York: Routledge.
- Greco, L. (2009). As regras por trás da exceção—reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”. *Revista Jurídica*, 23(7), 229-264.
- Guest, I. 1990. *Behind the Disappearances: Argentina’s Dirty War Against Human Rights and the United Nations*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Huggins, M. K. 2002. “State Violence in Brazil: The Professional Morality of Torturers.” Pp. 141–51 in *Citizens of Fear: Urban Violence in Latin America*, edited by S. Rotker. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
- Huggins, M. K., M. Haritos-Fatouros, and P. G. Zimbardo. 2002. *Violence Workers: Police Torturers and Murders Reconstruct Brazilian Atrocities*. Berkeley: University of California Press.
- Jackson, R. (2007). Language, Policy and the Construction of a Torture Culture in the War on Terrorism. *Review of International Studies*, 353-371.
- Kassin, S. M. (1997). The psychology of confession evidence. *American Psychologist*, 52(3), 221.
- Kelman, H. C. (2005). The policy context of torture: A social-psychological analysis. *Int'l Rev. Red Cross*, 87, 123.
- Langbein, J. H. 1977. *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancient Regime*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lewis, P. H. 2002. *Guerrillas and Generals: The “Dirty War” in Argentina*. Westport, CT: Praeger.
- Miles, S. H. (2009). Profane Research Versus Researching the Profane: Commentary on Başoglu (2009). *American journal of orthopsychiatry*, 79(2), 146-147.

- Moreira, V. (2014). *Constituição da República Portuguesa Anotada: Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora
- Novais, J. (2018). *A Dignidade da Pessoa Humana: Volume I*. Coimbra: Almedina
- Parry, J. T. (2008). Torture nation, torture law. *Geo. LJ*, 97, 1001.
- Peters, E. (1996). *Torture: Expanded Edition*. Philadelphia: University of Pennsylvania.
- Peters, E. (2018). *Torture*. University of Pennsylvania Press.
- Rejali, D. (2009). *Torture and democracy*. Princeton University Press.
- Ruthven, M. 1978. *Torture: The Grand Conspiracy*. London: Weidenfeld and Nicolson.
- Shue, H. (1978). Torture. *Philosophy & Public Affairs*, 124-143.
- Steinhoff, U. (2010). Defusing the Ticking Social Bomb Argument: The right to self-defensive torture. *Global Dialogue (Online)*, 12(1), 1.
- Sussman, D. (2005). What's wrong with torture?. *Philosophy & Public Affairs*, 33(1), 1-33.
- Waldron, J. (2005). Torture and positive law: jurisprudence for the White House. *Colum. L. Rev.*, 105, 1681.
- Zedner, L. (2008). Terrorism, the ticking bomb, and criminal justice values: Lucia Zedner examines the 'ticking bomb' scenario as a way of restraining, rather than licensing, exceptional measures against terrorism. *Criminal Justice Matters*, 73(1), 18-19.