

A EXCLUSÃO DA ILICITUDE DO TORTURADOR DE TERCEIRO POSSUIDOR DE INFORMAÇÃO NUM CENÁRIO DE *TICKIN TIME BOMB*

André Luis Callegari¹

Saulo Salvador Salomão²

Resumo:

O presente trabalho problematiza um importante tema que insiste em ser retomado de tempos em tempos no âmbito dos estudos/aplicação do Direito Penal, qual seja a possibilidade da tortura em situações limite onde inocentes tem sua vida ameaçada por ações de terroristas. No caso, traz-se case fictício em que se questiona a eventual legitimidade quando tratar-se de possuidor (não terrorista) de informações sobre paradeiro de bomba relógio instalada em local incerto e prestes a explodir, ocasionando provável morte de inocentes.

Palavras-chave: tortura; bomba-relógio; terrorismo; dignidade humana.

1 ESPECIFICIDADES DO CASO EM ESTUDO

Chega aos órgãos de repressão, nomeadamente a polícia, a informação de que há uma bomba-relógio ativada, com alto poder destrutivo, instalada em local incerto da cidade ou mesmo do país. As fontes de inteligência que descobriram a aterrorizante notícia não conseguem, contudo, localizar o paradeiro de nenhum terrorista envolvido na empreita criminoso, que poderá ceifar dezenas, centenas ou quiçá milhares de vidas de cidadãos inocentes. Apesar da frustração, no intento de capturar os terroristas, os referidos setores tiveram sucesso em identificá-los, ação que tornou possível a localização de terceiros que cultivavam proximidade com os responsáveis pela situação de terror. Pode-se escalar para este papel algum familiar ou qualquer pessoa cujo grau de proximidade com o terrorista leve a crer que determinado sujeito teria informações a respeito da localização do artefato explosivo.

Conduzido perante as autoridades responsáveis pela investigação do crime em andamento, o sujeito em questão, doravante denominado *terceiro*, se recusa a fornecer qualquer informação

¹ André Luís Callegari é doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid – Doutor Honoris Causa pela Universidad Autónoma de Taxcala – México – Doutor Honoris Causa pelo Centro Universitário del Valle de Teotihuacan – México – Professor no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos – Advogado criminalista.

² Saulo Salvador Salomão é advogado criminalista - Especialista e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, membro pesquisador do Dasein – Núcleo de Estudos Hermeneuticos da Unisinos – RS.

acerca do paradeiro dos terroristas a ele relacionado ou sobre o local onde se encontra a bomba-relógio. Os motivos de tal recusa podem ser variados, desde a simples negativa de que possua qualquer informação acerca do que lhe é perguntado, até a afirmação de que não falará por que não tem interesse em cooperar com as investigações. Independentemente, os profissionais da inteligência acreditam ter elementos suficientes para concluir que o conduzido, embora decididamente não seja um terrorista ou sequer tenha colaborado com o plano relativo à instalação da mencionada bomba, possui, sim, informação sobre de sua localização.

Frente à recusa da cooperação do *terceiro* e, cientes de que a bomba-relógio está ativada e seu cronômetro conta, segundo o por segundo, o tempo restante até o momento da explosão, aventa-se uma proposta: submetê-lo à tortura como forma de extrair as informações que supostamente possui e que possam levar à localização e desativação do artefato explosivo.

Malgrado seja razoavelmente amplo o conceito de tortura adotado pelos diplomas legais internacionais e internos, opta-se pelo foco em quatro modalidades expostas por Alan Dershowitz³, quais sejam:

- i) O suplício das unhas (que consiste em enfiar agulhas esterilizadas por baixo das unhas do torturado, provocando-lhe aguda dor);
- ii) O suplício dos dentes (no qual, fazendo uso de instrumentos odontológicos adequados, são perfurados e/ou extraídos os dentes do torturado sem o recurso de anestésico, infligindo considerável sofrimento);
- iii) O soro da verdade (ministra-se a substância no corpo do torturado, tendo está o eficaz efeito de dopar o indivíduo de tal forma a fazê-lo perder o controle sobre a decisão do que quer ou não falar);
- iv) O *waterboarding* (também conhecido como suplício da água), método amplamente utilizado nos interrogatórios realizados pela inquisição italiana no século XVI e nos anos 70 do século passado pelos *Khmers* vermelhos do Camboja, tendo sido incluído em novembro de 2005 no rol de técnicas permitidas à CIA para interrogatório de suspeitos de terrorismo, sendo defendida publicamente pelo então presidente

³ DERSHOWITZ, Alan. *Why terrorism works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. Yale University Press. 2003, p. 144-248.

americano George W. Bush na ocasião em que vetou a proposta de lei apresentada pelo Congresso Americano no sentido de erradicar a prática⁴. Amarram-se os pés e as mãos do torturado, de forma a deixá-lo plenamente imobilizado, posicionando-o deitado, com os pés mais elevados em relação à cabeça. Cobre-se, então, sua face com um pano ou plástico, ocasião em que se despejam repetidamente água no rosto, causando agonizante sensação de asfixia.

Diante da situação apresentada, considerando a urgência em se descobrir a localização precisa da bomba-relógio que ameaça a rebentar; considerando a negativa de cooperação do *terceiro* em apresentar elementos que possam ser úteis aos órgãos de investigação na busca pelo explosivo, qual é a resposta apresentada pelo Direito para a pergunta: caberia exclusão da ilicitude caso os policiais usassem técnicas de tortura para extrair as informações buscadas? Faz-se necessária, antes da resposta, uma análise das previsões normativas no ordenamento jurídico brasileiro, além dos diplomas internacionais que versam sobre o delicado tema.

2 A LEI E A TORTURA: UMA PROIBIÇÃO ABSOLUTA?

O ordenamento jurídico brasileiro é vasto em matéria de proibição da tortura, a começar pela própria Constituição Federal, que estabelece entre os incisos do art. 5º:

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)

⁴ SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; SOUSA, Susana Aires de; ANTUNES, Maria João (orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Coleção: Stvdia Ivridica. Coimbra. Ed. Coimbra. 2010.

e) cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Extraí-se dos dispositivos constitucionais destacados que se estabeleceu sumariamente a vedação da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes, sendo aquela considerada, desde o primeiro momento, inafiançável e insuscetível de graça, indulto ou anistia, buscando ainda coibir formas diversas de tratamentos equiparáveis à tortura, como as penas cruéis, de trabalhos forçados, de morte e perpétuas, frisando, por fim, que se assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, sem, contudo, tipificar o crime de tortura ou mesmo a definir.

A primeira definição de tortura a compor o ordenamento jurídico brasileiro resulta da Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, assinada em Cartagena das Índias, Colômbia, datada de 1985, ratificada pelo Brasil e internalizada por meio do Decreto 98.386, de 9 de novembro de 1989, estabelecendo o seguinte:

Art. 2º. Para os efeitos desta convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação ou castigo pessoal, como medida preventiva ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também por tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou psíquica.

Não parece difícil visualizar que todas as modalidades de tortura anteriormente citadas encontram-se devidamente representadas na definição dada pela referida Convenção. Observa-se, contudo, que não se tem ali estabelecido um tipo penal, tendo este vindo isso integrar o arcabouço normativo brasileiro com o advento da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que "define o crime de tortura e dá outras providências", assim posto:

Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança, a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

A presente lei também prevê no § 2º do art. 1º, um crime específico para as autoridades que se omitirem diante das práticas acima elencadas, estabelecendo pena de detenção de um a quatro anos.

Convém pontuar que a previsão do inciso II do transcrito art. 1º substitui a art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente que, na verdade, foi o diploma que instituiu o primeiro crime de tortura, embora se limitasse aos menores que estavam sob a guarda do torturador.

Em suma, além da previsão constitucional que deixa claro o repúdio do Estado Brasileiro à tortura, da instituição um tipo penal que define o crime e estabelece considerável punição, responsabilizando, ainda, a omissão das autoridades diante da prática dos atos por ele vedados, firmou-se ainda um compromisso internacional de combate à tortura. Vê-se de forma clara que o Brasil conta com amplo material normativo, no sentido de proibir, combater e erradicar a tortura.

Torna-se imperativa a constatação de que o ordenamento jurídico brasileiro é consideravelmente bem equipado em matéria de dispositivos normativos elaborados para combater e repelir a tortura, contando com definição ampla da prática e com severas penas

para quem desrespeita o previsto no tipo. Conclui-se obrigatoriamente, nas palavras de Silva Dias⁵:

A proibição da tortura é entre nós absoluta e sem reservas. Em abono do carácter absoluto da proibição, a doutrina argumenta que ela forma o “núcleo de protecção absoluta do direito fundamental ‘a integridade pessoal’”; que constitui um “arquétipo jurídico”, uma regra emblemática de um amplo compromisso para diferenciar claramente o Direito da brutalidade; que pertence ao “indisponível de uma ordem jurídica, ao seu núcleo intocável: ‘a cultura jurídica dominante’”. Funcionando como um “tabu jurídico”; ou, como prefere dizer Claus Roxin, que se trata de uma *Groundnorm*.

Frente a tal premissa, questiona-se: quais os motivos que ensejam tanto esforço para proibir a tortura? Sana-se a questão, quando se recorda que tratamos de um país recém liberto (em tempo histórico) de um regime ditatorial, ainda atormentado pelos fantasmas dos tristes anos em que seu povo teve a liberdade podada rente à raiz pela despótica navalha do totalitarismo. Uma vez conquistada a democracia e em consequência do seu constante processo de amadurecimento, buscou-se reforçar a importância de preservação dos direitos e garantias fundamentais, eis que inseparável a concepção de democracia real da garantia plena destes.

2.1 TORTURA: DA DIGNIDADE À COISIFICAÇÃO

Tem-se com a realização da prática de tortura um efeito duplo que deve ser visto sobre a óptica do particular e sobre a pública. Embora separadas para efeitos didáticos, ambas encontram-se intimamente relacionadas, eis que se referem neste plano à concepção de pessoa compatível com o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e naquele à coisificação a qual é submetida a vítima da tortura.

Ao analisar o crime e objetivando a identificação do bem jurídico tutelado por sua proibição, Dershowitz constrói o entendimento de que, quando não-letal, atinge-se tão somente a integridade física do torturado⁶. Tal raciocínio se mostra integralmente equivocado, na medida em que se observa que a tortura afeta o sujeito a ela submetido na totalidade de sua integridade pessoal e mesmo na sua dignidade de pessoa.

⁵ SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?* op. cit. p. 212. Frise-se que o autor se refere ao sistema português, mas a conclusão é igualmente cabível para o ordenamento brasileiro.

⁶ DERSHOWITZ, Alan. *Why terrorism works*. op. cit., p. 144.

Observe-se, ainda, que a idéia de legitimar a tortura em qualquer hipótese que seja, implica em se retroagir na evolução do processo penal, regressando-se a um modelo inquisitório, de onde se partia da pressuposição de que o interrogando era culpado, destituído de direitos, todavia portador de uma série de deveres, inclusive do dever de colaborar com as autoridades incumbidas da investigação do crime que praticara, sendo-lhe imposta a contribuição no sentido de se desnudar a verdade e reunir provas para sua auto-incriminação.

Rebaixa-se, com a tortura, uma pessoa ao *status* de coisa, destituindo-a de sua vontade, bem como de dignidade e tratando-a com instrumento para a obtenção de informação. Alcança-se este raciocínio através do pensamento kantiano que separa de um lado quem tem dignidade e de outro algo que possui valor de troca⁷. O que tem valor de troca está sujeito ‘as livres transações do comércio. O homem, nos termos da segunda formulação do imperativo categórico de Kant, portador de dignidade que é, constitui fim em si mesmo, não podendo, jamais, ser considerado “meio” para qualquer resultado. Isso é indisponível, sendo vedada toda forma de instrumentalização⁸.

Além dos danos provocados à pessoa do torturado, a tortura corrói os pilares do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que sua prática é diametralmente incompatível com o sistema acusatório, a ampla defesa, o princípio da não auto-incriminação e com a defesa da dignidade da pessoa humana, todos necessários para a caracterização do referido paradigma constitucional. Conceber brechas legais para a utilização da tortura é negar todos os avanços conquistados pelo Estado Democrático de Direito e reabrir a porta para um passado que muito se esmerou para superar, lançando mão de estratégias idênticas às usadas nos períodos mais tristes da história pátria.

Coisificar quem tem dignidade é o pecado mais grave que pode cometer alguém que reza pro Estado Democrático de Direito, nos remetendo para nosso triste passado de autoritarismo, onde por justificativas ditas nobres, como a manutenção da ordem, o respeito aos valores, aos costumes, à família, à propriedade, a Deus, eram invocados para justificar a tortura em pessoas que o Estado denominava terroristas. Em verdade, era esse o termo utilizado pela Ditadura Militar, quando se referia aos opositores ao regime. Quem define quem está sujeito à tortura e quem não está? Responde-se: Ninguém. A Lei Maior já reconhece a

⁷ SEIDLER, Victor. *Kant, respect and injustice: the limits of liberal moral theory*. ed. Routledge & Kegan Paul. 1986, p. 26 e ss.

⁸ SILVA DIAS, Augusto. *Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*. Coimbra Editora. 2008, p. 91 e ss.

dignidade de todos os seres humanos como sendo bem inalienável. Logo, aí reside o limite último à permissão dos comportamentos.

2.2 CASOS EXTREMOS, SOLUÇÕES DISTINTAS?

Conjugando-se agora a situação inicialmente apresentada do cenário de bomba-relógio com o paradigma da proibição absoluta, fruto da conclusão obtida a partir da análise das previsões normativas relativas à tortura encontradas nos ordenamentos jurídicos acima citados, indaga-se acerca da possibilidade de se conceber a hipótese de o Direito admitir a tortura praticada por agente estatal naquele contexto? Tal qual Silva Dias⁹, entende-se que a resposta só poderá ser negativa.

De início, não se pode fechar os olhos para a lógica perversa que a tortura segue e seguiu sempre que foi praticada. Ela se expande, transformando em regra tudo aquilo que anteriormente era concebido como sendo exceção. Uma vez fornecida a autorização legal para o uso da tortura em determinadas situações, inevitável será a tendência de sua utilização em outras situações que detenham a mesma importância e aparentem necessitar de igual método. Admitida a tortura nas situações de luta contra o terrorismo, o que impediria sua utilização na afronta ao tráfico de drogas, crime cujo combate exige altos custos financeiros e sociais do Estado, gerando situações calamitosas de verdadeiras guerrilhas urbanas como o caso do Rio de Janeiro?¹⁰

Se for possível a verificação da tendência à elasticidade lista de situações que advêm da permissão legal do uso da tortura em algum caso específico, observa-se igual tendência à ampliação da lista das pessoas passíveis de serem submetidas ao cruel método. Se a tortura é permitida contra o terrorista, o que dizer de um terceiro detentor da informação acerca da localização da bomba (nos molde do caso-problema)?¹¹ A situação da tortura de *terceiros* é repelida por Dershowitz¹², malgrado este, diferentemente da corrente doutrinária que adere o presente estudo, não veja a indissociabilidade entre os casos.

Não poderá o Estado, igualmente, fornecer garantias de que a lista de métodos de tortura admitidos será preservada, visto que da própria natureza da prática a utilização de técnicas para causar dor e sofrimento, que sejam eficazes na extração da informação buscada. Uma vez

⁹ SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?* op. cit., p. 215 e ss.

¹⁰ *Ibidem*, p. 216.

¹¹ *Ibidem*, p. 216.

¹² DERSHOWITZ, Alan. *The torture warrant: a response to Professor Strauss*. In: *New York School Law Review*, vol. 48, p. 291.

iniciado um procedimento de tortura, o verdugo somente interromperá o ato quando obtiver o que o motivou. Nesses termos, na hipótese de o torturado resistir à dor provocada pela infiltração de agulhas sob as unhas, o que impediria o torturador de arrancá-las para provocar dor ainda maior e romper a resistência?¹³

É justamente essa lógica perversa própria e incontrolável que norteia a prática da tortura, transformando rapidamente uma situação de exceção em regra, tornando-se ineficaz qualquer tentativa de limitar o rol de casos em que ela poderá ser utilizada, o de pessoas passíveis de serem a ela submetidas, bem como a lista de métodos a serem utilizados pelos agentes responsáveis pelo repudiado ato. Rebaixa-se o cidadão à condição de coisa, atacando com golpes certos os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Expostos os argumentos que justificam a impossibilidade da legalização da tortura nos casos relativos à situação-problema proposta, bem como em todo e qualquer caso, uma vez que isso implicaria em danos irreparáveis tanto para a vítima quanto para o *status* de Estado Democrático de Direito, que não poderia mais ser ostentado pela nação que respaldasse a prática, passa-se analisar o caso concreto com a legislação vigente. Partindo do princípio de que o agente estatal de segurança já prendeu o *terceiro* e o conduziu ao estabelecimento de inteligência, situação em que, diante da negativa de colaboração, torturou-o ou ordenou que um subalterno o fizesse. Aventa-se, então, a possibilidade de licitude da conduta, uma vez que se estaria frente a um interesse preponderante, qual seja, a vida de dezenas, centenas ou mesmo milhares de pessoas, hipóteses em que teriam vez institutos como a legítima defesa e o estado de necessidade.

Afirma-se que não merece prosperar o referido raciocínio, o fazendo sob o abrigo seguro da doutrina de Silva Dias, para quem *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*¹⁴.

Primeiramente, o Brasil é signatário da *Convenção sobre a Tortura*, que estabeleceu em seu art. 2º que: *nenhuma circunstância excepcional, qualquer que ela seja, quer se trate de estado*

¹³ SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal?* op. cit., p. 217.

¹⁴ *Ibidem*, p. 221.

de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura.

O texto é claro, auto-explicativo, faz parte do ordenamento jurídico, representa um compromisso firmado com a comunidade internacional e não dá margem à interpretação diversa sem que para isso se rompa completamente com os limites semânticos da previsão normativa. Trata-se de uma proibição absoluta, visto que frisa não permitir exceção de nenhuma natureza. Obviamente tal vedação abarca também as causas de justificação¹⁵.

Há de se ressaltar ainda que o estado de necessidade e a legítima defesa são mecanismos excepcionais de autotutela do cidadão, não sendo possível a invocação por parte do Estado ou por quem atua em seu nome. Quando o Estado é chamado a atuar, não o faz lançando mão de um direito que tem de realizar um comportamento típico em razão da salvaguarda de outro bem. O faz no cumprimento de seu dever legal de tutelar os bens jurídicos dos cidadãos. Não se esta diante de um direito de agir, mas sim de uma obrigação, um dever de proteger. No entanto, fundamental observar que o uso da força pelo Estado no cumprimento do referido dever há de ser regido pelos critérios pré-estabelecidos pela Lei, não podendo ir além disso, sob pena de descaracterização do Estado Democrático de Direito e a reclassificação para um Estado Policial¹⁶. Inexiste em qualquer parte do Direito brasileiro um comando de autorização da tortura, nem mesmo em circunstâncias excepcionais, como na hipótese de salvar vidas humanas. Dessa forma, sua prática não encontrará resguardo nas causas de justificação mencionadas.

No tocante aos argumentos específicos acerca da possibilidade da exclusão da culpabilidade do torturador com base na legítima defesa de terceiros ou alegando alguma modalidade do estado de necessidade, passa-se à análise.

De plano rejeita-se a tese da legítima defesa, eis que aplicabilidade do presente instituto no caso em apreço é prejudicada por uma série de fatores, entre eles:

1) a atualidade da agressão, exigência legal para a caracterização da legítima defesa, é questionável. A bomba pode estar programada para explodir a dias da data da tortura, o que transformaria o caso em, no máximo, uma antecipação do direito de defesa, conduta vedada pelo ordenamento.

¹⁵ *Ibidem*, p. 221.

¹⁶ *Ibidem*, p. 223-224.

2) no caso em tela, não se trata da tortura de um terrorista acusado de plantar a bomba, mas simplesmente, de um terceiro que tem ligação com alguém da facção terrorista e pode, eventualmente, ter em si alguma informação acerca do paradeiro da bomba. Assim sendo, como alegar a legítima defesa se o alvo dela não é quem comete o ataque? Imperativa conclusão no sentido de incabível a alegação de legítima defesa na presente situação.

Relativamente ao estado de necessidade, inicia-se pelo destaque ao fato de que, na hipótese-problema, bomba-relógio, a causa do perigo é uma ação humana, ao passo que a idéia do estado de necessidade é abarcar situações de perigo ocasionadas por forças naturais, mecânicas ou por acidentes.

Alcança-se a presente conclusão ao partir da premissa de que, uma vez não participante da ação criminosa não se pode afirmar categoricamente que o *terceiro* é possuidor da informação que conduza ao paradeiro da bomba, pois da proximidade deste com o terrorista só se poderá concluir com base em conjecturas e elucubrações. Assim sendo, torturá-lo com esteio na simples possibilidade de que detenha a informação apta a afastar o perigo somente poderá ser classificado como uma atitude inadequada e excessiva. Portanto, da mesma maneira que não se concebe a possibilidade de se extrair um rim de uma pessoa, ainda que com o nobre intuito de salvar outra, e da mesma maneira que não se pode extrair coercitivamente o sangue de alguém para uma transfusão, não será possível a imposição de tortura ao *terceiro* para eventualmente, caso ele tenha a informação buscada, se encontre e desative a bomba¹⁷.

Some-se aos argumentos já citados a questão da atualidade da agressão, devidamente levantada, quando da explanação acerca do cabimento da legítima defesa, igualmente vale para o raciocínio tocante ao estado de necessidade. Neste, malgrado a exigência não seja simplesmente a agressão atual e iminente, e sim, abrangendo a idéia de perigo duradouro (aquele cujo instante da concretização não se pode antever, mas que pode ocorrer a qualquer momento), também não será admitida a falta de atualidade, quando se estiver diante de perigo futuro¹⁸ (o que, por si só, é suficiente para impossibilitar o abrigo do instituto à conduta, quando se souber que a bomba não esta em vias de rebentar).

Por fim, após exame de idoneidade da medida na persecução do objetivo, reforça-se o fato de que a tortura do *terceiro* não é meio adequado para repelir o perigo que paira sobre a vida das

¹⁷ SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?* op. cit., p. 237.

¹⁸ *Ibidem*, p. 237.

peessoas ameaçadas pela explosão da bomba. É fato que a tortura extrai não a verdade, mas aquilo que o torturador quer ouvir¹⁹.

Mercê do exposto, conclui-se pelo não cabimento de exclusão de ilicitude, nomeadamente a legítima defesa e o estado de necessidade, na situação-problema posta.

3 SOBRE REGRAS E EXCEÇÕES

Feito o debate sobre a óptica dogmática, cumpre iluminá-lo com os refletores da filosofia. Sobre a possibilidade de se estabelecer como única exceção à regra da proibição absoluta a tortura realizada nos casos de *ticking time bombs*, aponta-se mais uma vez na direção da negativa. Não se pode conceber numa argumentação moral e jurídica um caminho que funcionara de maneira exclusivamente *ad hoc*. Uma exceção funcionará como a expressão de uma norma que lhe servira de base e que regulara o procedimento em outras situações análogas. Nem sempre tal regramento será enunciado de maneira clara, contudo deverá ser deduzida a partir dos dados que sustentam a exceção²⁰.

Partindo desse raciocínio, questionam-se quais seriam as regras que, de maneira implícita, justificariam a exceção? A tortura, como visto, consiste em ofensa à dignidade humana do torturado. Se aceita a exceção nos casos da bomba-relógio, uma ação provocada pelo torturado macula-se o enunciado de que: a dignidade pode ser mitigada em virtude de uma ação de seu titular (doravante denominada *regra da caducidade*²¹). Todo aquele que proceder em desconformidade com as normas num sentido pré-estabelecido (instalar ou tomar parte em empreendimento terrorista que instale bomba-relógio) perderá o direito a não ser torturado e, por conseguinte, a ter sua dignidade respeitada.²²

Nega-se, portanto, a dignidade enquanto algo inerente à condição humana da pessoa, concebendo-a como algo externo a qual o cidadão teria direito se procedesse em conformidade com as regras e que poderia perder na hipótese de não fazê-lo, sendo rebaixado à condição de *second class citizen*. Acatar a *regra da caducidade* é fazer coro com o mesmo raciocínio perpetrado por quem defende a pena e morte, a castração química de delinquentes

¹⁹ *Ibidem*, p. 238.

²⁰ GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura em los grupos de casos de las ticking time bombs*. Barcelona, 2007. Disponível em www.indret.com em 25 de abril de 2010.

²¹ Tradução livre da expressão *regla de la caducidad* contida em GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción*, op. cit., p. 11.

²² *Ibidem*, p. 11.

sexuais, consentindo, ainda, com a idéia de que no trato com criminalidade organizada não se faz necessário o respeito por direitos individuais²³.

Observa-se que a regra formulada tem natureza deontológica, determinando o proceder independentemente das conseqüências geradas pelo comportamento, bastando a ação do visado para sua produção de efeitos jurídicos. É possível também que se raciocine de maneira diferente e que se formule a regra orientada de acordo com as conseqüências possíveis no cenário. Nos casos de bomba-relógio, o que orientará o procedimento é o dano esperado pelo rebentar da bomba.

Dessa forma, extrai-se a conclusão de que: deve-se respeitar a dignidade desde que os custos desse respeito não impliquem em danos considerados demasiados (doravante denominada *regra dos custos*²⁴). De igual forma, na hipótese de a maioria ter um interesse suficientemente intenso que, para ser satisfeito necessite do desrespeito à dignidade de um grupo menor, verifica-se a possibilidade da supressão dessa dignidade²⁵.

Atinge-se, portanto, a conclusão de que todo ser humano pode ser coisificado em razão do interesse de outros, desde que os demais considerem que tais interesses são suficientemente valiosos.²⁶ Acatar a *regra dos custos* é conceber que a tortura pode alcançar a situação-problema eleita para o presente estudo, sendo devidamente justificada a tortura do *terceiro*.

Apesar de o raciocínio supra descrito não tenha se ocupado de analisar a correção das regras da caducidade e dos custos, limitando-se a delimitá-las como dedução lógica, é possível, desde já, notar a incompatibilidade das mesmas com a tradição jurídica brasileira que concebe a dignidade da pessoa humana enquanto inalienável, não podendo ser negada nem ao pior dos criminosos. Uma afirmação categórica de que o individuo não pode ser submetido a qualquer tratamento, seja por parte do Estado, seja por parte do particular. Com base nisso, a tortura só poderia ser considerada inadmissível, inclusive nas situações extremas²⁷.

Vê-se, assim, que não se trata de estabelecer uma exceção para um caso específico que se julgue necessário, e sim de seguir o complexo raciocínio externado, raramente contido na

²³ *Ibidem*, p. 11.

Tradução livre da expressão *regla de los costes* contida em GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción*. op. cit., p. 12

²⁵ *Ibidem*, p. 12.

²⁶ *Ibidem*, p. 12.

²⁷ *Ibidem*, p. 12.

argumentação daqueles que defendem a tortura, mas não estão dispostos a estabelecer uma ruptura com o modelo de princípios sedimentado em nossa tradição jurídica.

3.1 SOBRE A REGRA DA CADUCIDADE

Prescreve a regra da caducidade que o direito à preservação da dignidade pode ser perdido em virtude de atos cometidos por determinado cidadão, tendo sido deixado devidamente evidenciado que o conceito de dignidade adotado pela República brasileira não permite tal distorção. Entende-se correto o modelo jurídico adotado, não cabendo modificações no conceito, com base no raciocínio que passa a expor²⁸.

Cumpra ao Estado o papel de ser a instância superior de poder em um determinado território, tomando para si o monopólio do uso da força. Frise-se que o que diferenciaria o poder exercido pelo Estado do poder exercido por uma determinada quadrilha que controle uma região é o fato de que o Poder Estatal é um poder legítimo, devendo tal legitimidade ser fundamentada sob o ponto de vista jurídico e moral. Cabe ao Estado apresentar a razão pela qual o poder que ostenta é um poder legítimo²⁹.

Se antigamente, por vezes a razão que justificava a legitimidade do Poder Estatal era creditada ao poder divino, às dinastias familiares ou mesmo à fundação de uma sociedade racialmente superior, nos tempos atuais o que legitima tal poder é o fato de ele ser exercido em nome do povo. É o destinatário do poder quem o legitima a vinculá-lo sob os pontos de vista jurídico e moral. Dessa forma, é papel do Estado levar realmente a sério o povo que lhe confere o poder, sob pena de esta legitimidade não passar de uma afirmação vazia. Isso sequer significa que o Estado esteja vinculado a cumprir o desejo dos cidadãos, mas simplesmente reconhecer que estes sejam capazes de fazer suas escolhas e de tomar suas decisões. É requisito justificador da representação da vontade dos cidadãos pelo Estado o fato de se reconhecer que os mesmos têm vontade³⁰.

Em poucas palavras, o Estado não está vinculado a cumprir a vontade dos cidadãos. O que lhe é obrigado é reconhecer que estes cidadãos têm vontade própria e capacidade de decisão. É justamente daí que se extrairão os motivos pelos quais a tortura é proibida e nenhum comportamento terá o condão de autorizá-la. O efeito da tortura é justamente o de retirar do indivíduo a ela submetido a condição de ser humano, visto que lhe anula o direito de ter

²⁸ *Ibidem*, p. 12.

²⁹ *Ibidem*. p. 13.

³⁰ *Ibidem*, p. 14.

vontade, o pressuposto necessário para o exercício legítimo do Poder Estatal. É fato que a tortura elimina completamente o direito do cidadão a ter vontade, transformando-o em alguém em nome de quem o Estado não mais poderá falar³¹.

Confronta tal entendimento a afirmação de Jakobs³² de que a decisão de não mais ser representado pelo Estado é tomada pelo torturado, na medida em que ele opta (com a prática de seu ilícito) pela renúncia a sua condição de cidadão. Além de obviamente não caber como solução à situação-problema do presente ensaio, a referida tese não merece prosperar na medida em que não leva em conta que o aspecto negativo da tortura não é o desrespeito ao conteúdo material da vontade do torturado, e sim o fato de que, com ela, ignora-se o fato de o torturado ter ou não vontade. É uma declaração do Estado ao torturado que sua vontade em nada lhe interessa, razão pela qual soa incoerente centrar-se no conteúdo da vontade e, ao mesmo tempo, tratá-la como irrelevante³³.

Por fim, convém salientar que, com base na *regra da caducidade*, não somente o terrorista responsável pela colocação da bomba seria passível de perder sua dignidade e ser submetido à tortura, lhe acompanhando todo aquele que de alguma forma tenha tomado parte no intento terrorista. Abarca-se, inclusive, a situação do *terceiro*, uma vez que não estaria no cumprimento de seu dever de socorro. Quem defende a teoria da caducidade é levado a defender, também, a aplicação da tortura aos detentores de informação, mesmo que não tenham tomado parte no empreendimento terrorista³⁴.

Questiona-se, assim, se o que autorizaria de fato a prática da tortura seria mesmo uma prática que tiraria do cidadão o direito a dignidade, uma vez que também seria possível a tortura de pessoas pelo fato de terem elementos para evitar as conseqüências da explosão da bomba e não terem-no feito por vontade própria. Perde-se, então, a consistência do argumento da *regra da caducidade*, pois que começa deontologicamente com a responsabilidade e, posteriormente não mais se diferencia da justificação consequencialista baseada nos custos³⁵.

Por fim, refuta-se a tese da *regra da caducidade* ao afirmar que: não se pode justificar com qualquer argumento relativo à vontade a própria negação da vontade. Reside aí a grande incoerência da regra, na medida em que diz observar a vontade do torturado justamente para

³¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

³² Apud. GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción*, op. cit., p. 15.

³³ *Ibidem*, p. 15.

³⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame: a Theory of the Criminal Law*. Oxford University, 1997.

³⁵ GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción*, op. cit., p. 16.

anulá-la da forma mais contundente possível. Registre-se, ainda, a incapacidade de se delimitar o alcance da dignidade, eis que se faz possível a tortura não só do responsável pela bomba, mas de qualquer que tenha a informação necessária para evitar sua explosão³⁶.

3.2 SOBRE A REGRA DOS CUSTOS

Uma análise da *regra dos custos* não pode começar sem que se enuncie que por ela a dignidade humana é um direito que deve ceder frente a um determinado custo. Cabe, de plano, a afirmação de que não se pode conceber compatibilidade da regra com o pensamento de que o Estado exerce seus poderes no sentido de atuar em nome de todos seus destinatários. Acatar a idéia de que somente se deve preservar a dignidade humana nos casos em que isso não implicar num custo maior afronta a premissa de esta ser um valor intrínseco à condição de humano, independentemente de qualquer variável³⁷.

Malgrado o entendimento acima externado, para efeito de continuação do debate, acolhe-se a falsa premissa de que se poderia desrespeitar a dignidade humana para evitar danos de grave proporção. Tem-se por corolário disso que a tortura seria admissível nas situações de bomba-relógio? É uma conclusão no mínimo questionável. Apesar de ser apresentada como dado empírico, a afirmação de que o dano provocado pela explosão do referido artefato seria maior do que o provocado pela tortura do terrorista ou do terceiro é fruto de concepção ideológica. Invocar a tortura para resolução do problema é desenterrar uma tática que já havia sido sepultada e melhor seria se assim continuasse³⁸.

O exemplo da bomba-relógio desperta argumentos passionais e ideológicos que desembocam numa solução que acaba por infringir um princípio fundamental na tradição ética consequencialista, qual seja: o princípio da imparcialidade. Enquanto os danos provocados pela explosão do mencionado artefato afetaria a todos nós, estaríamos protegidos dos danos provocados pela tortura. Deixa-se de tomar em conta que autorização para torturar tenderia a estender-se para outras formas de criminalidade menos graves. Quando se pensa que o rebentar da bomba poderia atingir-nos, realmente parece desumano insistir no caráter absoluto da proibição da tortura. Visão distinta teria os que viveriam sob a constante ameaça de serem

³⁶ *Ibidem*, p. 16.

³⁷ *Ibidem*, p. 16.

³⁸ *Ibidem*, pp. 17-18.

torturados, em regra, os pertencentes às minorias étnicas. Trata-se de uma relação de custo-benefício onde alguns colhem os benefícios e a outros cumpre suportar os custos³⁹.

Um segundo motivo pela qual se tende a ouvir mais vozes em prol da relativização da tortura em casos extremos é a já ocorrida virada paradigmática da concepção de Estado. Se ao momento do paradigma liberal a idéia de Estado viria acompanhada de uma inerente desconfiança, eis que se o concebia enquanto um potencial limitador de direitos, no pós-bem estar social a atitude é de respeito e confiança, reservando-se o temor aos grupos criminosos e terroristas. Nesse sentido, incrementa o tempero ideológico à concepção de que o custo-benefício seria melhor com a relativização da tortura o fato de que atualmente se parte da premissa de que se tem menos a temer ao Estado do que aos particulares. Ressalte-se, no entanto, que tal constatação carece de razão se analisadas as atrocidades cometidas por Estados nacionais ao longo da história e, em especial na primeira metade do século XX. Comparado a isso, as bombas-relógio e mesmo o *11 de Setembro* adquirem proporções realmente singelas⁴⁰.

Destarte, verificam-se insustentáveis os argumentos de matiz consequencialista, pois carentes de fundamentação empírica e teórica, baseando-se exclusivamente em argumentos calcados na ideologia.

CONCLUSÃO

O Direito é ciência peculiar que na velocidade lenta e segura do seu passo se esforça para acompanhar as transformações sociais, bem como a necessidade de regulação de práticas que anteriormente não lhe exigiam a atenção. De igual maneira, caminha para o seu aprimoramento. Nesse sentido, abandona a proteção a comportamentos que não mais se harmonizam com o seu todo. É aí que deve se situar a questão da tortura.

Se um dia a tortura foi admitida pelo Direito, há muito ela é uma prática repudiada. Ocorre, contudo, que tempos difíceis como os atuais, onde a criminalidade ganha proporções insustentáveis, as organizações terroristas executam ações de magnitude jamais antes vista (como o episódio do ataque às torres gêmeas do *World Trade Center* e as instalações do Pentágono) e o medo passa a povoar os pensamentos das pessoas, soluções radicais tendem a ser apresentadas e bem recebidas pela população.

³⁹ *Ibidem*, pp. 18-19.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 19-21.

Exemplo plenamente adequado é a proposta de relativização da proibição absoluta da tortura nos casos extremos como o eleito para situação-problema deste ensaio, o do possuidor de informações acerca da localização de uma bomba-relógio. É no afã de conter uma ameaça que provoca o temor generalizado que setores da sociedade se levantam e defendem a volta de uma prática que fora afastada justamente pelo entendimento de que seria incabível aos moldes do Estado Democrático de Direito.

Sabidamente o constituinte nacional, num movimento que rompia com uma ordem autoritária que até então imperava naquelas nações, alçou a dignidade humana a um trono da qual não pode ser removida. Fora acompanhado pela doutrina jurídica que fortaleceu a concepção do referido instituto, enquanto obstáculo à coisificação, não permitindo que o ser humano, fim em si mesmo, seja rebaixado à condição de meio para se atingir determinado objetivo, independentemente de ser este nobre ou nefasto.

A tortura é procedimento que retira do ser humano seu direito de determinar-se, de fazer escolhas e de ter vontade, afastando dele sua dignidade e transformando-o em instrumento para a persecução de um fim, na hipótese em testilha, da informação buscada. Dessa forma, nos termos da Constituição Federal, sua prática é vedada de forma imperativa e absoluta, inclusive nas situações extremas como a do caso apresentado no primeiro tópico.

É ilusória qualquer afirmação no sentido de que se podem delimitar as situações em que a tortura será utilizada, quais serão as pessoas passíveis de serem submetidas à tortura ou mesmo quais serão os meios de tortura admitidos. Ela não admite limites impostos e transforma as exceções em regras. Quando autorizada em um caso, tende a ser empregada em outros que o torturador julgue de igual relevo. Quando autorizada contra determinadas pessoas, o carrasco tende a ampliar a lista, quando verifica que nela não se encontra o possuidor da informação que ele almeja ou que a inclusão de mais um será necessária para obter sucesso. Por fim, se determinado meio permitido para executar a combatida prática não se mostra eficaz para alcançar os objetivos da operação, a tendência do verdugo é maximizar o rol a ponto de encontrar aquele que consiga ser suficiente para quebrar a resistência do torturado.

Não poderá ser acatado o argumento do torturador no sentido de que sua ação encontra-se acobertada por excludente de ilicitude, seja ela a legítima defesa ou alguma modalidade de estado de necessidade. Primeiramente porque, como já foi dito, a proibição é absoluta, não

acatando exceções. Continuando, as formas de exclusão de ilicitude postas são formas em que o Estado concede ao particular o direito de agir infringindo um tipo penal para garantir a salvaguarda de outro bem jurídico, não sendo ele próprio o destinatário. A ele é imposto o dever de proteger os bens jurídicos dos cidadãos, devendo esta proteção se dar nas formas reguladas pela legislação, sob pena de abandono do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Verifica-se a omissão do agente público quando a ele incumbe um dever e este não cumpre. Não há, pois qualquer dever de torturar.

No exemplo em questão não se está diante de um terrorista, e sim diante de um *terceiro* suspeito de ser possuidor de informação, logo, não é o torturado o autor da agressão, informação suficiente para de plano afastar a legítima defesa. Frise-se que também não se vê cumprido o requisito da atualidade da agressão, vez que a bomba pode estar programada para explodir a uma distância temporal de dias, restando a ação devidamente caracterizada como antecipação do direito de defesa.

O mencionado requisito da atualidade também se vê obrigatório e descumprido quando se tenta caracterizar a tortura em análise como sendo uma ação em estado de necessidade. Igualmente se verificará uma antecipação da defesa pelos mesmos motivos retro-explicitados. Para além, os estados de necessidades foram concebidos para abarcar situações de perigos naturais, mecânicos ou mesmo resultantes de acidentes, o que não se verifica na situação em tela, onde a ameaça advém de uma ação humana.

Conclui-se, dessa maneira, pelo não cabimento da exclusão da ilicitude do agente torturador de terceiro não terrorista suspeito de ter informações acerca da localização do artefato explosivo, seja pela legítima defesa, seja pelo estado de necessidade, na medida em que, além de existir proibição geral que inclui os institutos, as condutas praticadas não encontram resguardo nos mesmos.

Por último, uma análise do ponto de vista filosófico trás a confirmação de todo o defendido ao longo do trabalho. Uma exceção não pode ser criada *ad hoc*, trazendo sempre em si uma regra que a justifica, estabelecendo implícita ou explicitamente, que nas hipóteses em questão se aplicará a solução jurídica criada.

Tanto a regra da caducidade que prevê que o direito à dignidade pode ser perdido com a prática de determinado comportamento, quanto à regra dos custos que determina que o direito

à dignidade possa ser mitigado caso seu respeito implique na assunção de custos significativos se mostram inadequados ao conceito de dignidade no texto constitucional.

Ademais, despir o indivíduo de seu direito de ter vontade implica em minar a própria legitimidade do Poder Estatal, eis que este se baseia na representação da vontade dos cidadãos. A análise dos custos também se mostra desviada por paixões e ideologias, mostrando que o exercício de ponderação realizado, longe ser imparcial, é marcado por preconceitos e subjetivismos.

Destarte, não restam dúvidas de que a tortura é vedada de forma absoluta no ordenamento jurídico brasileiro e que tal proibição não é sem motivo, posto que fruto de uma construção histórica, com espeque na Constituições, internacionalmente reconhecida e prevista em tipos penais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

DERSHOWITZ, Alan. *Why terrorism works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. Ed. Yale Univ. Press, 2003.

DERSHOWITZ, Alan. *The torture warrant: a response to Professor Strauss*. In: New York School Law Review. Vol. 48, p. 291.

MOORE, Michael. *Placing Blame: a Theory of the Criminal Law*. Oxford University, 1997.

SEIDLER, Victor. Kant, respect and injustice: the limits of liberal moral theory. ed. Routledge & Kegan Paul, 1986, p. 26 e ss.

SILVA DIAS, Augusto. *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro*. Coimbra Editora, 2008, p. 91 e ss.

SILVA DIAS, Augusto. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o genio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; SOUSA, Susana Aires de; ANTUNES, Maria João (orgs). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Coleção: Stydia Ivridica. Coimbra. Ed. Coimbra, 2010.

GRECO, Luis. *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura em los grupos de casos de las ticking time bombs*. Barcelona. 2007. Disponível em www.indret.com em 25 de abril de 2010.