



Maria Daniela Guerreiro

Desculpar o indesculpável em situações- limite

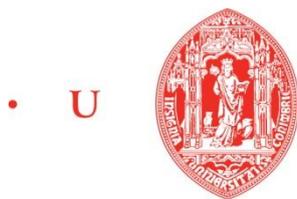
Reflexões sobre a Tortura em casos de bomba-relógio

*Dissertação de Mestrado na Área de Especialização
em Ciências Jurídico-Criminais,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Orientador: Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa*

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Maria Daniela Guerreiro

Desculpar o Indesculpável em situações-limite

Reflexões sobre a Tortura em casos de bomba-relógio

(Excusing the inexcusable in extreme cases: thoughts on ticking-time bomb scenarios)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no curso, sob a orientação da Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa.

Coimbra
2016

Gostaria de expressar os meus sinceros agradecimentos à Universidade de Coimbra, à Senhora Doutora Susana Maria Aires de Sousa, pelas suas valiosas e atentas orientações. Gostaria ainda de dirigir a minha gratidão aos meus amigos e à minha família, pelo apoio, paciência e bom humor.

The creatures outside looked from pig to man, and from man to pig, and from pig to man again: but already it was impossible to say which was which.

George Orwell, *Animal Farm*

RESUMO

Profundamente enraizado em causas de justificação, o debate atual sobre a tortura sugere que tal prática poderá ser reputada como lícita em casos de bomba-relógio. Reconhecendo a importância na manutenção da sua ilicitude, cremos que o tema poderá ser observado à luz das causas de desculpa, concentrando-nos nas motivações do agente. Esta perspectiva permite a edificação de uma parede protetora do agente, tornando-o imune à punição, enquanto se mantém a natureza ilícita do facto. Contudo, a principal questão desvia-se ligeiramente destas observações: devemos mesmo desculpar este crime bárbaro, e permitir um *slippery slope*? A Tortura nunca será o mal menor, e a sua erradicação deverá ser a prioridade nas sociedades modernas.

Palavras-chave: Tortura – Casos de bomba-relógio - Causas de Justificação – Causas de Desculpa

ABSTRACT

Deeply rooted on justification defenses, the current torture debate hints at the idea that this practice could be regarded as lawful in ticking-time bomb scenarios. Recognizing the importance of keeping its unlawfulness, we believe that we could contemplate this topic under the spotlight of excuses, focusing on the motivations of its agent. This perspective allows the edification of a wall surrounding the agent, making him immune to punishment, while keeping the criminal nature of the act. However, the main question departs slightly from these observations: should we even excuse this barbaric crime, and allow a slippery slope to take place? Torture will never be the lesser evil, and preventing it should be the main goal of modern societies.

Keywords: Torture – Ticking-time bomb scenarios - Justification Defences – Excuses

Siglas e Abreviaturas:

Ac. – acórdão

art./arts. – artigo(s)

CAT – Committee Against Torture

c. - contra

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – confira

CONUCT – Convenção da ONU contra a Tortura

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

ed. - edição

ETPI – Estatuto do Tribunal Penal Internacional

GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

GSS – General Security Service

HRC – Human Rights Committee

HVD – High-Value Detainees

Idem, Ibidem – do mesmo Autor, da mesma obra

n.º - número

Op. Cit. – obra citada

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos

PKK – Partido dos Trabalhadores do Curdistão

p./pp. – página(s)

PTA – Prevention of Terrorism Act
StGB – Strafgesetzbuch
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
StPO – Strafprozeßordnung
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TPIJ – Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia
TPIR – Tribunal Penal Internacional para o Ruanda
TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
TRP – Tribunal da Relação do Porto
vol. – volume

Índice

Introdução	10
I. A Tortura	12
1. Conceito de tortura no plano internacional	12
2. Conceito de Tortura no plano nacional.....	22
3. Distinção de figuras próximas	27
3.1 Ainda sobre o conceito de Tortura.....	27
3.2 Admissibilidade dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes?.....	35
II. Principais modelos “legitimantes” da Tortura	37
1. Landau e o Supremo Tribunal de Israel	37
2. O “Torture Warrant” de Dershowitz	45
3. O “War on Terror” norte-americano	48
4. A Ponderação de Interesses e a lógica consequencialista.....	55
4.1 Imponderabilidade de bens jurídicos.....	55
4.2 Legítima Defesa	62
III. A Desculpa na Tortura.....	71
1. Causas de Desculpa	71
1.1 Distinção entre as causas de justificação e as causas de desculpa	71
1.2 Inexigibilidade	77
1.2.1 Inexigibilidade como causa de diminuição substancial da culpa (dupla redução da culpa)	79

1.2.2 Inexigibilidade como causa de exclusão de responsabilidade.....	81
1.2.3 Inexigibilidade como exclusão da culpa	87
2. Pode a Tortura ser desculpada pelo Estado de Necessidade Desculpante?	92
2.1 Elementos.....	93
2.1.1 Facto ilícito.....	93
2.1.2 Perigo atual e não removível de outro modo.....	94
2.1.3 Bens susceptíveis de serem lesados	97
2.1.4 Inexigibilidade de comportamento diferente.....	102
2.1.5 Animus Salvandi.....	104
2.2 Possibilidade de atenuação especial ou dispensa de pena?.....	104
3. Cláusula Geral de Inexigibilidade: uma nova porta?.....	107
Considerações Finais.....	116
Bibliografia	121

Introdução

Se alguém afirmasse há duas décadas atrás que o debate sobre a tortura tornar-se-ia, mais uma vez, na *ordre du jour*, esse indivíduo não seria certamente encarado com seriedade: o caminho para a abolição desta barbárie, anteriormente vislumbrada como um meio efetivo de aquisição de prova, foi extremamente sinuoso; contudo, é indubitável que este mal deveria regressar à caixa de Pandora, para nunca mais ser reaberta.

Os eventos traumáticos do 11 de Setembro, traduzidos num autêntico filme de terror que abalou o mundo inteiro, semearam de tal forma o medo que contaminaram globalmente as legislações, passando a incluir, no seu seio, medidas extremas. As exceções tornaram-se regras, e com o intuito de evaporar o pânico instalado, a velha questão ressuscitou: pode a tortura ser permitida em casos de bomba-relógio, a fim de salvar o máximo de vidas possível?

É incrível o que o medo consegue alcançar: no momento em que os aviões colidiram com as torres gémeas, desabaram, com elas, as conquistas milenares que tanto pugnaram pelo humanismo. Num segundo, dissiparam-se os ideais humanitários que constituíram a base das sociedades modernas; a discussão sobre a tortura centra-se agora no seu acolhimento jurídico.

O desprezo por tal prática não foi, felizmente, abandonado por completo. Porventura, por adivinhar que a história tende a repetir-se, inclinando-se inevitavelmente para a recorrência de maldades, despontam-se múltiplas legislações cuja finalidade perpassa pela derrota da tortura.

Porém, a cada novo diploma, ergue com ela uma nova interpretação, cuja insistência na aprovação da tortura arrombou a porta de tal forma, que já se observam por todo o lado permissões onde, na realidade, não existem. Uniram-se esforços para se construírem leituras inexistentes da lei, no sentido de se rotular certos atos como

permitidos. Quando as etiquetas não satisfizeram, decidiram que, possivelmente, o melhor trajeto seria o da justificação porque o agente que torturou deveria ser louvado (ou melhor, premiado) pelo seu ato heróico. O seu “ilustre” ato, destinado a salvar muitas vidas, deveria seguramente constituir o “mal menor”. Contudo, não é o que aqui se defende.

Ergue-se, desta forma, um derradeiro panorama: se a tortura não é lícita, poderá a pressão que impende sobre o agente levar à sua desculpa? Constituirá o estado de necessidade desculpante uma via de desculpa daquele que torturou? A fragilidade deste dilema requer, da nossa parte, uma prudência acrescida, porquanto se tratam de barreiras que giram em torno da dignidade humana.

Sendo a insegurança um fenómeno globalizado, a finalidade última que se pretende com o presente estudo é indagar se não estaremos a juntar mais lenha a uma lareira que já devia estar há muito apagada. O atalho para uma maior segurança, representado pela tortura, será, quiçá, o mais aliciante; mas também o mais perigoso. Um pequeno passo em falso, mascarado sob pretexto da segurança e da erradicação do terror, será um grande passo hipócrita em direção ao fim do Estado de Direito democrático, o que se pretende evitar a todo o custo.

I. A Tortura¹

1. Conceito de tortura no plano internacional

A questão da tortura não poderá ser inteligentemente retratada sem uma firme compreensão do seu teor. Deste modo, propomo-nos a estrear a temática pela análise de alguns diplomas e jurisprudência internacionais, a fim de obter uma aproximação do significado de tortura.

Guiados pelos ensinamentos de ANTONIO CASSESE, é-nos permitido distinguir três configurações de tortura: a tortura como crime de guerra, como crime contra a humanidade, e ainda como um crime discreto. No primeiro caso, a tortura é praticada e relacionada com o conflito armado, contra um inimigo combatente ou cidadão. Essencial, para esta classificação, é a conexão com o conflito armado: a tortura conquistará a denominação de crime de guerra independentemente da qualidade do agente (pode este não estar ao serviço do Estado), e da qualidade da pessoa torturada².

Considerar-se-á a tortura um crime contra a humanidade quando, em tempo de paz ou em tempo de guerra, for um ataque difundido ou sistemático contra a população, devendo o agente ter consciência dessa prática difundida e sistemática³. À semelhança da

¹ A presente secção pretende, tão-só, averiguar sobre a proibição absoluta da tortura, bem como completar ao máximo o verdadeiro sentido da tortura. Uma vez que tal se trata de uma tarefa hercúlea, relembramos que se trata de uma mera aproximação, na medida em que não aspiramos conceder uma fórmula simples a um problema tão complexo. E é igualmente devida a essa dificuldade que nos restringimos ao âmbito da definição da tortura, e à sua proibição – prescindimos, pois, da análise das demais normas constantes dos diplomas a analisar – que, a despeito da sua relevância para o tema, não cabe nos estreitos limites do nosso trabalho.

² CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2ª ed., Oxford University Press, pp. 149 e 150.

³ O enunciado pode ser ilustrado no *caso Akayesu*, do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR): Jean-Paul Akayesu tinha o dever de manter a ordem pública na sua comuna, entre Abril de 1993 e Junho de 1994. Durante esse período, pelo menos 2000 Tutsis foram mortos, e parte deles foram abusados sexualmente e agredidos fisicamente; Akayesu tinha conhecimento dos factos, encontrava-se presente em alguns episódios, e nada fez para os prevenir, antes facilitou a comissão desses atos, na medida em que ocorriam perto do edifício do seu escritório, ou até mesmo dentro dele. Akayesu ordenou várias buscas domiciliárias e interrogatórios, acompanhados de atos de tortura, a fim de obter informações sobre o paradeiro de Tutsis. O TPIR considerou que a tortura era um crime contra a humanidade, segundo o art. 3.º(f) do Estatuto do TPIR (“Crimes contra a humanidade” - Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-ruanda.html>> (Acesso: 20/04/2016)). O § 594 do caso refere, como um dos elementos essenciais, que “the perpetrator was himself an official, or acted at the instigation of, or with the consent or acquiescence of an official or person acting in an official capacity”. Pode-se ler, no § 595, que para a tortura ser considerada um crime contra a humanidade seria necessário verificar cumulativamente que foi perpetrada como parte de um ataque difundido ou sistemático; que o ataque tenha sido contra a população; e que o ataque se tivesse originado por razões discriminatórias, como por exemplo étnicas, raciais, religiosas, políticas, entre outros - Disponível em:

tortura como crime de guerra, não carece de ser executada por um agente do Estado; contudo, para ser apreciado como tal, reclama um acordo implícito do Estado ou, pelo menos, que este não tenha adotado nenhuma ação para condenar tais atos. Fazendo nossas as palavras de CASSESE, “there must be at least some sort of ‘passive involvement’ of the authorities”⁴.

Será um crime discreto independentemente de ser praticado em tempo de guerra ou em tempo de paz. Todavia, opondo-se aos anteriores, a tortura como crime discreto requer, segundo CASSESE, “instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity” – deste modo, o crime será punido segundo o Direito Internacional, mesmo tratando-se de um único episódio, e distinguir-se-á da tortura como crime comum⁵⁻⁶.

<https://www1.umn.edu/humanrts/instreet/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html> (Acesso: 20/04/2016). A tortura como crime contra a humanidade pode igualmente ser vislumbrado no *caso Kunarac et al*, do Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia (TPIJ) - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>> (Acesso: 20/04/2016). Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic, soldados no conflito armado que decorreu na área de Foca, foram partes ativas no assassinio, violação e outros abusos a cidadãos não-sérvios, entre Abril de 1992 e Fevereiro de 1993. Concernente ao tema em questão, os três soldados referiram que estavam tão-só a cumprir tarefas militares pelo exército da República de Srpska, sendo que não existiam provas que demonstrassem a ocorrência de um conflito armado nos municípios de Ga-Ko e Kalinovik. Deste modo, entenderam que a questão estava fora do âmbito das acusações – tal revela-se crítico para o caso, visto que, segundo o art. 3.º do Estatuto do TPIJ (“Violações das leis ou dos costumes da guerra” – Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>> (Acesso: 20/04/2016)), deverá haver um conflito armado nessa localidade para se poder afirmar que o crime foi cometido. Além disso, mesmo que sejam provadas as alegações contra eles, ainda assim os seus atos não estavam suficientemente conectados com o conflito armado para se poder subsumir na letra do art. 3.º do Estatuto. No tocante ao art. 5.º do Estatuto (“Crimes contra a humanidade”), reiteraram novamente o argumento de que os seus atos não estavam suficientemente ligados ao conflito armado para cair na letra do art. 5.º. Na discussão originada pelo preceito, o TPIJ explica que existem cinco elementos que se devem verificar para identificar um crime contra a humanidade: “There must be an attack; the acts of the perpetrator must be part of the attack; the attack must be directed against any civilian population; the attack must be widespread or systematic; the perpetrator must know that his acts constitute part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and know that his acts fit into such a pattern”. O TPIJ concluiu que se verificavam todos estes requisitos, sendo portanto considerado um crime contra a humanidade, ao abrigo do art. 5.º. Concernente ao conceito de tortura, o TPIJ recorda que a definição fornecida pela Convenção da ONU contra a Tortura (CONUCT) é um reflexo das regras costumárias. A CONUCT visa regular a conduta dos Estados e, como tal, lida com os indivíduos que atuam em nome do Estado. Nesta medida, a letra da CONUCT parece estar a limitar a proteção contra a tortura, visto que deve, tão-só, julgar os agentes do Estado. Contudo, a atuação pública não é um requisito das regras costumárias do direito internacional, no tocante à responsabilidade criminal do indivíduo fora do enquadramento da CONUCT.

⁴ CASSESE, Antonio, *International...*, *op. Cit.*, p. 150. Adoptando o mesmo conceito, SUSANA AIRES DE SOUSA refere que “ao sujeito ativo destes crimes deva exigir-se um domínio jurídico ou de facto da situação política”, preenchendo então este requisito os atos praticados pelo governo, ou por “uma organização ou grupo que tenha alcançado o poder governamental ou domine de facto uma parte do território”. – SOUSA, Susana Aires de, «Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 83, separata, 2007, p. 629.

⁵ CASSESE, Antonio, *International...*, *op. Cit.*, pp. 149 e 150.

Por sua vez, WINSTON NAGAN e LUCIE ATKINS avançam duas formas de tortura: uma primeira, referente à infligção de dor e sofrimento (físico e/ou psíquico) pelo torturador, que domina e controla. Num segundo sentido, este alia-se a um conceito mais restrito, em que o torturador é um agente do Estado, que pretende, por exemplo, uma confissão⁷.

Tendo em conta os conceitos assinalados, apelamos primeiramente ao art. 5.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁸, que indica que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”⁹. Em sentido semelhante, o art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) estabelece que “ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”¹⁰. O art. 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹¹, vem a reproduzir o texto consagrado na CEDH. Citamos ainda, a este propósito, as normas das Convenções de Genebra, que sancionam, igualmente, os atos de tortura no seu art. 3.º, bem como no seu art. II do Protocolo I, art. 5.º, parágrafo 2 (e) do Protocolo II, e os arts. 6.º e 7.º do Protocolo II¹².

A Convenção da ONU contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CONUCT) elucida-nos sobre o conceito de tortura, figurando, no seu art. 1.º/1, que “tortura significa qualquer ato por meio do qual uma dor

⁶ Alertamos que o Direito Internacional Penal é de natureza subsidiária, em relação ao Direito nacional. Fazendo das palavras de SUSANA AIRES DE SOUSA as nossas: “sendo o Estado em primeira instância responsável pela proteção dos direitos humanos, torna-se necessária a intervenção supra-estadual para remir as lacunas geradas nessa tutela pela anulação do Estado de direito.” - SOUSA, Susana Aires de, *Sobre o bem...*, *op. Cit.*, p. 630.

⁷ NAGAN, Winston P., ATKINS, Lucie, «The International Law of Torture from Universal Proscription to Effective Application and Enforcement», In: *Harvard Human Rights Journal*, volume 14, Spring 2001, p. 93.

⁸ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidhdudh.html>> (Acesso: 01/02/2016).

⁹ Uma vez que a DUDH não constitui fonte legal de obrigações, retiram-se daqui duas ilações: um Estado apenas estará submetido à proibição da tortura, se for Estado-parte de uma Convenção que tal estabeleça; em segundo lugar, uma vez que não é fonte de obrigações legais, a DUDH não estabeleceu nenhum mecanismo que reforce os seus preceitos - EVANS, Malcolm D., MORGAN, Rod, *Preventing Torture. A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford University Press, 2001, p. 63.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> (Acesso: 01/02/2016).

¹¹ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:it:PDF>> (Acesso: 01/02/2016).

¹² Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>> (Acesso: 01/02/2016). Para os protocolos adicionais, *vide* <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>> (Protocolo I) (Acesso: 01/02/2016); <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>> (Protocolo II) (Acesso: 01/02/2016). As Convenções de Genebra serão referidas novamente *infra*, no caso *Furundžija*.

ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados”. Acrescenta o n.º 2 do mesmo preceito que “o presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de âmbito mais vasto”¹³.

Além desta proibição, a CONUCT impõe o dever, aos Estados signatários, de adoptar condutas que previnam outros atos cruéis, desumanos ou degradantes – embora não nos proporcione o significado desta expressão, o *United Nation’s Code of Conduct for Law Enforcement Officials* refere, no seu art. 5.º, no tocante aos mencionados atos, que os agentes não podem invocar ordens superiores, nem circunstâncias excepcionais como o estado de guerra ou perigo de guerra¹⁴, ameaça para a segurança nacional, instabilidade política ou qualquer outra emergência pública, como justificação das suas condutas¹⁵. Em comentário a este artigo, escreveu-se que, quanto aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, deverá ser perfilhada a leitura mais ampla possível, de modo a estender ao máximo a proteção contra abusos, quer físicos, quer mentais¹⁶.

Em sentido próximo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura declara que “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, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma

¹³ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dhaj-conv-contratortura.html>> (Acesso: 01/02/2016).

¹⁴ O mesmo sentido é-nos concedido pelo art. 19.º, n.º 6 da CRP (em harmonia com o 2.º/2 da CONUCT), que estabelece a não-afetação do “direito à vida, à integridade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião” - ROCHA, Manuel António Lopes, «A Revisão do Código Penal. Soluções de Neocriminalização», In: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. I, CEJ, p. 106.

¹⁵ A letra do preceito não faz qualquer referência à desculpa, apelando, tão-só, à justificação.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>> (Acesso: 20/03/2016).

pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica. Não estão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo”¹⁷. Note-se que a letra deste preceito é mais vasta do que a da CONUCT, na medida em que não exige que a dor ou o sofrimentos infligidos sejam “agudos”, como indica a CONUCT. Vai ainda mais longe, visto que não especifica os propósitos da tortura, limitando-se a dizer “(...) com qualquer outro fim”¹⁸.

Mais ampla ainda é a letra do art. 7.º/2/e) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ETPI): “Por ‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente”¹⁹ – tal demonstra que apenas carece da intenção, abstraindo-se de qualquer menção ao propósito da tortura, podendo esta ter sido praticada por puro sadismo²⁰.

Regressando à CONUCT, e inspirados nas explicações de CASSESE, retiramos do seu art. 1.º, n.º 1, elementos objetivos e subjetivos²¹. Constitutivo do primeiro grupo, destacam-se o “ato que inflige dor ou sofrimento, físico ou mental”²²; “por um agente

¹⁷ Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51>>.htm (Acesso: 01/02/2016).

¹⁸ MAC CRORIE, Benedita, «A pena de morte como tortura ou tratamento desumano ou degradante», In: *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coordenação: AMARAL, Diogo Freitas do, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ALMEIDA, Marta Tavares de, Almedina, p. 202. Esta amplitude de finalidades é criticada por FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, que referiremos no nosso ponto 2.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>> (Acesso: 01/02/2016).

²⁰ MAC CRORIE, Benedita, *op. Cit.*, p. 203.

²¹ Estes elementos serão novamente abordados *infra*, no ponto 2 e 3.1. Juntamos ainda o elemento teleológico na equação.

²² Relacionado com esta temática, o *Special Rapporteur* (UN DOC. A/56/156) declara que a ameaça de tortura também é tortura podendo ser incluído na inflição de sofrimento psicológico. O relatório a que referimos (“Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” – Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>> (Acesso: 20/03/2016)) assinala que a proibição da tortura acolhe não só os atos que causam sofrimento físico, mas também os que infligem sofrimento mental, como “intimidation and other forms of threats”. O relatório recorda o *caso Estrella c. Uruguay*: Miguel Angel Estrella, tornou-se membro do *Movimiento Peronista* na Argentina em 1966, visando partilhar os seus conhecimentos musicais entre os sectores mais humildes da população, tendo sido considerado subversivo pelo governo da Argentina. Em Abril de 1977, Estrella apercebeu-se que o seu nome constava de uma lista

público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial”; e ainda que tais dores ou sofrimentos não sejam “resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados”²³. Respeitante ao elemento subjetivo, assinala-se que a infligência de dor ou sofrimento deverá ser intencional – daqui se deduz que o dolo é imprescindível para que a tortura seja conceituada como um crime internacional²⁴.

Por sua vez, o art. 7.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) esclarece que “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou a tratamentos cruéis, inhumanos ou degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma

de intelectuais impedidos de participar em atividades conforme os acordos bilaterais entre Argentina e outros Estados, sendo também denunciado como um membro subversivo do *Montoneros Organisation*. Quando pediu uma investigação sobre estas acusações, em Dezembro de 1977, foi informado que não havia nenhuma acusação contra si, podendo continuar a exercer a sua atividade profissional segundo os acordos bilaterais. A 15 de Dezembro de 1977, Raquel Odasso e Luisana Olivera foram raptadas perto da sua casa. De acordo com as alegações de Estrella, depois das 11h da noite, 15 indivíduos armados ameaçaram matá-los, caso não se rendessem. Saíram com as mãos no ar, afirmando que não havia necessidade de violência. Foram depois espancados, e levados encapuchados para dentro de um veículo para outra localidade, onde foram torturados, juntamente com Odasso e Olivera. A tortura infligida em Estrella concentrava-se essencialmente nas suas mãos, sendo até ameaçado de as amputarem com uma serra elétrica. Concluiu-se que tal se tratava de tortura psicológica severa (“8.3. (...) There the author was subjected to severe physical and psychological torture...”) – o caso está disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/undocs/newscans/74-1980.html>> (Acesso: 21/03/2016). Concernente ainda ao carácter psicológico da tortura, destacamos o *caso Soering c. Reino Unido*: Jens Soering, alemão, encontrava-se detido na Inglaterra e ia ser extraditado para os EUA, visto que cometeu dois homicídios, em Março de 1985, na Virgínia. Em Agosto de 1986, o Governo dos EUA pediu a extradição de Soering, nos termos do *Extradition Treaty* de 1972, entre os EUA e o Reino Unido – contudo, e uma vez que o Reino Unido aboliu a pena de morte, a Embaixada Britânica de Washington exigiu que os EUA dessem a garantia de que não aplicariam a pena capital. Em Agosto de 1988, Soering foi transferido para o hospital prisional, onde ficou até Novembro do mesmo ano. De acordo com o relatório psiquiátrico, este tinha pavor da violência física e das violações sexuais que poderiam ocorrer entre os prisioneiros no corredor da morte – tal teve um efeito psicológico tão profundo, que Soering pretendia suicidar-se. A questão que se nos coloca é se o chamado *death row phenomenon* pode ser reputado como violador do art. 3.º da CEDH: não obstante não ser possível afirmar que a extradição para um Estado que aplique a pena de morte viola o art. 3.º da CEDH, existem factores que conduzem a tal efeito. O caso refere: “The manner in which it is imposed or executed, the personal circumstances of the condemned person and a disproportionality to the gravity of the crime committed, as well as the conditions of detention awaiting execution, are examples of factors capable of bringing the treatment or punishment received by the condemned person within the proscription under Article 3”. Deste modo, avaliando a duração do tempo de detenção antes da morte, as condições do “corredor da morte”, a idade e o estado mental de Soering, e a possibilidade de este ser extraditado para um outro Estado, o TEDH conclui ser inequívoco que a extradição do prisioneiro acarretaria uma grave violação ao art. 3.º da CEDH – Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{)> (Acesso: 02/04/2016).

²³ MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA questiona se qualquer ameaça, ou qualquer pressão que implique sofrimento psicológico, deverá ser considerado como tortura. Sendo certo que o grau de sofrimento experienciado por cada indivíduo é diferente, é manifesta a necessidade de um critério mais objetivo. Assim, a ameaça de privação de liberdade deverá ser considerada tortura? É esta ameaça capaz de infligir tamanho sofrimento, que o ato possa ser apreciado como tortura? Ou será que o mencionado sofrimento depende do tempo de privação de liberdade? Entre outras questões, vide CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Uso da Tortura e impedimento de actos terroristas», In: *Multiculturalismo e Direito Penal*, organizadores: BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Almedina, 2012, pp. 40 e 41.

²⁴ CASSESE, Antonio, *International... op. Cit.*, pp. 151 e 152.

experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento”. O art. 4.º do mesmo diploma, reportando-se a casos de “emergência pública que ameaça a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um ato oficial”, concede a possibilidade, aos Estados-parte, de derogarem algumas das suas obrigações decorrentes do PIDCP. Porém, o mencionado art. 7.º não poderá ser derogado, independentemente da existência ou não dessa emergência pública²⁵ (n.º 2 do art. 4.º), confirmando o carácter absoluto da proibição de tortura constante do diploma²⁶.

Esta solução é particularmente evidente para o Direito Penal, na medida em que os detidos devem ser sempre tratados de forma digna²⁷. Foi em prol desta afirmação que o direito internacional tem criado, através de tratados e costumes, uma obrigação a que os Estados jamais poderão renunciar, e uma linha que nunca poderá ser transposta. No *caso Prosecutor c. Anto Furundžija*, este último foi acusado de praticar atos de tortura e tratamentos desumanos, e ainda graves violações à dignidade humana, incluindo violações sexuais. Em Maio de 1993, a testemunha *A*, uma senhora residente de Vitez, foi presa pela polícia militar de HVO, conhecidos por “Jokers”. O comandante local dos “Jokers” questionou a testemunha *A* sobre uma lista de nomes croatas, e durante o interrogatório ela foi ameaçada e obrigada a despir-se. Posteriormente, foi movida para outro quarto, onde estava a testemunha *D*, que aparentava ter sido gravemente espancada. Um dos soldados bateu nos dois com um bastão e depois abusou sexualmente da testemunha *A*. Furundžija nada fez para impedir os factos²⁸.

Concernente à presente investigação, focar-nos-emos nas alegadas violações ao art. 3.º da Convenção de Genebra (1949)²⁹, atinente à tortura. Furundžija provocou intencionalmente sofrimento físico e mental na testemunha *A* durante um interrogatório, pretendendo extrair informações, e com o propósito de intimidá-la, pelo que tais atos

²⁵ Retomaremos novamente esta questão quando debatermos sobre a ponderação de interesses na “justificação” da tortura (*infra*, Parte II, 1.).

²⁶ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>> (Acesso: 01/02/2016).

²⁷ Pretendemos, com esta expressão, dar a entender que o tratamento proporcionado aos detidos deve basear-se na dignidade da pessoa, proibindo-se, em qualquer circunstância, os maltratos.

²⁸ Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> (Acesso: 01/03/2016).

²⁹ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>> (Acesso: 01/02/2016). O art. 3.º da mencionada Convenção dita o seguinte: “(...) são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios”.

constituem tortura³⁰. YUVAL GINBAR sublinha que a essência de todo o corpo de normas internacionais, assim como os direitos humanos, recai sobre a proteção da dignidade humana de cada pessoa. O princípio geral de respeito pela dignidade humana é a própria *raison d'être* do direito internacional, aspirando à máxima proteção do ser humano de ataques contra a sua dignidade, quer seja uma agressão ilícita contra o corpo, quer seja através de humilhação e degradação da honra³¹.

É frequente afirmar, tanto na jurisprudência, como na doutrina, de que a proibição da tortura se identifica como uma regra costumária do direito internacional³² e, deste modo, aplicar-se-á a todos os Estados, independentemente de serem parte (ou não) de um diploma internacional nesse sentido³³. Em opinião ao *caso Filartiga c. Peña-Irala*, o Juiz IRVING R. KAUFMAN constata que a tortura viola normas universalmente aceites do Direito Internacional e dos direitos humanos. O caso envolvia cidadãos da República de Paraguai, Dr. Joel Filartiga e Dolly Filartiga, sua filha, que alegaram que Americo Norberto Peña-Irala (também cidadão de Paraguai) causou a morte do filho de 17 anos de Joel Filartiga, Joelito. Referem que este último, em Março de 1976, foi raptado, torturado e morto por Peña-Irala que, na altura, era Inspector Geral da Polícia em Asunción (Paraguai). Dolly Filartiga foi levada até à casa de Peña-Irala, onde se confrontou com o cadáver do seu irmão, exibindo vestígios de tortura. Os Filartiga alegam que Joelito foi torturado e morto devido às actividades políticas do pai³⁴.

CASSESE demonstra que, hodiernamente, a proibição da tortura se converteu numa regra geral da comunidade internacional: tais atos são proibidos, a despeito da amplitude

³⁰ Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> (Acesso: 01/03/2016).

³¹ GINBAR, Yuval, *Why not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the 'Ticking Bomb' Justification for Torture*, Oxford University Press, pp. 280 e 281.

³² A existência de costumes alia-se, frequentemente, a tratados. No tangente à proibição da tortura como costume internacional, BASSIOUNI escreve que poderá ser indiciado pelas Convenções de Genebra e pelas Convenções de Haia. Nas primeiras, conhecidas como direito humanitário, baseiam-se essencialmente no seu carácter contratual, gerando obrigações para os Estados-parte. No tocante às segundas, a despeito do mesmo carácter contratual, não visam criar obrigações para os seus signatários, antes preferem fornecer um conjunto de princípios de direito internacional, que gera obrigações para todos os Estados, signatários ou não. Nesta medida, conclui BASSIOUNI, a Convenção de Haia é a prova do costume internacional, universalmente aplicável – BASSIOUNI, M. Cherif, «An appraisal of Torture in International Law and Practice: the need for an international convention for the prevention and suppression of Torture», In: *Révue Internationale de Droit Pénal*, 45.º année, 3.º et 4.º trimestres, 1977, n.º 3 et 4, n.º spécial consacré aux travaux du Comité International des Experts sur la torture, pp. 70 e 71.

³³ EVANS, Malcolm D., MORGAN, Rod, *op. Cit.*, p. 62.

³⁴ Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/67408a74a589868841256497002b02e4/27721c1b47e7ca90c1256d18002a2565?openDocument>> (Acesso: 01/03/2016).

das suas consequências, incumbindo aos Estados punir os agentes de tais práticas³⁵. O impedimento de torturar é concebido como uma norma de *jus cogens*, aceite e reconhecida pela comunidade internacional, e cuja derrogação não é permitida, apenas modificável por uma norma subsequente de direito internacional geral, com as mesmas características³⁶.

Como poderá ser deduzido do art. 5.º do *United Nation's Code of Conduct*, referido *supra*, tanto o n.º 2 do artigo 2.º da CONUCT³⁷, como o art. 2.º/2 do PIDCP, confirmam a proibição da tortura, no sentido de que jamais poderá ser eliminada, independentemente de um Estado se encontrar perante uma situação de emergência ou não. Como refere PAOLA GAETA, “no legal loopholes have been left”³⁸: o UN Human Rights Committee (HRC) escreve que o art. 7.º do PIDCP não é passível de limitação. Não há nenhuma circunstância, como as referidas no art. 4.º do PIDCP, que se possa invocar para derrogar o art. 7.º do mesmo diploma. Da mesma forma, nenhuma situação poderá ser invocada como pretexto³⁹ para violar o mencionado preceito, incluindo as ordens de superiores hierárquicos ou de autoridade pública⁴⁰. O UN Committee against Torture (CAT), por sua vez, refere que a sua grande preocupação reside no facto de que não existe nenhum artigo que proíba a invocação do estado de necessidade como forma de justificação da tortura. Deste modo, no tocante a esta preocupação, o CAT recomenda a inclusão, pelos Estados-parte, nos respetivos Códigos Penais, de um preceito que proíba a invocação desta causa de justificação⁴¹.

³⁵ CASSESE, Antonio, *International...*, *op. Cit.*, p. 151.

³⁶ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, pp. 281 a 283.

³⁷ O art. 2.º/2 estabelece que “nenhuma circunstância excepcional, qualquer que seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de excepção, poderá ser invocada para justificar a tortura”.

³⁸ GAETA, Paola, «May necessity be available as a defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?», In: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 787.

³⁹ A expressão empregue foi esta: “no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons” – a despeito de se ler “excuse” (desculpar), acreditamos que a expressão quis referir-se tanto a justificações (“justification”), como a desculpas (“extenuating circumstances”).

⁴⁰ *Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994)* - Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom20.htm>> (Acesso: 27/03/2016).

⁴¹ *Consideration of Reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture* - Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhshvVcmWTul6%2fu%2bW19YGTVqAeD4pL34HQG56eSfMxfjZgNtaaes%2fp7FYamfAD3QsSFIDWreYepTGYxCCHZpmeOZeTuxTis%2bd6fVG6GBCgpzbs>> (Acesso: 27/03/2016). Note-se que aqui, o CAT já não faz menção à desculpa.

Deliberando sobre a questão exposta, o *caso Aksoy c. Turquia* merece a nossa atenção: desde 1985 que sérias confusões foram levantadas entre Forças de Segurança e os membros do PKK (Partido dos Trabalhadores do Curdistão). Zeki Aksoy, cidadão turco, foi detido em 1992, e, segundo as suas alegações, 20 polícias entraram na sua casa, juntamente com um outro detido, Metin, que o identificou como membro do PKK, apesar de Aksoy ter insistido que não conhecia Metin. Aksoy permaneceu numa cela minúscula, com mais dois sujeitos, que tinha apenas uma cama e um cobertor, e somente com duas refeições por dia. Foi interrogado sobre Metin, repetindo que não o conhecia ao que a polícia retorquiu “If you don’t know him now, you will know him under torture”⁴².

No segundo dia da sua detenção, Aksoy foi torturado e, como resultado, ficou permanentemente paralisado nos braços e nas mãos⁴³. Foi libertado em 1992; contudo, pouco depois, em Abril de 1994, foi assassinado, especulando-se que se tratou de uma consequência da sua persistência em dirigir a sua petição à Comissão. O governo turco, ao invés, reiterou que foi um ajuste de contas entre os membros do PKK. O pai de Aksoy informou a Comissão que pretendia continuar com o caso⁴⁴.

Numa carta dirigida ao Secretário Geral do Conselho da Europa em 1990, o representante permanente da Turquia escreve que, face à intensidade e variedade das ações terroristas, o governo turco visou combater tal fenómeno, fazendo uso das suas forças de segurança, e dando passos no sentido de batalhar as informações erradamente difundidas⁴⁵.

A Comissão acabou por dar razão a Aksoy, referindo que era evidente que este sofreu as suas lesões no decurso da sua detenção. Segundo o TEDH, o art. 3.º da Convenção espelha um dos valores fundamentais da sociedade democrática. Ainda que se esteja perante um perigo iminente, ou perante o combate ao terrorismo, tal como o representante da Turquia referiu na sua carta, a Convenção proíbe em termos absolutos a

⁴² Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016).

⁴³ “He was admitted to Dicle University Medical Faculty Hospital on 15 December 1992, where he was diagnosed as suffering from bilateral radial paralysis (that is, paralysis of both arms caused by nerve damage in the upper arms).” - Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016).

⁴⁴ Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016).

⁴⁵ Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016).

tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O art. 3.º da CEDH não admite exceções, nem mesmo com base no art. 15.^{o46-47}.

2. Conceito de Tortura no plano nacional⁴⁸

O crime da tortura, previsto nos arts. 243.º e 244.º, reproduz o anteriormente consagrado na CONUCT (ratificada por Portugal em 1988), possuindo ainda uma forte ligação com o art. 25.º da CRP, o art. 5.º da DUDH, o art. 4.º da CDFUE, e o art. 7.º do PIDCP, analisados anteriormente⁴⁹.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE opina que os bens jurídicos protegidos pelos preceitos apontados são a integridade física e a liberdade de ação e decisão de outra pessoa⁵⁰. Por seu turno, MARIA JOÃO ANTUNES vislumbra a integridade pessoal como o bem jurídico a proteger, sendo este a base do Estado de Direito. Intenta-se “garantir mais eficazmente a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas”, refletindo sobre a especial gravidade quando levada a cabo por agentes do Estado, e a especial vulnerabilidade do cidadão perante aqueles⁵¹.

O conceito de tortura engloba a inflição de sofrimento físico ou psíquico agudo, e ainda a inflição de cansaço físico ou psíquico grave, e o uso de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com o propósito de perturbar a livre determinação ou manifestação da vontade da vítima. Na óptica de MARIA CONCEIÇÃO CUNHA, a definição da nossa lei penal revela-se mais ampla do que a da CONUCT, aproximando-se da Convenção Interamericana, no tocante aos métodos que tendem a perturbar ou anular a

⁴⁶ Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016).

⁴⁷ A despeito desta conclusão, deparar-nos-emos posteriormente com algumas dificuldades levantadas pela interpretação ao art. 3.º da CEDH, mormente no caso de expulsão de um indivíduo para um Estado onde com forte probabilidade será torturado ou sujeito a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes – *vide infra* Parte III, potno 3.

⁴⁸ Os preceitos referidos nesta secção pertencerão ao nosso CP, quando não for realizada nenhuma menção expressa ao diploma a que integram.

⁴⁹ ANTUNES, Maria João, «Comentário ao Art. 243.º do CP», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II (arts 202.º a 307.º), Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 1999, pp. 585 e 586; e ainda ROCHA, Manuel António Lopes, *op. Cit.*, pp. 97 e 98.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário ao art. 243.º», In: *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª ed. actualizada, Universidade Católica Editora, p. 731.

⁵¹ ANTUNES, Maria João, *op. Cit.*, p. 586.

liberdade da vítima⁵². A despeito desta ponderação, consideramos que esta diferença acaba por se esbater, visto que o art. 1.º da CONUCT menciona, no seu n.º 2, que “o presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de âmbito mais vasto”.

No âmbito estritamente processual, as provas obtidas por meio da tortura são nulas, proibindo-se a valoração da prova obtida. Todavia, a prova pode ser utilizada para proceder contra aqueles que empregaram o método proibido de prova (arts. 125.º e 126.º do CPP)⁵³.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE explica que o conceito de tortura apresentado não permite discernir a tortura de outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes⁵⁴. Em sentido divergente, MARIA JOÃO ANTUNES, com quem concordamos, recorda que a despeito de inexistir tal distinção o artigo concebe uma gradação da gravidade do comportamento do agente: como patamar mais baixo, encontram-se os tratamentos degradantes, seguidos dos tratamentos desumanos, os tratamentos cruéis, e, por último, como forma mais grave, a tortura⁵⁵.

À semelhança do direito internacional, também se poderá verificar a presença de três elementos essenciais no art. 243.º: o elemento subjetivo, no sentido de que o agente do crime é alguém que representa o Estado; o elemento objetivo, relativamente aos atos de tortura; e o elemento teleológico, que remonta a determinada finalidade⁵⁶.

Encetando pelo elemento teleológico, MARIA JOÃO ANTUNES comenta que o decisivo, para a classificação do ato como tortura ou tratamento cruel, degradante ou desumano, é que seja praticado com o propósito de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação da vontade da vítima⁵⁷.

FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, no concernente ao elemento teleológico, expõe que, se por um lado os *casos Akayesu*⁵⁸ e *Furundžija*⁵⁹ apontam para um catálogo taxativo

⁵² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Usa da... op. Cit.*, p. 39. O art. 2.º da Convenção Interamericana refere: “(...)Entender-se-á também como 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 angústia psíquica”.

⁵³ ANTUNES, Maria João, *op. Cit.*, p. 586.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. Cit.*, p. 731.

⁵⁵ ANTUNES, Maria João, *op. Cit.*, pp. 587 e 588. Esta hierarquização será melhor estudada no nosso 3.1, *infra*.

⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 586.

⁵⁷ ANTUNES, Maria João, *op. Cit.*, p. 588.

⁵⁸ O caso define tortura no seu § 593, especificando os seus propósitos no § seguinte (para obter informação, castigar, intimidar, coagir, ou simplesmente por discriminação) - Disponível em:

de finalidades presentes na definição da tortura, por outro lado os *casos Čelebići*⁶⁰ e *Kvočka*⁶¹ conduzem ao sentido contrário, de que as finalidades presentes no conceito são meramente exemplificativas. O Autor está convencido de que, a existir este elemento no âmbito do conceito, a enumeração deverá ser taxativa, visto que, doutro modo, o acolhimento de uma lista ilimitada acabaria por desvirtuar o sentido do próprio elemento teleológico⁶².

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que, quando a finalidade é a de obter uma confissão, depoimento, declaração ou informação, trata-se de uma forma especial do crime de coação. No caso de visar intimidar a pessoa torturada, identificar-se-á como uma forma especial do crime de ameaça⁶³. Para RUI PEREIRA, o art. 243.º difere do crime de ofensa à integridade física ou de coação⁶⁴ na medida em que o preceito exige que a pessoa se encontre detida ou presa, encontrando-se “numa situação de completa desproteção”. Haverá ainda a hipótese de alguém que não está a ser detido ou preso ser agredido na esquadra ou num posto policial – esta circunstância já não será abarcada pela letra do art.

<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html> (Acesso: 20/04/2016).

⁵⁹ A taxatividade da lista de objetivos deriva do seu § 160, cuja expressão “for the purposes of this Convention” limita a intenção e o conteúdo da definição de tortura - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> (Acesso: 01/03/2016).

⁶⁰ Também conhecido por *Prosecutor v. Delalić et al.* - Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf> (Acesso: 20/06/2016). Esad Landžo, guarda na prisão de Čelebići, entre Maio de 1992 e Dezembro do mesmo ano, Hazim Delić, vice-comandante da mesma prisão, Zejnil Delalić, comandante de um grupo do exército de Bósnia, e com autoridade sobre os funcionários da prisão, e ainda Zdravko Mucić, comandante da prisão entre Maio e Novembro de 1992, foram acusados da prática de vários crimes, incluindo tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Delalić e Mucić tinham autoridade sobre os guardas de Čelebići, pelo que tinham conhecimento dos maltratos ocasionados sobre os prisioneiros, pelos seus subordinados, e não preveniram tais condutas. Concernente ao ponto aqui em discussão, o § 470 refere que a lista de objetivos presente na definição de tortura não é taxativa, devendo ser considerado como “meramente representativo”. Acrescenta que o propósito apenas carece de integrar dentro da motivação do agente, não necessitando de ser o único ou predominante objetivo.

⁶¹ Também conhecido por *Prosecutor v. Kvočka et al.* - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> (Acesso: 20/06/2016). Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlado Radić, Zoran Žigić e Dragoljub Prcać foram acusados de vários crimes contra a humanidade, e crimes de guerra, cometidos na região de Prijedor, entre 26 de Maio e 30 de Agosto de 1992, nos campos de Omarska, Keraterm e Trnopolje. Os detidos desses campos com condições precárias eram frequentemente interrogados e agredidos, sendo que os doentes e feridos recebiam pouca ou nenhuma atenção médica, presenciando-se um clima de medo constante. O caso *Kvočka* cita o caso Čelebići, quanto à questão dos objetivos da tortura: a lista é meramente exemplificativa (§ 140).

⁶² ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de, *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Almedina, 2009, pp. 424 e 425.

⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. Cit.*, pp. 731 e 732.

⁶⁴ Para AUGUSTO SILVA DIAS, esta diferença apaga-se se a tortura for praticada por um particular – neste caso, subsume-se no crime de coação - DIAS, Augusto Silva, «Torturando o Inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2009, p. 233.

243.º. O mesmo preceito não engloba, no conceito de ofendido, as testemunhas – o Autor considera que, por força do princípio da legalidade, a interpretação extensiva não pode ser realizada no caso. O sentido de “testemunha” não tem cabimento no conceito de “detido” ou “preso”⁶⁵.

No tocante ao elemento subjetivo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE relembra que o agente não tem de ser um funcionário (art. 386.º), podendo ser uma pessoa do sector privado, podendo ainda estar a cometer o crime por usurpação de funções ou por iniciativa própria ou alheia (n.º 2)⁶⁶. MARIA JOÃO ANTUNES explica que a *ratio* deste número se prende com a tutela efetiva do bem jurídico⁶⁷. Uma vez que possui este elemento na sua definição, será considerado um crime próprio⁶⁸.

Neste ponto, tendo em conta a definição de tortura da CONUCT, MARIA JOSÉ MESA aponta para um sector minoritário da doutrina que considera que o elementar, no conceito da tortura, é o ato de torturar, em si mesmo, alheio às características do agente. Contudo, uma vez que o objetivo da CONUCT era a de resolver os problemas no âmbito internacional, o elemento subjetivo acabou por figurar na definição da tortura. Todavia, a Autora não deixa de aplaudir o facto de que, mesmo que o ato seja perpetrado por um particular, havendo aquiescência de uma entidade pública, a verificação do elemento subjetivo será evidente⁶⁹.

Concernente ao elemento objetivo (ingrediente que porventura gera maiores dificuldades no seio do conceito)⁷⁰, suspeitamos que um dos fatores determinantes se alia fortemente à gravidade dos atos cometidos⁷¹. Assim, no ac. do STJ de 18/12/1996, *A, B, C e D* são agentes da polícia que, em Janeiro de 1992 se encontravam num restaurante de

⁶⁵ PEREIRA, Rui Carlos, «Sobre o Crime de Tortura no Código Penal Português», In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, pp. 302 a 304. O Autor relembra as regras de interpretação ao abrigo do art. 9.º/2 do CC: “Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”.

⁶⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. Cit.*, p. 731.

⁶⁷ ANTUNES, Maria João, *op. Cit.*, p. 587.

⁶⁸ ROCHA, Manuel António Lopes, *op. Cit.*, p. 103.

⁶⁹ MESA, María José Rodríguez, *Tortura y otros delitos contra la integridade moral cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Comares, 2000, pp. 56 e 57.

⁷⁰ Um dos muitos problemas que se levantam no âmbito deste elemento prende-se com o facto de que “alguns governos podem torna-lo inócua, através da edição de leis que disponham, à luz da própria legislação nacional, que não constituem castigos cruéis ou desumanos certos atos ou práticas inerentes à execução legal de penas ou outras restrições legais da liberdade ou ainda quaisquer medidas legais de coação processual” - ROCHA, Manuel António Lopes, *op. Cit.*, p. 107.

⁷¹ Esta premissa será retomada posteriormente com maior vigor, quando destrinçarmos a tortura de outros atos cruéis, desumanos ou degradantes (*vide infra*, 3.).

Vila Nova de Gaia, a fim de contatarem *F*, arguido num processo em investigação, tendo nessa sequência descoberto que *E* tinha conhecimento de factos relevantes. Os agentes da polícia convidaram *E* a acompanhá-los, a fim de prestar declarações, mas como este último ofereceu resistência, foi agredido e levado contra a sua vontade na viatura da Polícia para as instalações da PJ. A questão que aqui nos suscita é se, além do tipo de sequestro, a atuação dos quatro agentes da polícia também consubstanciará em atos de tortura. O acórdão refere que houve claramente agressão à integridade física, porém, esta não foi considerada “grave”. Para elucidar sobre o conceito de “tortura”, o referido acórdão cita o *caso Irlanda c. Reino Unido*⁷², que por sua vez cita três elementos constitutivos: a intensidade do sofrimento, a intenção deliberada e o fim determinante. Estabelece ainda uma hierarquia de sofrimento, com autonomia própria: na categoria mais baixa presenciam-se os tratamentos degradantes, seguidos dos tratamentos cruéis e desumanos e, como nível mais alto, a tortura. O acórdão invoca ainda o *caso Tomasi c. França*⁷³ que, no que lhe diz respeito, classifica a violência policial como “tratamento desumano e degradante”⁷⁴.

O acórdão mencionado conclui que os atos praticados pelos agentes da polícia não podiam ser reputados como tortura, porquanto falhava o requisito da gravidade. Do mesmo modo, não se afigura como tratamento cruel e desumano, insistindo antes em perspectivar tais atos à luz da categoria de “tratamento degradante”. Contudo, no caso, apesar de constar do atual 158.º, não estava na letra do art. 160.º/2/b)⁷⁵, vigente à prática do facto.

⁷² Faremos, *infra* ponto 3., uma dissecação mais meticulosa deste caso.

⁷³ Disponível em: <www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1992_tomasi_vs_france.doc> (Acesso: 20/03/2016). Félix Tomasi, francês, era membro ativo da organização política còrsica, do qual era o tesoureiro. A 23 de Março de 1983 foi detido, por suspeita de ataque a Sorbo-Ocagnano a Fevereiro de 1982. A 10 de Março de 1987, Tomasi apresentou queixa ao TEDH, com base no seguinte: duração excessiva de detenção (art. 5.º/3 da CEDH), tratamentos desumanos e degradantes durante o tempo em que permaneceu preso (art. 3.º da CEDH), duração excessiva da investigação (art. 6.º/1). No tocante ao nosso tema, Tomasi alegou que a 23 e 24 de Março de 1983 foi agredido durante cerca de 36h, sobretudo na região do abdómen, na cabeça e na cara. Quando Tomasi pediu para ser alimentado, os agentes da polícia recusaram a fazê-lo. Um dos agentes tinha uma arma carregada, que apontou a Tomasi, obrigando-o a confessar. Atendendo a outros atos constantes da fatualidade do caso, o TEDH concluiu que existe violação ao art. 3.º da CEDH, na medida em que a conduta dos agentes da polícia lhe causou grande sofrimento físico e mental, causando ainda medo, angústia e inferioridade. Apesar de aparentar marcas leves da agressão, são, ainda assim, vestígios que comprovam o uso de força física, numa situação de grande vulnerabilidade. Deste modo, são tratamentos desumanos e degradantes.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d13b43f8284257b1802568fc003b3b15?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016).

⁷⁵ Este preceito pertence ao CP de 1982.

Como tal, o art. 158.º não pode ser aplicado retroativamente no tocante à parte de “tratamento degradante”⁷⁶.

Por outro lado, entraremos no âmbito do art. 244.º (“Tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos graves”) quando se verifica uma alteração a nível do tipo fundamental – crime qualificado (art. 244.º/1) – e na verificação de determinado resultado – agravamento da pena pelo resultado (art. 244.º/2)⁷⁷.

Este preceito partilha com o art. 243.º os três elementos mencionados. MARIA JOÃO ANTUNES explica que as especificações do conceito dizem apenas respeito à tortura, e não aos tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, devido à gravidade dos atos. As alíneas do número 1 incluem a ofensa à integridade física grave; o emprego de meios ou métodos de tortura particularmente graves; e o carácter de habitualidade, que confere a qualificação do crime⁷⁸.

Quanto ao número 2 do mesmo artigo, trata-se de uma agravamento da pena pelo resultado quando “dos factos descritos neste artigo ou no artigo anterior resultar suicídio ou morte da vítima”. MARIA JOÃO ANTUNES sustenta que haverá concurso efetivo de crimes, quando o resultado morte for imputável ao agente a título de dolo. Assim, será punido pela prática de crime de homicídio, e de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos⁷⁹. Diferentemente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE argumenta que, se a morte for causada dolosamente, o agente será apenas punível pelo crime do art. 132.º/2/d) (“Homicídio Qualificado”)⁸⁰.

3. Distinção de figuras próximas

3.1 Ainda sobre o conceito de Tortura

Aspirando à máxima completude (possível) do conceito de tortura, torna-se imperativo destrinçarmos de figuras próximas, na medida em que os elementos avançados anteriormente são insuficientes sem este estudo que ora nos ocupa. Assim, encetando pela

⁷⁶

Disponível

em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d13b43f8284257b1802568fc003b3b15?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016).

⁷⁷ ANTUNES, Maria João, ANTUNES, Maria João, «Comentário ao Art. 244.º do CP», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II (artigos 202.º a 307.º), Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 1999, p. 591.

⁷⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 591 e 592.

⁷⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 592 e 593.

⁸⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. Cit*, p. 732.

via jurisprudencial, julgamos pertinente citar neste âmbito o caso do TEDH, mais conhecido por *caso Grego*: em Maio de 1967, a Grécia, invocando o art. 15.º da CEDH, suspendeu a aplicação dos arts. 5.º, 6.º, 8.º, 10.º, 11.º, 12.º, 14.º, 20.º, 95.º e 97.º da sua Constituição, ponderados os perigos internos que ameaçavam a ordem pública e a segurança do Estado. Em Setembro de 1967, os Governos de Dinamarca, Noruega e Suécia, dirigiram-se à Comissão Europeia dos Direitos Humanos⁸¹, referindo que o Governo grego, além de ter suspenso os mencionados artigos da sua Constituição, violava ainda os arts. 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 13.º e 14.º da CEDH, sendo que a Grécia não conseguia provar que se encontrava na situação prevista no art. 15.º da CEDH, a fim de poder derrogar os preceitos referidos. Em Março de 1968, os três Estados requerentes⁸² ampliaram as suas alegações, abrangendo a violação aos artigos 3.º e 7.º da CEDH, e os artigos 1.º e 3.º do Primeiro Protocolo. No que nos concerne, os mencionados Estados afirmaram que o Governo grego, em múltiplas ocasiões, torturava ou sujeitava os presos políticos a tratamentos desumanos e degradantes⁸³.

O *caso Grego* é célebre pelo facto de que, pela primeira vez, hierarquizou as condutas, colocando em primeiro plano a tortura, em segundo lugar os tratamentos desumanos, e por último os tratamentos degradantes, possuindo, cada um destes, o seu próprio significado⁸⁴. Neste âmbito, as considerações de FRÉDÉRIC SUDRE revelam-se de grande interesse, porquanto elege dois critérios que permitem a diferenciação dos conceitos aqui mencionados. Assim, num primeiro momento, o Autor menciona o critério

⁸¹ A Comissão deixou de existir a partir de Novembro de 1998, com o Protocolo n.º 11 da CEDH – Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155>> (Acesso: 01/03/2016). A sua função era, tão-só, determinar os factos atinentes ao caso, atuando ainda como um filtro de admissibilidade de casos que entravam no TEDH.

⁸² É de salientar que a Holanda era também um dos Estados requerentes no *caso Grego*; todavia, não fazia parte do grupo de Estados que alegava a violação ao art. 3.º da Convenção, que aqui nos concerne.

⁸³ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["3321/67"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 20/06/2016)

⁸⁴ “(...) for all torture must be inhuman and degrading treatment, and all inhuman treatment also degrading” – Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["3321/67"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 20/06/2016), p. 186. SUDRE acrescenta: “il est évident que la notion inférieure est la plus susceptible d’être utilisée” (pp. 841 e 842).

da intensidade, que assim permite indicar o limiar mínimo para a aplicação do art. 3.º da CEDH⁸⁵.

A Comissão alertou que nem todos os atos se identificam com o conceito de tortura, podendo distinguir aqueles atos abarcados pelo art. 3.º da CEDH, e outras brutalidades, onde se encaixam, a título de exemplo, as bofetadas e os socos na cara ou na cabeça. A tortura constitui uma forma agravada dos tratamentos desumanos, com determinado objetivo, enquanto que o tratamento degradante se associa, geralmente, com a humilhação grosseira do indivíduo, ou a imposição de condutas contra a sua vontade ou consciência⁸⁶.

Exemplo de tratamento degradante pode ser encontrado no *caso Tyrer c. Reino Unido*, em que Anthony Tyrer, na altura com 15 anos, juntamente com três outros colegas, agrediram fisicamente o prefeito da escola, quando este comunicou que os rapazes tinham levado cerveja para o recinto escolar. Tyrer foi condenado pelo tribunal de menores, a três açoites com uma vara (*birching*), administradas no mesmo dia da condenação. A forma como foram conduzidos os açoites⁸⁷ levou a Comissão a concluir que se tratava de uma prática humilhante, violadora da dignidade humana, e sem qualquer valor social e, nesta medida, infringe o art. 3.º da CEDH⁸⁸.

SUDRE indica ainda um segundo critério, a que apelidou de “apreciação relativa”, que complementa o critério de intensidade, e que poderá ser encontrado no *caso Irlanda c. Reino Unido*, a que aludimos anteriormente. Trata-se de um critério referente a outros fatores, como a duração dos atos, os seus efeitos físicos e mentais, e ainda as qualidades do indivíduo, como o sexo, a idade, a saúde, entre outros⁸⁹.

A fatalidade do referido caso encetou pelo clima de combate ao terrorismo, a que o Norte de Irlanda procedeu, entre Agosto de 1971 e Dezembro de 1975, a uma série de

⁸⁵ SUDRE, Frédéric, «La notion de “Peines et Traitements Inhumains ou Dégradants” dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de L’Homme», In: *Révue Générale de Droit International Public*, n.º 88, 1984, p. 837.

⁸⁶ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["3321/67"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 20/06/2016), p. 186.

⁸⁷ Mormente o facto de ter de esperar por mais de uma hora do que o tempo previsto, ter de baixar as calças para ser açoitado, entre outros detalhes, que poderão ser encontrados no *caso Tyrer*, pp. 4 e 5 - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["803330"\],"itemid":\["001-73487"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 20/06/2016).

⁸⁸ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["803330"\],"itemid":\["001-73487"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 20/06/2016).

⁸⁹ SUDRE, Frédéric, *op. Cit.*, pp. 842 e 843.

detenções e internamentos extrajudiciais. Na operação *Demetrius*, 350 pessoas foram presas, e levadas a um dos três centros de interrogatórios, pretendendo receber os prisioneiros durante 48h. Todos eles foram interrogados pela polícia, sendo que 104 dos quais foram libertados depois das 48h, e 12 foram levados para outro centro para um interrogatório mais pormenorizado (*interrogation in depth*). Foram feitas muitas alegações de maus-tratos, pelo que foram realizadas investigações sobre essas alegações⁹⁰.

Interrogamo-nos se os métodos coercivos empregues têm o significado, ou não, de tortura. Os chamados interrogatórios mais pormenorizados envolviam a aplicação combinada de cinco técnicas (também conhecidas de “desorientação” ou “privação sensorial”): estar de pé contra uma parede; encapuchar o prisioneiro; sujeição a barulhos; privação de sono; privação de alimentação. Alguns dos prisioneiros foram espancados durante os interrogatórios⁹¹. A fim de descobrirmos se os maus-tratos se subsumem ao âmbito do art. 3.º da CEDH, é indispensável empregar o chamado critério de “apreciação relativa”, que atende às circunstâncias do caso, ao sexo, à idade, ao estado de saúde do sujeito, entre outros⁹². No concernente às cinco técnicas, o TEDH catalogava-as como tratamento desumano e degradante, na medida em que, além de provocar dores físicas intensas e sofrimento psicológico, conduziu ainda a perturbações psicológicas graves no decurso dos interrogatórios, despertando o medo, a angústia e a inferioridade nos sujeitos, possivelmente quebrando a sua resistência física e/ou moral. Ou seja, o TEDH concluiu que o tratamento empregue era abarcado pelo art. 3.º da CEDH⁹³.

Quanto à subsunção destes tratamentos no conceito de tortura, o TEDH entende que tal depende da intensidade do sofrimento. O caso citava o art. 1.º/2 da Resolução 3452 que declarava: “Torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman or

⁹⁰ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

⁹¹ O caso ilustra com maior pormenor o tratamento dos prisioneiros, nos diferentes centros (“unidentified interrogation centre or centres”; “Palace barracks”; “Girdwood park regional holding centre”; “Ballykinler regional holding centre”; “Miscellaneous places”). Para o propósito do presente estudo, limitámo-nos a uma descrição generalizada desses tratamentos. Para mais detalhes, *vide* <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso: 01/03/2016

⁹² Como já mencionámos, este critério, que SUDRE apelidou de “apreciação relativa” tem duas principais consequências: por um lado, a escala de intensidade do art. 3.º da CEDH é uma escala móvel, no sentido de que depende das características próprias do caso; por outro lado, o critério demonstra que, quanto menor a gravidade dos atos, e maior o seu campo de aplicação do art. 3.º do CEDH (por exemplo, nos tratamentos degradantes), menor será a gravidade da ameaça que impende sobre a sociedade. O Autor esquematizou o que aqui foi dito na p. 847 - SUDRE, Frédéric, *op. Cit.*. Cfr. ainda as pp.845 e 846.

⁹³ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

degrading treatment or punishment”⁹⁴. Neste sentido, e apesar de ser evidente que se tratavam de maus-tratos, não tinha intensidade e crueldade suficiente para alcançar o significado de tortura⁹⁵.

A conclusão foi objeto de acesa controvérsia. Destacamos neste âmbito a opinião do juiz GERALD FITZMAURICE, anexado ao caso, considerando que, confrontados com uma situação que envolve tais atos, o Tribunal tanto poderá absolver o agente, na medida em que não se enquadrava na letra do art. 3.º da CEDH, como também poderá condenar o agente, “deformando” a interpretação do preceito, de modo a incluir os atos que não constituem tortura. Na opinião do juiz, a verdadeira intenção da CEDH não incluía esses tratamentos: tendo sido elaborada no pós-guerra, as partes da CEDH tinham em mente apenas atos de gravidade extrema. Acrescenta que se as partes querem ir para além da letra da CEDH, deverão realizar uma reforma – não cabe, porém, ao Tribunal realizar uma interpretação extensiva, quando a sua tarefa se restringe, tão-só, à interpretação da CEDH tal como ela é⁹⁶.

Quanto à natureza das cinco técnicas empregues, o mesmo juiz sugere que é um exagero conceber tais atos como desumanos - conceito que na sua opinião envolve uma categoria absolutamente distinta que, mesmo combinando as cinco técnicas, não seriam incorporadas nesse âmbito. A título de exemplo de ato desumano, o juiz relata o caso de alguém numa cela escura com ratos famintos. Afirma que “the concept of ‘inhuman’ treatment should be confined to the kind of treatment that (taking some account of the circumstances) no member of the human species ought to inflict on another, or could so inflict without doing grave violence to the human, as opposed to the animal, element in his or her makeup”. Acrescenta que os atos desumanos corresponde a atrocidade, ou pelo menos a barbárie, pelo que a utilização desse termo não poderá ser feito sem rigor⁹⁷.

Contrariamente, o juiz ZEKIA refere que a própria definição de “tortura” suscitava imensas dúvidas, sendo impossível, para ele, uma compreensão exata desse conceito. Apesar do grau de intensidade e a duração do sofrimento constituírem critérios nucleares na definição de tortura, o juiz alerta para outros fatores igualmente importantes: a natureza

⁹⁴ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>> (Acesso: 01/03/2016).

⁹⁵ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016). Deste modo, o TEDH acabou por estabelecer diferentemente da Comissão Europeia dos Direitos Humanos que acreditava que, empregando as cinco técnicas em conjunto se consubstanciava em tortura.

⁹⁶ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

⁹⁷ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

do ato, o significado e os métodos empregues, a repetição e a duração do tratamento, a idade, o sexo e a saúde do sujeito, a probabilidade de tais atos prejudicarem a condição física, mental e psicológica do sujeito, assim como as consequências de curto ou longo prazo que decorrerão dos atos. Para comprovar os seus argumentos, o juiz ilustra com o exemplo de um idoso doente, que é espancado e pontapeado durante largas horas – o carácter de tortura é indubitável. Se, pelo contrário, fosse um *wrestler* (ou um jovem atleta) a ser tratado dessa forma, já poderia ser descrito como maus-tratos. Alinhamos as nossas considerações com as do juiz ZEKIA de que, na interpretação ao art. 3.º da CEDH, a intensidade extrema do sofrimento causado não deve ser o único requisito para aferir se o ato constitui tortura. Dentro da tortura admite-se a existência de diferentes graus de sofrimento, tanto na sua severidade como no método utilizado, devendo ser da responsabilidade de uma autoridade, atendendo às circunstâncias do caso, declarar se tal ato se materializa em tortura ou não⁹⁸.

Sublinhamos ainda a opinião do juiz O'DONOGHUE que salienta que o uso das cinco técnicas apontadas constituíam métodos de tortura. Afirma: “One is not bound to regard torture as only present in a medieval dungeon where the appliances of rack and thumbscrew or similar devices were employed. Indeed in the present-day world there can be little doubt that torture may be inflicted in the mental sphere”. Na interpretação ao art. 3.º da CEDH, o juiz denota a impossibilidade de elaboração de uma definição satisfatória para todos os casos, pelo que considera essencial que tal seja determinado segundo cada caso concreto⁹⁹.

Este caso foi frequentemente citado em jurisprudência similar, como o caso *Selmouni c. França* (1999). Em Novembro de 1991, a polícia prendeu Ahmed Selmouni em Paris, pela suspeita de estar envolvido no tráfico de estupefacientes. Foi seguidamente questionado pela polícia, alegando que o interrogatório foi profundamente marcado por maus-tratos: constando da fátualidade vários elementos, como o facto de ter sido espancado, arrastado pelos cabelos, humilhado e abusado sexualmente, Selmouni acrescenta que os danos que sofreu tinham intensidade suficiente para serem considerados

⁹⁸ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

⁹⁹ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

tortura, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, e que a intenção da polícia, com aqueles atos, visaram extrair dele uma confissão¹⁰⁰.

O TEDH entendeu que os atos praticados pela polícia visaram provocar em Selmouni sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhar e degradá-lo, sendo ainda possível quebrar o espírito dele. Assim, compreende o TEDH que tais são elementos suficientes para os subsumir na qualidade de tratamentos desumanos e degradantes. Quanto à questão de colocar esses atos na categoria de tortura, o TEDH refere novamente que tal depende de vários fatores, como já observámos no *caso Irlanda c. Grã-Bretanha*. No caso, o TEDH entendeu que os sofrimentos de Selmouni teriam sido hediondos e humilhantes para qualquer pessoa, pelo que considera que a violência física e psicológica sentida por Selmouni, sendo particularmente sérios e cruéis, constituíam atos de tortura para efeito do art. 3.º da CEDH¹⁰¹.

Outro caso do TEDH que merece a nossa atenção é o *Kröcher e Möller c. Suíça*. Gabriele Kröcher e Christian Möller, ambos alemães, foram presos em Dezembro de 1977. O juiz de instrução ordenou ao diretor da prisão que este tomasse especiais precauções de segurança, não permitindo qualquer contato direto ou indireto entre eles, ou com o exterior, carecendo de consentimento expresso do juiz de instrução para receberem visitas. O representante só os podia visitar com o consentimento do juiz, e as visitas devem ser sempre supervisionadas. Não lhes era permitido ler jornais, ver televisão ou ouvir rádio; podem ler livros, mas estes seriam destruídos posteriormente; podiam ser medicamente examinados duas vezes por semana; as celas contíguas às deles foram evacuadas; os pertences deles nas celas devem ser revistadas diariamente. Entre outras medidas, Kröcher tinha de ser ainda supervisionada constantemente para evitar qualquer tentativa de suicídio. As janelas existentes não podiam ser abertas e eram pintadas de preto para que não pudessem ver o exterior¹⁰².

As tentativas judiciais para derrogar estas medidas de alta segurança eram sempre acompanhadas de insucesso, sob pretexto de que os dois terroristas pretenderam destruir, a todo o custo, a ordem social, podendo até utilizar o suicídio como uma derradeira arma. Poderíamos pensar que estas condições seriam enquadráveis dentro do art. 3.º da CEDH,

¹⁰⁰ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25803/94"\],"itemid":\["001-58287"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

¹⁰¹ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25803/94"\],"itemid":\["001-58287"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 01/03/2016).

¹⁰² Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74005"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 02/04/2016).

contudo, não foi este o entendimento do TEDH. Analisando as medidas individualmente, quanto à sua duração, ao objetivo visado e aos efeitos produzidos na pessoa, concluiu-se que não existia um verdadeiro regime de prisão solitária (na medida em que tinham a visita do médico e do advogado, podiam ler, entre outros direitos); desta forma, não se revela contrário ao art. 3.º da CEDH. O TEDH deixa em aberto a questão quanto à possível violação do art. 6.º, parágrafo 3, al. b) da CEDH¹⁰³.

Os argumentos do TEDH não nos parecem convincentes: independentemente de classificar a estadia de Kröcher e Möller como de prisão solitária ou não, discordamos da conclusão do TEDH, na medida em que, ponderadas as vivências dos dois na prisão, acreditamos de que se tratava de maus-tratos para efeito do art. 3.º da CEDH. Analogamente ao *caso Irlanda c. Reino Unido*, a combinação de várias medidas (por exemplo, não poderem receber visitas e serem constantemente vigiados) acarreta, no mínimo, a classificação como tratamento cruel, desumano ou degradante¹⁰⁴.

Dignos de reflexão são também os *casos Rochin c. Califórnia* (1952) e *Chavez v. Martinez*, ambos dos EUA. No primeiro, três agentes da polícia entraram na casa de Rochin e, tendo a polícia visto duas cápsulas que estavam na sua mesa de cabeceira, Rochin engoliu-as de imediato. Depois de tentativas sem sucesso para as retirar, os agentes da polícia levaram-no ao hospital, a fim de inserir coercivamente um emético, de modo a que este vomitasse as duas cápsulas. O Tribunal Supremo dos EUA concluiu que eram métodos que ofendem gravemente a dignidade humana, e o *Fourteenth Amendment*¹⁰⁵.

Quanto ao segundo caso, em Novembro de 1997, dois agentes da polícia (Maria Pefia e Andrew Salinas) estavam a investigar atividades suspeitas de narcotráfico, quando Martinez apareceu. Salinas revistou Martinez e encontrou uma faca. Houve uma disputa, durante a qual, e segundo as alegações dos agentes da polícia (as quais Martinez refuta), Martinez sacou a arma de Salinas e apontou para ambos os agentes. Pefia alvejou então Martinez várias vezes, causando graves ferimentos, incluindo cegueira e paralisia da cintura para baixo. Sem esperança de sobreviver, Martinez foi sujeito a um interrogatório, durante 45 minutos, encabeçado pelo sargento de polícia, Chavez. Martinez pretendia tratamento médico imediato, ao que Chavez recusou. O caso envolveu uma empolgada

¹⁰³ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74005"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 02/04/2016).

¹⁰⁴ De forma similar, *vide* CASSESE, Antonio, «Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», In: *The European System for the Protection of Human Rights*, ed: MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., PETZOLD, H., Martinus Nijhoff Publishers, p. 229.

¹⁰⁵ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/165/case.html>> (Acesso: 01/03/2016).

polêmica, visto que não atingiu unanimidade na classificação destes atos¹⁰⁶. O juiz THOMAS entendeu que o interrogatório conduzido por Chavez não tinha violado os direitos processuais de Martinez: este estava em estado crítico e poderia ter morrido e, nessas circunstâncias, havia um alto risco de perder provas essenciais. O juiz KENNEDY refere que o tratamento sofrido por Martinez não constituía tortura, na medida em que os ferimentos causados não se destinavam à aquisição de confissões, sendo fruto de eventos anteriores¹⁰⁷. Por sua vez, o juiz STEVENS entende que o método de interrogação utilizado por Chavez equivale funcionalmente à extração de confissão involuntária através de métodos de tortura – tais condutas constituem privação da liberdade constitucionalmente protegida. Tal demonstra a subjetividade do critério “shock the conscience”¹⁰⁸.

3.2 Admissibilidade dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes?

A despeito do caráter absoluto da proibição da tortura, de que nenhuma situação poder ser invocada para justificá-la, suscita-nos dúvidas quanto à admissibilidade, em tempos difíceis, daqueles atos que não chegam a constituir tortura¹⁰⁹.

Esta questão encontra particular pertinência quando nos deparamos com a letra do art. 2.º da CONUCT, que não contém nenhuma proibição expressa a esses tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Relembramos que o n.º 2 refere que “nenhuma circunstância excepcional, qualquer que seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a *tortura*” (itálico nosso). Poderá ter isto o significado de, em circunstâncias excepcionais, ser permissível tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes?

¹⁰⁶ A despeito de inexistir consenso neste ponto, o *Supreme Court* dos EUA entendeu que houve violação ao *Fifth e Fourteenth Amendment* de Martinez.

¹⁰⁷ “Had the officer inflicted the initial injuries sustained by Martinez (the gunshot wounds) for purposes of extracting a statement, there would be a clear and immediate violation of the Constitution, and no further inquiry would be needed. That is not what happened, however. The initial injuries and anguish suffered by the suspect were not inflicted to aid the interrogation. The wounds arose from events preceding it. True, police officers had caused the injuries, but they had not done so to compel a statement or with the purpose of facilitating some later interrogation. The case can be analyzed, then, as if the wounds had been inflicted by some third person, and the officer came to the hospital to interrogate” - Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/760/case.html>> (Acesso: 01/03/2016).

¹⁰⁸ Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/760/case.html>> (Acesso: 01/03/2016).

¹⁰⁹ GINBAR, Yuval, *op. Cit*, p. 278.

Para alguns, estes tratamentos não têm a sua proibição tão rigorosa quanto a da tortura. Os delegados israelitas insinuaram que o uso de procedimentos cruéis, desumanos e degradantes, cuja força não alcance ainda a intensidade da tortura, poderão ser permitidos em casos extremos, como no caso em que visem salvar vidas¹¹⁰. EYAL BENVENISTI, por seu turno, fala-nos de um “conceptual approach”, distinguindo tortura de outras formas de violência, atendendo a uma avaliação da natureza, propósito e gravidade da conduta. Contudo, esta perspectiva não satisfaz plenamente a distinção entre os métodos legais e ilegais a aplicar aos detidos. Este pensamento permite aos legisladores uma margem muito ampla para analisar a natureza dos atos praticados¹¹¹.

Regressando ao nosso ponto de partida, será que a letra da Convenção em análise permite, segundo os autores mencionados, a prática desse tipo de condutas? A resposta, segundo cremos, poderá ser encontrada no art. 16.º da CONUCT. Este preceito, cuja letra é paralela ao sentido do art. 2.º, refere que os outros atos que constituam penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são igualmente proibidos. Contudo, nada refere quanto à possibilidade de, em casos extremos, se aplicar essas medidas. A despeito deste silêncio, e na senda de YUVAL GINBAR, entendemos que o n.º 2 do art. 16.º ao apontar que “as disposições da presente Convenção não prejudicam a aplicação das disposições de qualquer outro instrumento internacional ou da lei nacional que proíbam as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” – a solução inclinar-se-á, forçosamente, para a negativa¹¹². Uma vez que existem outros diplomas que pugnam pela proibição expressa¹¹³, significa portanto que mesmo esses tratamentos não são permitidos, tal como a tortura – por outras palavras, estes não podem, mesmo em situações extremas, ser empregues¹¹⁴.

¹¹⁰ GINBAR, Yuval, *op. Cit*, p. 278.

¹¹¹ BENVENISTI, Eyal, «The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists», In: *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, pp. 604 a 606 e p. 608.

¹¹² Diferente do nosso entendimento, JOHN T. PARRY afirma: “(...) if conduct similar to Israel’s former practices would not be torture under the Convention, an exceptional circumstances justification could be available. Some commentators strongly disapprove of the idea that exceptional circumstances could justify the infliction of cruel, inhuman, or degrading treatment, but the text of the Convention clearly supports that interpretation”. PARRY, John T., «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», In: «Torture: a collection», editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, p. 149.

¹¹³ A título de exemplo, veja-se o art. 7.º do PIDCP, que proíbe, ao lado da tortura, “tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” – regra que não pode ser derogada (art. 4.º/2 do PIDCP).

¹¹⁴ GINBAR, Yuval, *op. Cit*, p. 279.

II. Principais modelos “legitimantes” da Tortura

Verificado o carácter absoluto da proibição da tortura e dos outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, parece inequívoco que o Estado jamais poderá recorrer a tais práticas. Contudo, estas convicções foram fortemente abaladas recentemente pelas hipóteses de “tortura de salvação”: estimulado pelos casos de bomba-relógio em Israel, mas também pelo atentado terrorista contra as torres gêmeas nos EUA, e ainda o *caso Daschner* na Alemanha, o debate reacendeu-se, a fim de questionar pela possibilidade de relativização da mencionada proibição, em situações de extrema necessidade, quando esta é o único meio idóneo para afastar um iminente e grave perigo contra a vida ou a integridade física de um ou de vários inocentes¹¹⁵.

Espelhamos nesta secção os modelos que, a nosso ver, mais contribuíram para o debate sobre a tortura. São exemplos que pretenderem abrir uma brecha na proibição, mas que acabaram por pecar em certos aspectos. A despeito do insucesso verificado no seio da doutrina, o seu valor nesta reflexão é inestimável.

1. Landau e o Supremo Tribunal de Israel

A confiança no GSS (*General Security Service*) foi de tal forma prejudicada com o *caso Nafsu*¹¹⁶, seguido pelo incidente *Bus Number 300*¹¹⁷, que se tornou premente, sobretudo, uma elucidação quanto aos métodos de investigação dos agentes do GSS¹¹⁸.

¹¹⁵ MOURA, Bruno, «A propósito da chamada “Tortura Salvadora”: outra “Quebra de Tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?», In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 101, 2013, pp. 230 a 233.

¹¹⁶ Izzat Nafsu foi acusado de traição, espionagem e de auxílio aos inimigos durante os tempos de guerra, razão pela qual foi detido em Janeiro de 1980. Nafsu alegou que as confissões que fez foram obtidas através de atos de violência por parte dos agentes do GSS, que puxaram o seu cabelo, abanaram-no, atiraram-no para o chão, pontapearam-no, esbofetearam-no e insultaram-no. Teve de tomar banhos de água gelada, foi privado do sono, e forçado a estar de pé durante largas horas, quando não estava a ser interrogado. Confrontados com estes factos, o GSS argumentou que a utilização de pressão encontrava-se dentro do âmbito das diretivas que existiam na altura, além de que, quando os agentes do GSS davam falso testemunho no tribunal, permaneciam no campo das práticas aceitáveis. O *caso Nafsu* é resumidamente tratado no “Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity” - Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 6 a 8.

¹¹⁷ Também conhecido como o *caso Shin Bet* (1984), envolveu a morte de dois sequestradores de um autocarro, que já tinham sido detidos, por agentes de segurança de Shin Bet, tendo sido realizadas tentativas de encobrimento do incidente. Os agentes não foram responsabilizados – WEITZ, Gidi, *Newly released papers reveal how Shin Bet tried to hide ‘Bus 300’ Killings* - Disponível em:

O modelo de Landau, desenvolvido no âmbito da Comissão de Landau (estabelecido pelo Governo israelita a fim de averiguar dos métodos de interrogação empregues pelo GSS), operou entre 1987 e 1999. Este modelo partiu da adopção das recomendações da Comissão de inquérito em matéria de Métodos de Interrogação pelo GSS relativos às atividades hostis de Terrorismo, que foi encabeçado pelo reformado Presidente do Tribunal Supremo, Moshe Landau. Foi o primeiro modelo de tortura formalmente previsto que foi aplicado na democracia moderna¹¹⁹, pugnano pela licitude dos métodos de “pressão física moderada” aplicados pelo GSS no interrogatório de palestinianos, pretendendo obter informações pertinentes no combate ao terrorismo¹²⁰.

A Comissão proclamou que existem três formas de resolver este dilema. A primeira - atendendo que se tratavam de interesses cruciais para a segurança do Estado – seria inserir o combate ao terrorismo num *twilight zone*, fora do âmbito do Direito, permitindo-se, deste modo, a atuação desviada do Direito. A Comissão rejeita esta primeira perspectiva: o Direito, enquanto manifestação livre da vontade do povo, é a base da existência de um Estado democrático, e o desvio a que aludimos acarretaria consequências nefastas para a sobrevivência do Estado, condenado à auto-destruição, a um *men devouring each other*. A segunda forma será a dos hipócritas: declarar que continuariam a atuar de acordo com o Direito, mas secretamente aplicam meios que se situam fora dele. Também é de repudiar: o vício alastrar-se-ia e contaminaria o resto do sistema. Por fim, no terceiro método, inserido no caminho do Direito, as leis ditariam um quadro próprio para a atividade dos serviços de segurança lutarem contra o terrorismo. Contudo, a Comissão entende que, visando a eficácia no questionamento de suspeitos de terrorismo, a utilização de meios coercivos é imprescindível¹²¹.

Esses meios coercivos, nos interrogatórios a suspeitos terroristas, devem combinar pressão psicológica não-violenta através de intensos e prolongados interrogatórios, com o

<<http://www.haaretz.com/newly-released-papers-reveal-how-shin-bet-tried-to-hide-bus-300-killings-1.386889>> (Acesso: 20/04/2016).

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 1 e 3.

¹¹⁹ GINBAR, Yuval, *op. Cit*, pp. 171 e 174.

¹²⁰ Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 16 e 17.

¹²¹ Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 77 a 79.

uso de estratégias, e até de atos de decepção. Quando tal não for efetivo, a utilização de pressão moderada não deve ser evitada¹²².

Com base na secção 22 do Código Penal israelita¹²³, a Comissão opina que o estado de necessidade poderá ser invocado para excluir a responsabilidade criminal dos agentes do GSS, desde que se verifiquem três requisitos cumulativos: que o agente tivesse pretendido prevenir danos aos seus bens ou a bens de terceiro; que o dano não podia ter sido evitado doutro modo; que o agente não tivesse feito mais do que o razoavelmente necessário para afastar o dano, e que o seu ato não tenha sido desproporcional face às circunstâncias do caso¹²⁴. É de assinalar que a Comissão de Landau refere o caso de bomba-relógio, cujo circunstancialismo permitiria o uso da tortura, a fim de descobrir o paradeiro da bomba colocada pelo terrorista, num edifício cheio de pessoas, pautados, evidentemente, por certas guias¹²⁵. Por outras palavras, baseando-se no argumento da

¹²² Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 80.

¹²³ “A person may be exempted from criminal responsibility for an act or omission if he can show that it was done or made in order to avoid consequences which could not otherwise be avoided and which would have inflicted grievous harm or injury on his person, honor or property or on the person or honor of others whom he was bound to protect or on property placed in his charge: Provided that he did no more than was reasonably necessary for that purpose and that the harm caused by him was not disproportionate to the harm avoided” (*Part one: General Provisions, Chapter 3, Section 22* do CP israelita de 1977 - Disponível em: <<https://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/0/0856c487b21c4624c12575ae00429052/%24FILE/ Penal%2520Law%2520of%2520Israel,%25201977.PDF+%&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>> (Acesso: 20/03/2016)). O argumento das ordens do superior hierárquico foi igualmente desenvolvido, perspectivado como causa de justificação – apelamos à visita da página <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf>, a fim de se obter mais detalhes. Aqui, pelos apertados limites do trabalho, tratamos tão-só do estado de necessidade justificante, pela sua pertinência ao nosso tema.

¹²⁴ Perante estes três pressupostos, a doutrina veio a avançar mais um: a da atualidade do perigo – FELLER escreve que a atualidade do perigo se prende com o “immediacy condition”, a despeito de tais termos não constarem do preceito do CP israelita – contudo, tal não é necessário, já que é inerente à situação de necessidade. De qualquer forma, FELLER entende que o CP israelita deverá fazer uma menção expressa à iminência da situação - FELLER, S. Z., «Not actual ‘necessity’ but possible ‘justification’, not ‘moderate’ pressure, but either ‘unlimited’ or ‘none at all’», In: *Israel Law Review*, vol. 23, n.º 2 e 3, 1989, pp. 205 e 208. Também KREMNITZER perspectiva a necessidade de incluir o requisito da atualidade: a despeito da Comissão ter afastado tal elemento, o Autor releva que é essencial para solidificar o sentido do perigo. Serve para demonstrar que o agente se encontra naquele instante crítico, após o qual o perigo já não poderá ser repellido - KREMNITZER, Mordechai, «The Landau Commission Report – Was the Security Service subordinated to the law, or the law to the needs of the security service», In: *Israel Law Review*, vol. 23, n.º 2 e 3, 1989, pp. 244 a 247. HÉLIA MARQUES SIMÕES alerta que este requisito só foi posteriormente acrescentado na Secção 34 (1) do CP de Israel, com a Revisão de 1994, integrando agora a expressão “imediatamente necessário” – SIMÕES, Hélia Marques, *A ameaça terrorista e a justificação do recurso a métodos de pressão física face à actual lei penal portuguesa*, Abril de 2010, Coimbra, nota 258 da p. 79.

¹²⁵ Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 53 a 62. No tocante às guias: “first disproportionate exertion of pressure on the suspect is inadmissible; the pressure must never reach the level of physical torture or maltreatment of the suspect or grievous harm to his honour which deprives him of his human dignity. Second, the possible use of less serious measures must be weighed against the degree of anticipated danger, according to the information in the possession of the interrogator. Third, the physical and psychological means of pressure permitted for use by an interrogator

necessidade, a Comissão admite a possibilidade dos agentes do GSS violarem a letra da lei nesta matéria, sem que sejam responsabilizados criminalmente pelas suas ações – as suas condutas estariam justificadas à luz do mencionado preceito¹²⁶.

ALAN DERSHOWITZ explica que o argumento da necessidade radica numa ideia de “estado de natureza”: se o agente tem de optar entre dois males, sendo que um deles, o mal menor, implicava um ato ilícito, e a intervenção judicial não é tempestiva, a sociedade autoriza a conduta, como se não houvessem leis proibitivas. Se a sociedade não conseguia proteger adequadamente o agente, quebra o contrato social com ele; deste modo, também o agente deixa de estar vinculado ao contrato social, não necessitando de obedecer à lei¹²⁷.

MICHAEL MOORE opina que a necessidade como causa de exclusão de responsabilidade, deverá ser perspectivado como justificação. A secção 22 do Código Penal Israelita tem uma letra aberta para diversas interpretações, na medida em que não identifica a “necessidade” nem como justificação, nem como desculpa. No entanto, na perspectiva do Autor, a mencionada secção 22 é uma causa de justificação genérica: todas as condutas justificadas que não se subsumam numa causa de justificação específica, cairão na letra deste preceito¹²⁸.

Afastamo-nos das vozes enaltecidas dirigidas ao modelo de Landau, como a de ERIC A. POSNER e ADRIEN VERMEULE¹²⁹, que citam a experiência israelita como um exemplo a seguir: os métodos coercivos de interrogação podem ser bem feitos, desde que se elaborem guias sobre a intensidade e o tipo de coerção que podem ser usados, e com constante supervisionamento por parte dos superiores, que deverão conceder a sua

must be defined and limited in advance, by issuing binding directives. Fourth, there must be strict supervision of the implementation in practise of the directives given to GSS interrogators. Fifth, practice the interrogator's superiors must react firmly and without hesitation to every deviation from the permissible, imposing disciplinary punishment, and in serious cases by causing criminal proceedings to be instituted against the offending interrogator” – estas guias são detalhadas na segunda parte (secreta) do Relatório.

¹²⁶ Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016), pp. 90 e 91.

¹²⁷ DERSHOWITZ, Alan M., «Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists – and to lie about it?», In: *Israel Law Review*, volume 23, 1989, pp. 195 e 196.

¹²⁸ MOORE, Michael S., «Torture and the Balance of Evils», In: *Israel Law Review*, volume 23, 1989, pp. 284 a 286.

¹²⁹ Dizemos “enaltecer” na medida do possível: os Autores não tecem elogios aos métodos coercivos de interrogação; tão-só sugerem que se trata de um *lesser evil*, apenas como algo permitido, tal como os outros males permitidos pelo Direito - POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian, «Should Coercive Interrogation be legal?», In: *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n.º 84, 2005, p. 34.

autorização para a aplicação de determinados métodos¹³⁰. Durante os anos de utilização deste modelo, milhares de palestinianos foram interrogados pelo GSS – o número extraordinário de sujeitos torturados, e o facto dos agentes do GSS serem apenas acusados de uso “excessivo de força”, demonstram o insucesso deste modelo¹³¹. A Comissão de Landau podia e devia ter pensado noutras estratégias de combate ao terrorismo; ao invés, focou-se no indivíduo suspeito, e nos modos alternativos de extrair informação deles. Ignorou plenamente a autonomia e a dignidade humana, acabando por abrir precedentes para o uso da tortura no decurso dos interrogatórios¹³².

DERSHOWITZ rejeita igualmente o argumento da necessidade, devido à sua natureza de emergência: o argumento da necessidade não pode ser invocado sistematicamente, durante um longo período de tempo, sob pena de desfigurar o seu carácter¹³³. No mesmo sentido, MORDECHAI KREMNITZER refere que, mesmo que se aceite a “necessidade” como causa de justificação, esta será uma causa *ad hoc*, conferida depois do facto¹³⁴.

Também o Tribunal Supremo de Israel, inicialmente apoiante do modelo e que permitiu, através de dezenas de decisões, que este operasse durante 12 anos, mudou drasticamente a sua posição em 1999. No *caso Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel et al.*, colocou-se uma questão sobre a autorização, aos agentes do GSS, para utilizar meios coercivos nos interrogatórios aos suspeitos de terrorismo. Esta permissão provinha dos poderes gerais e residuais do Governo, evidenciado pelo art. 40.º da sua Lei Básica e o art. 2.º/1 do *Criminal Procedure Statute*, amparado ainda pela ideia de necessidade, previsto na secção 34(11) do Código Penal israelita de 1977. Nesta medida, o Supremo Tribunal de Israel visou responder: são estas práticas legais¹³⁵?

Observando o art. 40.º da Lei Básica, onde se lê “The Government is authorized to perform in the name of the State and subject to any law, all actions which are not legally

¹³⁰ POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian *op. Cit.*, p. 13. Os Autores explicam que muitos consideram que a interrogação coerciva não era efetiva, com base na ideia de que as ações moralmente erradas não são eficientes.

¹³¹ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, pp. 181 e 182.

¹³² GUR-ARYE, Miriam, «Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience», In: *Torture: a collection*, editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, pp. 184 e 185.

¹³³ DERSHOWITZ, Alan M., *Is it necessary...*, *op. Cit.*, p. 197.

¹³⁴ KREMNITZER, Mordechai, *op. Cit.*, p. 238.

¹³⁵ Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016), pp. 27, 34 e 35.

incumbent on another authority”¹³⁶ – o Supremo Tribunal não vislumbrou a permissão de investigar por parte do Governo¹³⁷. O argumento da necessidade, invocado para justificar os atos, não autoriza, na opinião do Supremo Tribunal de Israel, a utilização destes métodos. Uma infração aos direitos humanos requer uma autorização nesse sentido¹³⁸. Assim, conclui o Supremo Tribunal que, para poderem ser empregues meios físicos no decurso dos interrogatórios, será necessária uma autorização enraizada na lei, e não nas causas de exclusão de responsabilidade¹³⁹.

In aliis verbis, se o Estado desejar conferir esses poderes aos agentes do GSS deverá ter uma legislação para esse efeito. O Tribunal Supremo explica que tal exclui a responsabilidade criminal dos agentes – não derivada do *supra* mencionado argumento da necessidade, mas sim do *justification defence*, previsto na secção 34(13) do Direito Penal: “A person shall not bear criminal liability for an act committed in one of the following cases: (1) He was obliged or authorized by law to commit it”. Esta justificação está sedimentada fora do Direito Penal, visto que se encontraria numa legislação à parte, contrapondo-se ao argumento da necessidade, inserido no Direito Criminal¹⁴⁰.

Embora conclua pela ilicitude dos atos dos agentes do GSS, o Supremo Tribunal de Israel não sufragou uma proibição absoluta, antes instituiu um novo modelo, alicerçado em três maneiras diferentes de desresponsabilizar os agentes do GSS: pela via legislativa (justificação “fora” do Direito Penal – secção 34(13) do Código Penal), pelas

¹³⁶ Disponível em: <https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic7_eng.htm> (Acesso: 15/03/2016). O *site* <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> ao mencionar o art. 40.º apresenta um texto ligeiramente distinto: “the Government is authorized to perform, in the name of the state, all actions which are not in the jurisdiction of another authority. In performing such actions, the Government is subject to all applicable laws” – no que nos concerne, qualquer uma destas leituras, por possuírem os mesmos elementos textuais, servirá para comprovar o nosso argumento.

¹³⁷ Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016), p. 38: “The residual powers of the government authorize it to act whenever there is an ‘administrative vacuum’. (...)There is no so-called ‘administrative vacuum’ in this case, as the field is entirely occupied by the principle of individual freedom”.

¹³⁸ GOMES CANOTILHO explica: “Há três ‘universos’ de restrições de direitos recortados por atos normativos com valor de lei: (1) restrições feitas diretamente pela Constituição; (2) restrições feitas por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição; (3) restrições operadas através de lei mas sem autorização expressa da Constituição” – CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 14ª Reimpressão, Almedina p. 450.

¹³⁹ Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016), pp. 52 e 53.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016), p. 53.

circunstâncias do caso¹⁴¹ (com base na necessidade, por exemplo) ou através do *Attorney-General*.

Quanto ao primeiro método, MICHAEL MOORE é a favor da adoção de uma legislação atinente à tortura, ficando apenas na dúvida quanto à quantidade de detalhes incluídos nessa legislação, pois que “any greater precision will be at the cost of accuracy”. O Autor elogia a secção 22 pela sua amplitude, sendo exatamente isso que Israel carece, ao invés de uma proibição absoluta da tortura¹⁴².

Somos da opinião de que a existência de uma legislação avulsa que aprove os métodos empregues pelo GSS não é defensável, visto que Israel deve cumprir as suas obrigações internacionais, decorrentes, mormente, do PIDCP e da CONUCT. Como já demonstrámos na primeira parte do nosso estudo, presidindo estas obrigações, resultará, naturalmente, uma proibição absoluta de tortura, e, evidentemente, não poderá ser aprovado nenhum diploma que contrarie esta ideia.

Outra via, vulgo estado de necessidade, não prevê antecipadamente uma autorização para os agentes (como faz o anterior modelo): a despeito da impossibilidade de conceder uma autorização pela via da necessidade, não se nega a hipótese de exclusão da responsabilidade criminal, atendendo às circunstâncias do caso. O Supremo Tribunal acrescenta que o *Attorney-General* pode formular guias para determinar aqueles que não devem passar por um procedimento criminal, alegando que atuaram por necessidade¹⁴³.

GROSS escreve que, em casos de bomba-relógio, a renúncia à utilização de tortura como meio de interrogação é tão cruel quanto a própria tortura, na medida em que o não torturar resultaria na morte de um grande número de pessoas inocentes. Cita o *caso Barzilai v. Government of Israel*¹⁴⁴ concretamente, as palavras do juiz BEN-PORAT, que refere que é essencial haver um equilíbrio entre a lei e a segurança do Estado. A despeito da harmonia ser concretizada, sobretudo com a mínima deformação da lei, existem casos,

¹⁴¹ Esta ideia será posteriormente retratada com maior pormenor na terceira parte do presente estudo.

¹⁴² MOORE, Michael S., *op. Cit.*, pp. 342 e 343.

¹⁴³ Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Politics/terrorim_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016), p. 54.

¹⁴⁴ Disponível em: <<http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/barzilai-v-government-israel-0>> (Acesso em 20/04/2016). A 25 de Junho de 1986, o presidente do Estado concedeu perdão ao chefe e a três membros do GSS, concernente às ofensas relacionadas com o chamado incidente “bus number 300”. Este perdão, segundo o Presidente, visou o bem público, sobretudo a segurança do Estado, na medida em que a continuação da controvérsia suscitada pelo incidente traria graves consequências ao GSS, responsável pela luta contra o terrorismo.

cuja necessidade é tão premente que carece de um desvio¹⁴⁵. GROSS confessa que, sendo embora verdade que a proibição relativa da tortura alberga riscos sociais e individuais, uma proibição absoluta atrairá os mesmos riscos¹⁴⁶.

Consideramos que o modelo do Supremo Tribunal terá o mesmo destino que o anterior modelo de Landau: neste, a “necessidade” atuava *ex ante*, como fonte de autorização aos agentes do GSS; naquele, a “necessidade” (“or other defences”) atuará *ex post*, como forma de excluir a responsabilidade, atendendo às circunstâncias. Uma primeira nota: apesar do ênfase que se coloca na “necessidade”, não é este o único meio de repelir a responsabilidade. O Supremo Tribunal não especificou quais eram as outras causas possíveis para afastar a responsabilidade criminal, nem quais eram os requisitos para se averiguar da situação de necessidade – deduzimos, pois, que teremos de averiguar a lei penal israelita (ou, porventura, o Relatório da Comissão de Landau) para apreciarmos as condições de aplicabilidade. Da mesma forma, estamos entregues a nós mesmos quanto à qualificação dessa “necessidade” como justificação ou como desculpa.

Neste ponto, MIRIAM GUR-ARYE esgrima no sentido da desculpa, na medida em que o Supremo Tribunal refere que a causa não tem “additional normative value”, e que possui natureza eminentemente pessoal, assemelhando-se às causas de desculpa. GUR-ARYE opina que, embora a desculpa nesses casos seja bastante atraente, não se olvida que são os agentes do Estado que praticam esses atos – e embora não seja exigível ao cidadão comum suportar a pressão, é imperativo que esses agentes do Estado não sucumbam à pressão motivacional que os aflige¹⁴⁷.

Não menos trabalhosa é a questão do poder do *Attorney-General*, de identificar os agentes isentos de procedimento criminal. Tratando-se de uma espécie de “desresponsabilização cinzenta”, esta alternativa situa-se entre o *ex ante* e o *ex post*: os

¹⁴⁵ Pode-se ler no caso: “Naturally, the smaller the deviation from the legal norm, the easier it would be to reach the optimal degree of harmony between the law and the protection of the State’s security. But we, as judges who “dwell among our people”, should not harbour any illusions, as the events of the instant case we’ll illustrate. There simply are cases in which those who are at the helm of the State, and bear responsibility for its survival and security, regard certain deviations from the law for the sake of protecting the security of the State, as an unavoidable necessity. (...) when the two interests of a fair trial and the security of the State are competing for primacy, the conflict must be resolved. Both interests are of concern to the public, and the resolution of the conflict takes different forms in different countries, the forms sometimes changing within the same country.” - Disponível em: <<http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/barzilai-v-government-israel-0>> (Acesso: 15/03/2016).

¹⁴⁶ GROSS, Oren, «Are Torture Warrants warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience», In: *Minnesota Law Review*, volume 88, number 6, June 2004, pp. 1511 a 1513.

¹⁴⁷ GUR-ARYE, Miriam, *op. Cit.*, p. 188.

agentes cometem os atos de tortura, podendo ser posteriormente socorridos pelo *Attorney-General*, sendo, desse modo, uma espécie de autorização *post factum*, de confirmação da licitude dos atos praticados.

Concretizando: aqueles que conhecerem os requisitos para se isentarem do processo criminal saberão, *a priori*, que a sua conduta estará abrigada se atuarem de acordo com a guia, convertendo a “desresponsabilização” *post factum* numa autorização implicitamente anterior, assemelhando-se ao anterior modelo. Este será, portanto, uma fórmula melhor desenvolvida do modelo de Landau; não obstante, duvidamos da bondade deste “progresso”, e perspectivamo-lo antes como uma verdadeira burla de etiquetas. A “autorização” dada pelo *Attorney-General* disfarça o seu carácter por detrás de uma desresponsabilização, atinente às circunstâncias do caso, quando na realidade se trata de uma causa de justificação, que confirma o ato de torturar como correto de acordo com o ordenamento jurídico – situação que merece o nosso desdém, atendendo à impossibilidade ditada pelas próprias obrigações internacionais, e pela natureza da justificação, que demonstraremos mais adiante.

2. O “Torture Warrant” de Dershowitz

O modelo de *torture warrants* (Mandado de Tortura), cunhado por ALAN DERSHOWITZ, baseia-se numa ideia muito simples: à semelhança de muitos outros países, quando a polícia entender que existem razões para tal, pode realizar buscas ao domicílio ou noutras propriedades, ou ainda fazer escutas, desde que obtenham uma ordem judicial que o permita. Assim, aplicando aos casos de tortura, terão de pedir ao tribunal que emita um mandado para levar a cabo a tortura¹⁴⁸. Trata-se de uma autorização *ex ante* fundada num mandado judicial, capaz de desresponsabilizar o agente, denotando-se aqui parecenças com o modelo de Landau.

Apesar da tortura ser claramente distinta das buscas domiciliárias, DERSHOWITZ argumenta que a emissão de um mandado de tortura contribui para a diminuição quantitativa da tortura, e ainda para a redução da violência física dirigida aos suspeitos de terrorismo¹⁴⁹. Considera ainda que os direitos do suspeito de terrorismo serão melhor

¹⁴⁸ Cfr. DERSHOWITZ, Alan, *Why Terrorism works*, Yale University Press, 2002, pp. 153 e ss.

¹⁴⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 158, 160 e 161.

protegidos através de um mandado do tribunal. Poderá ser-lhe concedida a imunidade, compelindo o agente a testemunhar e a dar as informações pretendidas, ameaçando com pena de prisão se ele não o fizer¹⁵⁰. Só nessa ocasião é que ele poderá ser ameaçado com tortura. Sabendo que tal ameaça é permitida pelo Direito, o suspeito estará mais inclinado a fornecer todas as informações. Se ainda assim o recusar, será sujeito a medidas físicas monitorizadas judicialmente, com a ideia de lhe causar muita dor sem deixar qualquer rasto¹⁵¹.

O pensamento de DERSHOWITZ é especialmente persuasivo quando invoca a experiência dos EUA, sobretudo durante a administração Bush, em que a tortura foi utilizada secretamente. O Autor descreve a chuva de críticas à tortura autorizada por um mandado, que poderá converter-se num precedente, ao invés da tortura “secreta”, que é um mero incidente. No entanto, DERSHOWITZ desvenda: a tortura “secreta” pode também abrir precedentes. Pelo contrário, empregando o modelo do mandado de tortura, o juiz poderá decidir se a tortura naquele caso é justificada, desculpada, condenável ou algo intermediário. Na tortura “secreta”, nenhum agente do FBI seria condenado. Numa democracia, o ideal é decidir questões controversas o quanto antes¹⁵².

MARIONA ANGLÍ entende que um “mandado de tortura”, autorizado *ex ante* pelo poder judicial, é mais conveniente e justo do que deixar a decisão de torturar ou não, num caso concreto, nas mãos dos serviços de segurança. Os juízes encontram-se numa posição privilegiada para valorar as necessidades de segurança, enquanto que os agentes dos serviços de segurança não estão preparados para resolver este delicado equilíbrio entre a liberdade e a segurança¹⁵³.

ANGLÍ julga que, dada a atual situação nos EUA (ou em Israel), o modelo de DERSHOWITZ poderia diminuir, pelo menos a curto prazo, a prática da tortura, visto que muitos destes casos são conduzidos em segredo, pelo que os seus agentes não chegam sequer a ser acusados¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Relembramos que esta premissa atentaria contra o direito à não autoincriminação.

¹⁵¹ DERSHOWITZ, Alan, *Why...*, *op. Cit.*, p. 159.

¹⁵² *Idem, Ibidem*, Yale University Press, 2002, p. 162.

¹⁵³ ANGLÍ, Mariona Llobet, *¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?*, disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226143/307716>> (acesso em 11/10/2015), p. 11.

¹⁵⁴ *Idem, Ibidem*, p. 16.

DERSHOWITZ argumenta que a tortura deve ser limitada a métodos não-letais, e sem deixarem quaisquer danos permanentes e irreversíveis¹⁵⁵. No entanto, apesar da aparente “bondade” deste Autor ao limitar a tortura a métodos não-letais, na realidade trata-se de um óbvio requisito prático dos interrogatórios, e não uma limitação moral. Ademais, falha o argumento dos danos temporários, já que a extensão dos danos físicos causados por tais métodos poderão não ser temporários, além de que o Autor não teve em mente os danos psicológicos provindos da tortura¹⁵⁶.

Acrescenta-se que o calcanhar de Aquiles deste modelo reside no facto de que salvaguarda melhor a posição dos agentes do Governo, do que os direitos dos indivíduos: assim que o mandado é emitido, uma parede de imunidade é erigida em torno dos oficiais envolvidos¹⁵⁷, ressalvando a sua posição em relação aos processos criminais que poderão ser dirigidos contra estes. Assim, segundo este modelo, os torturadores apenas terão um procedimento criminal contra si quando as ordens não foram seguidas à letra¹⁵⁸.

Por último, na senda de ANGLÍ, lembramos que estamos perante cenários extremos, como os de *ticking-time bomb*: a sua proposta é impraticável, visto que, perante um perigo iminente, o mandado judicial não poderia ser rapidamente emitido a fim de combater o perigo¹⁵⁹. No mesmo sentido, JOSHUA DRATEL alerta para a hipocrisia dos

¹⁵⁵ DERSHOWITZ, Alan, *Why...*, *op. Cit.*, pp. 148 a 150, 159.

¹⁵⁶ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, pp. 191 e 192.

¹⁵⁷ A ideia de imunidade judicial é sobretudo evidente nos *casos Bradley c. Fisher* e *Stump c. Sparkman*. No primeiro, Joseph H. Bradley, advogado, intentou uma acção contra George P. Fisher, juiz no Tribunal Supremo, a fim de ser ressarcido pelos danos causados “by reason of the wilful, malicious, oppressive, and tyrannical acts and conduct of the defendant”, quando este o privou do direito de advogar naquele Tribunal. Na realidade, foi no julgamento de John H. Suratt, pelo homicídio do Presidente Lincoln, que foi alegado que Bradley, advogado de Suratt, se dirigiu a Fisher, de forma rude e insultuosa, por este último o ter ofendido no início do julgamento. Fisher desmentiu, dizendo que não foi intenção sua de o insultar. Contudo, Bradley não acreditou nas suas palavras, e ameaçou o juiz – foi por esta razão que o seu nome foi retirado da lista de advogados que podiam trabalhar no Supremo Tribunal. Assim, no *caso Bradley c. Fisher* tratava-se de discutir o valor da sua imunidade judicial, ao que se concluiu que, se a imunidade judicial fosse uma palavra vã, sem sentido, a reputação do juiz naquele Tribunal ficaria completamente destruída. O caso está disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/80/335>> (Acesso: 07/03/2016). No segundo, em 1971, o juiz Stump aprovou, sem audiência nem notificação, a petição de Ora E. McFarlin, que pretendia esterilizar a filha (Linda Sparkman) de 15 anos. A operação foi realizada, sendo que a filha foi informada de que estava a ser operada ao apêndice. Dois anos depois, casou-se, e, perante o facto de que não conseguia engravidar, descobriu dos factos descritos, pelo que ela e o marido intentaram uma acção contra a mãe, o advogado da mãe, o juiz, e os médicos que a operaram. A questão que se impunha era se o juiz que ordenou a esterilização está judicialmente imune da responsabilidade. O tribunal vem a concluir: “Judge Stump's action had no basis either in law or in equity and was therefore taken without jurisdiction. In the absence of jurisdiction, a judge is not entitled to judicial immunity in a suit for damages that resulted from his action”. Ou seja, a doutrina da imunidade judicial não é aplicável ao caso. Disponível em: <<http://federal-circuits.vlex.com/vid/kay-sparkman-ora-mcfarlin-36848536>> (Acesso: 07/03/2016).

¹⁵⁸ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, p. 193.

¹⁵⁹ ANGLÍ, Mariona Llobet, *op. Cit.*, p. 12.

catch-phrases: afirmando que a tortura salva vidas, e de que existe um perigo iminente para a vida, muitas das vezes a tortura apenas é perpetrada num momento muito posterior à detonação da bomba. O mesmo se aplica aos *torture warrants* de DERSHOWITZ: até à emissão de tal mandado, a bomba já terá explodido¹⁶⁰.

3. O “War on Terror” norte-americano

No rescaldo dos atentados, houve imensa discussão nos *media* dos EUA, sobre a moralidade e a legalidade de torturar os terroristas em situações extremas, para salvar vidas¹⁶¹.

Em termos simples, o modelo consistia em classificar alguns sujeitos como *High-Value Detainees* (HVD), acreditando que estes possuíam informações pertinentes. Tendo como pilar o *Memorandum* de Agosto de 2002, o *War on Terror* pretendia legalizar a tortura com base em quatro argumentos: ausência de proteção dos suspeitos terroristas, tanto pela lei nacional como internacional; aplicabilidade em casos extremos; possibilidade de invocação do estado de necessidade, da legítima defesa, ou de ordens de superiores hierárquicos como forma de excluir a responsabilidade criminal; e autoridade ilimitada do Presidente em tempos de guerra¹⁶².

A classificação de determinados sujeitos como HVD aproxima-se do Direito Penal do Inimigo¹⁶³: proposto pelo penalista alemão GÜNTHER JAKOBS, nasceu da problemática

¹⁶⁰ DRATEL, Joshua, «The Curious Debate», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, p. 112.

¹⁶¹ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, p. 223.

¹⁶² *Idem, Ibidem*, pp. 223 a 228.

¹⁶³ Amparando-se na filosofia contratualista, JAKOBS relembra dos ensinamentos de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, FICHTE, THOMAS HOBBS e KANT. ROUSSEAU afirma que quem ataca o “direito social” torna-se, pela sua conduta, traidor da pátria. Deste modo, deixa de ser membro da sociedade, e é-lhe declarada a guerra, visto que a manutenção do Estado é incompatível com a sua existência. Dito doutro modo, ROUSSEAU explica que um dos dois terá de perecer, acrescentando que, ao condenar à morte o culpado, será mais na qualidade de inimigo do que de cidadão – “il n’est plus membre de l’État”. Ele é o infrator do pacto, não é mais uma pessoa moral, mas sim um mero indivíduo - ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Manchester at the University Press, Longmans, Green & Co., Ltd, 1926 p. 29. Da mesma forma argumenta FICHTE: aquele que violar o Contrato Social, seja intencionalmente, seja por negligência, perderá todos os seus direitos como cidadão e como pessoa. Apenas quem pautar as suas condutas pelo Direito, é que poderá ser titular de direitos. É reconhecida, a estes indivíduos, a capacidade jurídica. *A contrario sensu*, não havendo capacidade jurídica, não haverá, conseqüentemente, direitos. O mesmo acontece com o contrato de cidadania: apenas conservará os seus direitos, se os direitos dos outros cidadãos se encontrarem seguros perante ele - FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento do direito natural : segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pp. 310 e 311. Por seu turno, THOMAS HOBBS sustenta que cada súbdito se obrigou a submeter-se à cidade e às leis que a regem: aquele que decidir abandonar o Direito, perderá a sua qualidade de súbdito. Trata-se de uma ofensa de

da antecipação da punibilidade, concretamente, segundo o Autor, do princípio da proteção de bens jurídicos que “favorece” a dita questão. Assim, JAKOBS considera que tal converte o agente do delito numa mera fonte de perigo para o bem jurídico, e possibilitaria uma antecipação desmesurada de tal perigo, culminando na restrição do seu âmbito privado, tornando-se num inimigo do bem jurídico. Contra este, cumpriria combater os primeiros sinais do perigo, contrapondo-se ao cidadão, cuja criminalização de condutas se dá num estado mais próximo da efetiva lesão dos bens jurídicos¹⁶⁴.

O inimigo seria aquele que se afastou da estrutura normativa da sociedade, voluntariamente e permanentemente. Do outro lado teríamos o cidadão, titular de direitos e de deveres, ciente da estrutura normativa da sociedade, e que presta suficiente segurança quanto ao seu comportamento¹⁶⁵. O Estado pode proceder de duas formas, relativamente aos delinquentes: tratá-los como pessoas que simplesmente erraram (cidadão); ou tratá-los como indivíduos susceptíveis de destruir o ordenamento jurídico, caso não os impeça

alta gravidade, que o Autor qualifica como Rebelião, na medida em que consiste na recusa à submissão e, portanto, todo o mal que lhes poderá ser causado deverá ser considerado, não como um ato de natureza punitiva, mas antes como um ato hostil. Serão tratados, não como cidadãos (*Subjects*), mas sim como inimigos. Na verdade, explica HOBBS, “in declared Hostility, all infliction of evil is lawful”. Ao negar a sujeição ao Direito, o indivíduo recusará, ao mesmo tempo, todo o tipo de punição que a Lei a tiver destinado; nesta medida, sofrerá o mal como um inimigo do Estado. Como máxima ilustração da ideia do inimigo, HOBBS acrescenta: “For the Punishments set down in the Law, are to Subjects, not to Enemies” - HOBBS, Thomas, *Leviathan* - Disponível em: <<https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/748/leviathan.pdf>> (Acesso: 03/12/2015), p. 278 a 283 (Parte II: “Of Commonwealth”, Capítulo 28: “Of Punishments and Rewards”). IMMANUEL KANT sustenta que aquele que não proporcionar segurança deverá ser considerado inimigo. Geralmente, no estado civil-legal, não se deve proceder de forma hostil, a não ser que o indivíduo já tenha lesado efetivamente o bem – mesmo aqui, KANT quis referir-se ao Direito Penal, e não a uma despersonalização. No entanto, no estado de natureza, esse indivíduo já estará a privar da segurança e já estará a prejudicar, e não será possível obrigá-lo a entrar no estado social legal - KANT, Immanuel, *A Paz perpétua e outros Opúsculos*, trad. de MORÃO, Artur, pp. 136 e 137 e nota 33. Quanto aos dois primeiros, embora esteja aí, de certa forma, “fundamentado” o uso do termo inimigo, JAKOBS não pretende seguir o trajeto traçado por estes, pois que considera o pensamento demasiado abstrato. JAKOBS explica que o Direito deve manter no seu seio o criminoso, visto que este poderá querer retornar à sociedade e manter o seu *status* de cidadão. Acresce ainda o facto de que o delincente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade, isto é, deve reparar os danos que causou. JAKOBS denota que os dois últimos Autores reconhecem, por um lado, o Direito Penal do Cidadão e, por outro, o Direito Penal do Inimigo, destinado àqueles que se desviaram da sociedade. Contra estes últimos, o Estado tem o direito de se defender, de procurar a segurança que os “inimigos” puseram em causa. Da mesma forma, os cidadãos podem exigir que o Estado tome as medidas adequadas a fim de se sentirem protegidos contra a ameaça do “inimigo”. Segundo JAKOBS, “(...) frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra” – mas não sem limites: primeiramente, para alcançar os seus objetivos, o Estado não precisa de retirar todos os direitos do “inimigo”; em segundo lugar, o Estado não tem de fazer tudo o que é livre de fazer. Em resumo: “El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros; con toda certeza existen múltiples formas intermedias” - JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del enemigo*, Cuaderno Civitas, 2003, pp. 28, 32 e 33.

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, tradução: RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. UAM Ediciones, Editorial Civitas, S. A, pp. 294 e ss.

¹⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho...*, op. Cit., p. 40.

(inimigo)¹⁶⁶. Perante estes últimos, e dada a sua perigosidade, a punibilidade adiantar-se-ia para o âmbito da preparação, enquanto que a pena será relativa a factos futuros, e não a factos cometidos¹⁶⁷. JAKOBS refere que só é pessoa quem oferece segurança cognitiva mínima. Aquele que não pretender entrar no estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa¹⁶⁸.

Poder-se-á concluir, logicamente, a partir das suas premissas que, catalogando alguém como inimigo, este estará à mercê do Estado; a dignidade humana do terrorista que colocou a bomba poderá ser, sem sombra de dúvidas, relativizado, a fim de salvar um número maior de pessoas - estes são, pois, os principais argumentos afirmativos do *War on Terror*¹⁶⁹.

O raciocínio inerente ao chamado “Direito Penal do Inimigo” permite averiguar dois fenómenos: por um lado o simbolismo (considerado como uma falsa impressão de segurança), e por outro lado o punitivismo (atinentes a um endurecimento quantitativo ou qualitativo no seio da criminalização)¹⁷⁰. Os dois fenómenos enunciados não possibilitam uma separação límpida: somos confrontados frequentemente com normas de carácter marcadamente punitivista, precedido pela natureza simbólica, de mera promulgação¹⁷¹. Avançando mais nesta problemática, constata-se que o Direito Penal simbólico, aliado ao Punitivismo, visa não só identificar o facto, mas também o autor, concretamente, através da segregação do “outro”: tendo sido edificada uma determinada identidade social, o “outro” será aquele que não integra essa mesma definição¹⁷².

Como já é de prever, numerosas críticas têm sido associadas a estas derradeiras considerações: o Direito Penal do Inimigo pecará desde logo pela sua inconstitucionalidade. Com vista à solidificação deste argumento, podemos referir que a dignidade da pessoa humana parece ter sido segregada pelo Direito Penal do Inimigo, visto que trata o “inimigo” como uma não-pessoa. Não se deve, ao contrário do propugnado, restringir os direitos fundamentais do infrator, como forma de proteção de um outro valor

¹⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p. 47

¹⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 40.

¹⁶⁸ *Idem, Ibidem*, p. 51 e 40.

¹⁶⁹ BRAUM, Stefan, «Are we heading towards a European form of ‘enemy criminal law’? On the compatibility of Jakob’s conception of ‘an enemy criminal law’ and European criminal law», In: *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, editado por: GALLI, Francesca, WEYEMBERGH, Anne, Institut d’études européennes, Éditions de l’université de Bruxelles, p. 247.

¹⁷⁰ MELIÁ, Manuel Cancio, ¿“Derecho penal” del Enemigo?, Cuaderno Civitas, 2003, pp. 65 e 70.

¹⁷¹ *Idem, Ibidem*, p. 76.

¹⁷² *Idem, Ibidem*, pp. 77 e 78.

fundamental: a segurança¹⁷³. FRANCISCO MUÑOZ CONDE escreve que o essencial para JAKOBS é a segurança cognitiva do sistema social, quer seja justo ou injusto, democrático ou antidemocrático – e tal poderá ser obtido mediante utilização de um Direito Penal “normal” para os cidadãos da sociedade, e um Direito Penal “excepcional” para os inimigos¹⁷⁴. Da mesma forma, um Estado que exclua a qualidade de pessoa a um sujeito, desprezando o “outro”, desvirtua o princípio da igualdade, além de que jamais se poderá autoqualificar como democrático de Direito¹⁷⁵.

Comparando o “inimigo” com os HVD vislumbramos que as críticas do primeiro podem ser transpostas para os segundos. Assim, ainda que admitamos os argumentos de JAKOBS de que o Direito Penal do Inimigo seria utilizado para combater perigos, concretamente, contra aqueles que se excluíram da sociedade, ou que põem em perigo a sua existência – como mecanismo para proporcionar a segurança necessária para esse tipo de situações – mesmo aqui deparamo-nos com dificuldades em aderir à sua perspectiva. Destarte, tal como CANCIO MELIÁ, julgamos que dificilmente se encontra entre os “candidatos a inimigos”, aquele que poderá realmente pôr em causa os parâmetros fundamentais das sociedades ocidentais¹⁷⁶. Mesmo perante situações de especial vulnerabilidade na identidade social, é primordial pugnar pela manifestação de normalidade. O Estado deve reafirmar o seu *status* de cidadão, confirmando que a sua conduta foi uma infração, e não um ato de guerra¹⁷⁷ - e é pelas mencionadas razões que vislumbramos a fraqueza do Direito Penal do Inimigo¹⁷⁸ e, simultaneamente, a classificação norte-americana dos HVD.

¹⁷³ COSTA, Nuno Dias, *Direito Penal do Inimigo – Inimigo do Direito Penal?*, Revista Portuguesa de ciência criminal, ano 18, n.º 4 (2008), pp. 442 a 445. E ainda, PRITTWITZ, Cornelius, *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 47 (2004), p. 42 e 43.

¹⁷⁴ CONDE, Francisco Muñoz, «Le droit pénal international est-il un “droit pénal de l’ennemi”?», In: *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n.º 1 (2009), p. 24.

¹⁷⁵ BUSATO, Paulo César, «Quem é o inimigo, quem é você?», in: *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, n.º 66, 2007, pp. 347 e 348. No mesmo sentido, CAEIRO, Pedro, «Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado ‘direito penal do inimigo’ e a sua incidência na investigação criminal», In: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária*, pp. 129 a 131. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2015%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf> (Acesso: 03/04/2016). Refere que “quando fria e racionalmente negamos o estatuto de pessoa ao *Outro*, pretendendo excluí-lo da ‘comunidade legal’, somos nós quem se afasta dela”.

¹⁷⁶ MELIÁ, Manuel Cancio, *op. Cit.*, pp. 94 e 95.

¹⁷⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 97 e ss.

¹⁷⁸ Também HÉLIA MARQUES SIMÕES equaciona a possibilidade da tortura ser justificada pelo Direito Penal do Inimigo, acabando por rejeitar tal hipótese, tal como também fazemos - SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, nota 258 das pp. 92 a 95.

Contudo, não é este o único ponto que merece o nosso reparo. Uma das grandes novidades propostas pelo modelo norte-americano de *War on Terror* é o poder que o Presidente possui, e que acarretará uma permissão no âmbito da tortura. Assim, destacamos o *President's Commander-in-Chief Power*, conferido pela Constituição, de ordenar a condução de interrogatórios a “inimigos”, com vista à obtenção de informações para prevenir futuros ataques. Qualquer preceito que interfira nesse poder do Presidente será inconstitucional¹⁷⁹.

O modelo foi subsequentemente desenvolvido, sendo que, em Dezembro de 2004, o Departamento de Justiça publicou um novo *Memorandum*, que se sobrepõe ao *Memorandum* de Agosto de 2002¹⁸⁰. Em 2002 era defensável um conceito de tortura alicerçado em “serious physical injury, such as organ failure, impairment of bodily function or even death”, distinguindo dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes¹⁸¹; porém, com o *Memorandum* de 2004 o conceito foi ampliado, constando nele novas circunstâncias onde se poderá deduzir que existe tortura, não se restringindo, pois, ao “serious physical injury”¹⁸², o que, no nosso entender, dilata a proteção contra atos de tortura.

Concernente a este ponto, MICHAEL C. DORF escreve que, mesmo no *Memorandum* de 2004 não nos é oferecido o verdadeiro sentido da dor ou sofrimento infligidos, nem faz

¹⁷⁹ Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>> (Acesso: 15/03/2016), p. 31. O *Memorandum* cita ainda a opinião publicada em 1984: “if executive officials were subject to prosecution for criminal contempt whenever they carried out the President’s claim of executive privilege, it would significantly burden and immeasurably impair the President’s ability to fulfill his constitutional duties. Therefore, the separation of powers principles that underlie the doctrine of executive privilege also would preclude an application of the contempt of Congress statute to punish officials for aiding the President in asserting his constitutional privilege” (p. 35).

¹⁸⁰ “This memorandum supersedes the August 2002 Memorandum in its entirety” – Disponível em: <<https://www.aclu.org/files/torturefoia/released/082409/olcremand/2004olc96.pdf>> (Acesso: 04/04/2016).

¹⁸¹ Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>> (Acesso: 15/03/2016), p. 1

¹⁸² Disponível em: <<https://www.aclu.org/files/torturefoia/released/082409/olcremand/2004olc96.pdf>> (Acesso: 04/04/2016), pp. 4 e 5. Aproximando-se do sentido da CONUCT, onde o *Memorandum* de 2004 se inspirou para a definição de tortura, as hipóteses são as seguintes: “in order to constitute torture, an act must be (...) caused by or resulting from (1) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering; (2) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (3) the threat of imminent death; or (4) the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality”. O *Memorandum* dissecou cada elemento da definição de tortura da CONUCT ao longo das suas páginas, juntando-se-lhe interpretações à luz de diplomas estadunidenses, como o *Torture Victims Protection Act*. Visto que já realizámos uma análise do conceito de tortura na nossa primeira parte, não adoptaremos o mesmo procedimento aqui, a despeito do interesse que possui.

uma distinção dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Todavia, o Autor aplaude a opção tomada, na medida em que estes tratamentos são, tal como a tortura, repugnantes e igualmente ilícitos. É ainda caracterizado pela prudência face ao *Memorandum* de 2002, cuja distinção de termos induz a crer que é possível escapar à responsabilidade criminal, se o agente praticar tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, já que estes atos não chegam a alcançar a gravidade da tortura¹⁸³.

Pretendendo saber se os EUA apoiam um modelo legitimante de tortura, YUVAL GINBAR re-analisa os quatro argumentos avançados anteriormente: respeitante ao primeiro, de que o terrorista não estaria protegido por nenhuma lei, note-se que agora certas legislações dos EUA lhes são aplicáveis (como o *Detainee Treatment Act of 2005* e o *Military Commissions Act of 2006*), e ainda algumas normas do direito internacional, como o mencionado CONUCT. Concernente à aplicabilidade do argumento de necessidade, este não foi alterado desde o *Memorandum* de 2002¹⁸⁴.

Quanto ao apogeu do modelo, o poder ilimitado do Presidente em tempos de guerra, tal não foi objeto de discussão, já que, reza o *Memorandum* de 2004, seria incongruente face às declarações do Presidente de que os EUA não usavam a tortura, e que tal constituía violação ao direito americano¹⁸⁵. A dignidade humana não pode ser objeto de negociações, e os EUA tomarão todas as medidas possíveis contra a tortura. Os funcionários dos EUA estão obrigados a atuar à sombra da lei, incluindo a Constituição dos EUA, os estatutos federais, e todos os estatutos e convenções sobre a tortura. Segundo o Presidente, o exército americano lutou contra os regimes que empregavam a tortura para oprimir os seus cidadãos, e frequentemente ajudou a reconstruir as nações traumatizadas. A despeito do terrorismo ter sedimentado o sentimento de medo na sociedade, os EUA continuarão a conduzir interrogatórios aos suspeitos de terrorismo, a fim de salvar vidas, mas sempre pautados pelo caminho do direito, e os valores ou princípios inerentes a ele: “Torture is wrong no matter where it occurs, and the United States will continue to lead the fight to eliminate it everywhere”¹⁸⁶.

¹⁸³ DORF, Michael C., «Renouncing Torture», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, p. 250.

¹⁸⁴ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, pp. 257 e 258.

¹⁸⁵ Disponível em: <<https://www.aclu.org/files/torturefoia/released/082409/olcremand/2004olc96.pdf>> (Acesso: 04/04/2016), p. 2.

¹⁸⁶ «Statement on United Nations International Day in Support of Victims of Torture», In: *Weekly Compilation of Presidential Documents*, volume 40, Number 47, 5 de Julho de 2004 - Disponível em:

Todavia, uma questão fica em aberto: em nenhum lado se confirma que o Presidente tem o direito, ou não, de autorizar a prática da tortura. Aproveitando as palavras de GINBAR “(...) does not clarify whether or not, in his view, he is ‘authorized to authorize it’”¹⁸⁷. Reformulando: hipoteticamente, se o Presidente decidir que existe a necessidade de torturar os suspeitos de terrorismo, poderá utilizar do seu *Commander-in-Chief Power* a fim de conceder essa permissão?

Em busca da solução para este problema, deparámo-nos com o art. 2.º, secção 2 da Constituição dos EUA, relativo aos poderes do Presidente¹⁸⁸. A despeito de se poder retirar do preceito uma ideia de poder ilimitado sobre o exército e a marinha, consideramos que tal não pode pisar nos direitos fundamentais dos cidadãos americanos, sobretudo na sua dignidade humana.

Na esteira de GÓMEZ MARTÍN, há que estabelecer um equilíbrio entre a delicada dicotomia de segurança *versus* liberdade, considerando que o indivíduo, para estar em plena liberdade, carece de se sentir seguro ou, por outras palavras, que a sua esfera de autonomia não será invadida por outro. O Autor, recordando as palavras de STUART MILL¹⁸⁹, refere que o Estado deverá pugnar por essa liberdade individual, intervindo apenas quando alguém perturba a liberdade de outrem. Deste modo, a liberdade individual será, simultaneamente, um fundamento à atuação estadual, assim como um limite ao *ius puniendi*, recordando, evidentemente, que uma intervenção exagerada poderá conduzir a

<<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/WCPD-2004-07-05/html/WCPD-2004-07-05-Pg1167.htm>> (Acesso: 04/04/2016), pp. 1167 e 1168.

¹⁸⁷ GINBAR, Yuval, *op. Cit.*, pp. 257 e 258. MICHAEL C. DORF coloca a mesma dúvida. Conclui que, a despeito da falta de cuidado neste ponto, o *Memorandum* de 2004 é, na sua grande maioria, favorável: “Whatever the actual motives of the Justice Department officials who released it when they did, the memo itself should have the salutary effect of communicating to personnel overseas that the United States neither encourages nor tolerates torture.” - DORF, Michael C., *op. Cit.*, p. 252.

¹⁸⁸ “The President shall be commander in chief of the Army and Navy of the United States, and of the militia of the several states, when called into the actual service of the United States; he may require the opinion, in writing, of the principal officer in each of the executive departments, upon any subject relating to the duties of their respective offices, and he shall have power to grant reprieves and pardons for offenses against the United States, except in cases of impeachment. He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments. The President shall have power to fill up all vacancies that may happen during the recess of the Senate, by granting commissions which shall expire at the end of their next session”. – Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution/articleii#section2>> (Acesso: 01/05/2016).

¹⁸⁹ MILL, John Stuart, *On Liberty*, Batoche Books, Kitchener, 2001 - Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>> (acesso em 15/05/2016), cfr. p. 86.

um resultado indesejado. Alinhamos as nossas considerações com as de GÓMEZ MARTÍN, em que, mais do que perseguir a máxima prevenção possível, é antes crucial adoptar-se um pensamento de “mínima prevenção imprescindível”¹⁹⁰.

Regressando ao Direito americano, não obstante não se prever expressamente a proteção da dignidade humana na sua Constituição, é evidente que ela está inerente, mormente, nos preceitos que proíbem os castigos cruéis (*Eighth Amendment*)¹⁹¹.

A favor da nossa concepção, parte da doutrina norte-americana tende a interpretar o art. 2.º, secção 2, como um poder do presidente em função dos cidadãos, sendo que estes são privilegiados face à supremacia militar¹⁹². Deste modo, a nossa resposta a GINBAR será direcionada para a negativa: embora não esteja previsto expressamente, e ainda que os poderes do Presidente sejam vastos, não são ilimitados e, deste modo, ainda que o Presidente queira permitir a tortura, não o poderá fazer, face ao espírito inerente à Constituição americana¹⁹³.

4. A Ponderação de Interesses¹⁹⁴ e a lógica consequencialista

4.1 Imponderabilidade de bens jurídicos

Como temos demonstrado até agora, a justificação da tortura não pode ser encontrada na letra dos diplomas legislativos, nem em permissões *ex ante* ou *ex post* concedidas às entidades. Completaremos, presentemente, o raciocínio que temos vindo a transpor, de que a tortura não pode, em nenhum caso, ser justificada. Ocupar-nos-emos da balança de interesses, demonstrando que mesmo em situações em que a tortura aparenta

¹⁹⁰ MARTÍN, Víctor Gómez, «Liberdad, seguridad y “sociedad del riesgo”», In: *La Política Criminal en Europa*, directores: PUIG, Santiago Mir, e BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, coordenador: MARTÍN, Víctor Gómez, Atelier Penal, pp. 87 a 90.

¹⁹¹ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/constitution/eighth_amendment> (Acesso: 01/05/2016).

¹⁹² Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/commander_in_chief_powers> (Acesso: 01/05/2016).

¹⁹³ O Memorandum de 2009 (Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2009/03/09/memostatusolcopinions01152009.pdf> – Acesso em 01/05/2016) faz referência à posição aqui sufragada: “The President, like all officers of the Government, is not above the law. He has a sworn duty to preserve, protect, and defend the Constitution and faithfully to execute the laws of the United States, in accordance to the Constitution” – pp. 3 e 4.

¹⁹⁴ Inserimos igualmente nesta secção a legítima defesa, pois, sendo uma causa de justificação, relaciona-se sempre com uma situação conflitual. Citando Figueiredo Dias: “teleológica e funcionalmente, a justificação resulte da preponderância jurídica, em situação, de um interesse perante o outro ou (...) prevalência do interesse juridicamente preponderante. Por isso a situação de justificação implica sempre um ‘sopeso jurídico’ dos interesses conflituantes” – DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª ed., 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, p. 391.

possuir resultados mais favoráveis, ainda assim não passa de uma mera falácia que urge combater.

Um dos pensamentos dominantes que se afirma na esfera da tortura salvadora é o facto de que muitos entendem que a morte é pior do que a tortura, pois “sem vida, nada resta, mas após a tortura, o terrorista recupera a dignidade de algum modo comprimida (ou restringida)”¹⁹⁵.

FARIA COSTA explica que o Direito Penal hierarquiza os bens jurídicos que visa proteger, e que o facto do CP, na sua parte especial, estrear pela tutela da vida humana é um indício claro de que se trata do bem jurídico mais fortemente protegido. Contudo, não se olvida que, em certos casos, a lei não sanciona quem matar outrem, como uma manifestação de “exigência de justiça”, como é o caso da legítima defesa¹⁹⁶.

HENRY SHUE pondera¹⁹⁷: Se matar alguém é às vezes permitido, não deveríamos admitir, porventura, a tortura? Vejamos: a aniquilação da vida é a destruição completa da pessoa, enquanto que a tortura é uma destruição parcial ou temporária da pessoa. Se a destruição total é um mal maior do que a destruição parcial, logicamente que se poderá deduzir que matar alguém é pior do que torturar. E se é permitido matar alguém em certas situações, também se poderá torturar em certas situações¹⁹⁸.

In aliis verbis, acolhendo o argumento de que a vida é um bem (valor) absoluto, pressuposto de todos os outros, o nosso problema aparenta ser de fácil resolução, concluindo-se pela prevalência da vida face à dignidade. Porém, também a dignidade humana é um bem de suma importância, pelo que aqui não podemos estabelecer uma hierarquia¹⁹⁹.

¹⁹⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Uso da... op. Cit.*, p. 45. Para nós, particularmente elucidativas são as palavras de FARIA COSTA: “se se viola a vida já se não pode controlar os efeitos dessa mesma violação, no caso da violação da integridade física somos ainda capazes de ter a percepção e valoração (porque estamos vivos) das consequências. Ainda dentro da mesma linha argumentativa: não são admissíveis ataques parcelares à vida. Tudo se joga e esgota, quando há uma violação, em um único ato. Uma única ação” - COSTA, José de Faria, «O Fim da Vida e o Direito Penal», In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organização: ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda, ANTUNES, Maria João, Coimbra Editora, 2003, p. 777.

¹⁹⁶ COSTA, José de Faria, *O Fim... op. Cit.*, pp. 767 e 770. Concretizando melhor esta ideia, a violação do bem jurídico vida pode ser punida com diferente intensidade, dependendo da maior ou menor censura ao agente – p. 789.

¹⁹⁷ A sua reflexão é somente ilustrativa, não visando o Autor acolher esta ideia, como veremos.

¹⁹⁸ SHUE, Henry, «Torture», In: *Torture: a collection*, editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, p. 48. Estes argumentos são acolhidos, nomeadamente, por MICHAEL MOORE (MOORE, Michael S., *op. Cit.*, p. 323).

¹⁹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida: conflitos existenciais e limites do Direito Penal*, Coimbra Editora, 2009, p. 160.

FIGUEIREDO DIAS alerta-nos para a letra do art. 34.º do CP: curiosamente, o legislador empregou a expressão “interesse(s) juridicamente protegido(s)”, ao invés de “bem(ns) jurídico(s)” – isto deve-se ao facto de que, na ponderação de “grandezas” conflituantes, não se atende somente aos bens jurídicos. Atinente à nossa temática, os bens jurídicos são, tão-só, um dos elementos da equação, relevando ainda muitos outros, tais como o perigo e a intensidade da lesão. O Autor escreve que, no tocante à vida humana, “bem jurídico de valor incomparável e insubstituível”, é de repudiar qualquer concepção que diferencie qualitativamente ou quantitativamente o valor da vida humana: “uma vida vale exatamente o mesmo que dez, cem ou mil vidas, porventura que todo o resto da humanidade”²⁰⁰.

Além disto, os casos de bomba-relógio envergam uma roupagem duvidosa: primeiramente, pela improbabilidade destes casos se nos apresentarem; em segundo lugar, apenas por muita coincidência a pessoa capturada possuiria realmente as informações sobre a bomba instalada; finalmente, caso nos encontrássemos perante esta hipotética situação, é dúbio que seja excluída toda a responsabilidade criminal do agente que torturou²⁰¹.

Na mesma linha, DAVID LUBAN acusa o carácter falacioso do caso hipotético da bomba-relógio, proferido contra os liberais que argumentam pela proibição absoluta da tortura: se o abolicionista admitir que, mesmo ele, considera que nesse tipo de situações é preferível o emprego da tortura, a fim de salvar milhares de vidas, aperceber-se-á que a sua oposição à tortura não é baseada numa proibição categórica. Quando o abolicionista permitir uma flexibilização dos seus princípios morais, apenas resta regatear com ele o preço da tortura. Este cenário de “bomba-relógio” pinta o torturador como um servidor

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 441 a 451.

²⁰¹ Para esta visão, vide FORST, Brian, *Terrorism, Crime, and Public Policy*, Cambridge University Press, p. 272. No mesmo sentido, ROBERT BRECHER opina: “The ticking time bomb scenario (...) assumes that interrogators know that their captive has the information they need (...) How likely is it, then, that the authorities have ‘the right person’? (...) Second, (...) the shorter the time in question, the less time the suspect needs to hold out and the more effective their obvious recourse to lying about the bomb’s whereabouts; (...) Third, (...) we cannot know that torture is necessary, but only that it may be necessary – in which case it also may not be”. – BRECHER, Robert, «No: Why Torture is wrong», In: *Contemporary Debates on Terrorism*, editado por: JACKSON, Richard e SINCLAIR, Samuel Justin, Routledge, pp. 160 e 161. O Autor debate-se com mais argumentos dos que expomos aqui. Suprimimos os demais, pela parca relevância que assumem neste ponto.

público consciente, como um herói desesperado mas disposto a salvar muitas vidas – abandonando definitivamente a sombra do homem sádico e bruto²⁰².

Todavia, regressando à ponderação de bens, e como demonstra HENRY SHUE, a lógica do “preço da tortura” acomodou-se sobre o tamanho do dano, parecendo ser este o único fator relevante²⁰³. De forma semelhante, e embora não diretamente relacionado com a tortura, FARIA COSTA urge pela deslocação do problema da “quantidade” de vida, para “qualidade” de vida, sendo que este conceito carece de maior concretização, que poderá ser alcançado através de critérios objetivos, exemplificando com “diminuição para patamares mínimos de algumas funções vitais”; “contínuo estado de dor”; e “provável degradação mental”²⁰⁴.

Na realidade, o mal da tortura é distinto do mal do homicídio. O torturador inflige dor e danos sobre outra pessoa que, em virtude de agora estar à mercê do seu poder, já não constituirá uma ameaça. HENRY SHUE, no tangente à violação da proibição de não agredir os não-combatentes, denuncia a superior censurabilidade moral da condução da tortura face ao homicídio²⁰⁵.

Ainda que não envolva a destruição do bem jurídico vida, a tortura implica a violação de algo diferente da integridade física: “um pedaço do seu ser foi tocado, foi violado, (...) foi desintegrado de maneira forte e sensível (...). Quem sofre a tortura fica marcado no que há de mais profundo no seu ser. E para sempre”. A tortura jamais se converterá num bem²⁰⁶.

Na mesma linha de pensamento, VOLKER STÜMKE revela que a tortura deve ser distinguida de outras formas de infligência de dor, tanto em termos quantitativos como qualitativos, na medida em que envolve muito mais do que dor física, aniquilando a determinação pessoal do torturado. A discussão sobre a tortura partirá com o pé esquerdo se assumirmos que a tortura envolve, tão-só, métodos de violência nos interrogatórios²⁰⁷.

²⁰² LUBAN, David, «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, pp. 44 e 45.

²⁰³ SHUE, Henry, *op. Cit.*, p. 48.

²⁰⁴ COSTA, José de Faria, *O Fim...*, *op. Cit.*, pp. 772 e 773.

²⁰⁵ SHUE, Henry, *op. Cit.*, p. 51.

²⁰⁶ COSTA, José de Faria, «A Tortura Preventiva: Breve cogitatio à luz do pensamento de Beccaria», com a colaboração de MOURA, Bruno de Oliveira, In: *Beccaria e o Direito Penal: três estudos*, Coimbra Editora, 2015, pp. 67 e 68: “(...) o mal da tortura não pode ser submetido a um processo de racionalização ou de ‘alquimia’ que o transfigure normativamente em um bem”.

²⁰⁷ STÜMKE, Volker, *Considerations on the currently ongoing torture debate* - Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_11-Stumke.pdf> (Acesso: 19/11/2015), p. 17.

A tortura jamais será o mal menor, enquanto subsistirem alternativas, que não consubstanciam num mal. Além disso, tem-se demonstrado ineficaz e contra-produtivo, visto que as confissões extraídas da tortura não são de máxima confiabilidade: as vítimas da tortura podem declarar factos falsos, para poderem escapar à situação²⁰⁸. CESARE BECCARIA demonstra eloquentemente que a tortura depende, tão-só, da resistência física do torturado. A “verdade” extraída da tortura será contaminada pelo desejo de fugir àquele sofrimento, chegando até a inverter o destino dos culpados e dos inocentes: estes últimos, só têm a perder – ou confessa o delito, e é condenado, ou sujeita-se à tortura. O culpado, pelo contrário, se conseguir resistir à tortura, será absolvido. Deste modo, conclui o Autor, a tortura não é eficaz, nem pode ser considerada como fonte de verdade²⁰⁹.

A tortura amparada numa argumentação de ordem consequencialista reduz a dignidade humana a um mero cálculo de vantagens e desvantagens: “a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapasse um determinado limite”²¹⁰.

Em anotação ao art. 1.º da CRP, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA escrevem que “a pessoa é sujeito e não objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”. Deste modo, a dignidade da pessoa humana é o alicerce da República, sendo ainda o limite “contra totalitarismos (...) e contra experiências históricas de aniquilação existencial do ser humano e negadoras da dignidade da pessoa humana”. Contudo, a dignidade da pessoa humana não se resume a isto: possui valor próprio e dimensão normativa específica, colocando-se como a base de muitos outros direitos fundamentais, incluindo a vida humana. Confere ainda materialidade ao princípio da igualdade, “proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades”. É pela sua importância, pelo seu valor

²⁰⁸ FORST, Brian, *op. Cit.*, p. 273. JOSHUA DRATEL condena igualmente o ponto de partida da discussão, visto que a perspectiva da justificação da tortura baseia-se sempre na ideia de que a tortura é mais eficaz do que métodos de interrogação tradicionais e não-abusivos – DRATEL, Joshua, *op. Cit.*, p. 114.

²⁰⁹ BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de: Costa, José de Faria; Revista por: VINGIANO, Primola, 4ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 96 a 99. As considerações de BECCARIA, relativamente à tortura, não dizem respeito aos casos de bomba-relógio, mas sim para “obrigá-lo a confessar um delito, ou pelas contradições em que incorre, ou para descoberta dos cúmplices, ou para não sei que metafísica e incompreensível purgação da infâmia, ou finalmente por causa de outros delitos de que poderia ser culpado, mas de que não é acusado” (p. 92). Não obstante ter dissertado sobre a tortura neste leque de situações, julgamos que os seus pensamentos (sempre atuais) podem ser facilmente transpostos para os casos de bomba-relógio.

²¹⁰ MOURA, Bruno, *op. Cit.*, pp. 241-243.

autónomo e específico, que se proíbe a tortura e tratos ou penas desumanas e degradantes²¹¹.

Concernente ao mesmo artigo, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS concordam que a dignidade humana é a base de todo o sistema de direitos fundamentais, de carácter pessoal mas também universal, o que significa que todas as pessoas devem ser tratadas com igual dignidade. A dignidade humana não se perde em virtude dos comportamentos da pessoa, mesmo que ilícitos e, acima de tudo, a pessoa “não tem preço”²¹².

Portanto, seria para nós de recusar a imposição jurídica de uma preferência, estabelecendo uma hierarquia entre esses bens. Estamos, pois, ante deveres de valor equivalente, ou melhor, perante deveres imponderáveis²¹³.

Poder-se-ia argumentar que a proibição absoluta da tortura seria uma violação da dignidade humana da vítima (do atentado terrorista), análogo à ofensa da dignidade humana do torturado, numa situação de tortura²¹⁴. Contudo, a afirmação é traiçoeira. A despeito de possuir uma verdadeira obrigação de proteger a vida e a dignidade da vítima, o Estado está simultaneamente impedido de ofender a dignidade humana e, por conseguinte, de torturar. Deste modo, a omissão da tortura nunca pode ser interpretada como violação da dignidade humana das vítimas, mas a sua participação na tortura de um terrorista já terá o significado de uma violação ativa da dignidade humana²¹⁵.

A permissão da tortura atrai o inevitável perigo do “efeito de arrastamento” ou dos “passos sucessivos” – o argumento da “rampa escorregadia” (*slippery slope*), segundo o qual a permissão conduziria à ideia de Estado torturador. O primeiro fragmento da norma abre caminho para futuras quebras, tornando-se esta numa “tendência de crescente ou progressiva flexibilização”²¹⁶, na medida em que seria utilizada também para “castigar” os criminosos, para extrair informação de suspeitos e de testemunhas, e ainda para

²¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (arts. 1.º a 107.º), 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, pp. 198 e 199.

²¹² MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Wolters Kluwer, Coimbra Editora, pp. 82, 84 e 85.

²¹³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida... op. Cit.*, p. 162.

²¹⁴ Muitos autores partilham desta reflexão. Destacamos MIRKO BAGARIC e JULIE CLARKE: “The dehumanizing criticism is misguided to the point of being contradictory. If standing idly by allowing innocent people to be killed does not dehumanize society, inflicting physical persuasion on a suspect logically cannot. Moreover, all nations permit individuals and security officials to inflict far higher levels of harm, such as killing in self-defense, than torture. If we are not dehumanized now, torture will not make any difference”. - BAGARIC, Mirko, CLARKE, Julie, *When the unthinkable is morally permissible*, State University of New York Press, p. 51.

²¹⁵ MOURA, Bruno, *op. Cit.*, pp. 245 e 246.

²¹⁶ MOURA, Bruno, *op. Cit.*, p. 248.

intimidar opositores políticos²¹⁷. A autorização da tortura em casos excepcionais, alargaria o significado de “excepcional”, pelo que a via mais prudente será proibir o uso da tortura. Um agente que é confrontado com uma dessas situações e opta por violar a lei, torturando o suspeito, deve ser responsabilizado criminalmente. Pelo contrário, se escolher não fazer nada, não deverá ser castigado²¹⁸.

AUGUSTO SILVA DIAS, por sua vez, refere que a tortura converte as exceções em regras, pois que “uma vez admitida para combater ações terroristas, a tendência será para se expandir a outros contextos”. Reformulando: o ordenamento jurídico inclinar-se-á à utilização da tortura em situações análogas, que considerar ser do mesmo nível de gravidade. Outro problema da prática de tortura será o facto de que se utilizará de todos os meios possíveis de infligção de dor ou de sofrimento físico e/ou psíquico para induzir o torturado a confessar a localização da bomba. Por outras palavras, este Autor entende que não poderia haver limites quanto aos meios de tortura, transformando a pessoa num mero objeto “com utilidade probatória ou informativa”, e, simultaneamente, desconstruindo os próprios valores do Estado de Direito, e conduz-nos ao modelo inquisitório do processo penal, presumindo a culpa do arguido *ab initio*²¹⁹. Sendo certo que são múltiplas as consequências decorrentes da presunção antecipada de culpa, não nos cabe aqui um desenvolvimento pormenorizado sobre esta temática²²⁰⁻²²¹.

²¹⁷ POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian, *op. Cit.*, p. 16.

²¹⁸ FORST, Brian, *op. Cit.*, p. 276.

²¹⁹ DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, p. 218.

²²⁰ Fazendo apenas algumas referências: eliminação de diversos elementos da estrutura acusatória como a presunção de inocência, o direito à não autoincriminação, direito ao silêncio, entre muitos outros.

²²¹ POSNER e VERMEULE escrevem em sentido contrário ao defendido, explicando que os argumentos não foram provados pela experiência. Os Autores relembram que o mesmo argumento poderia ter sido dirigido ao porte de armas por agentes da polícia: se se permitir que a polícia possa disparar contra pessoas, tal poderá ocasionar consequências nefastas de violência contra suspeitos –contudo, tal não se verificou, segundo os Autores. Ademais, caso se averigue que se está a cair numa prática generalizada, existem variados mecanismos que poderão confinar as interrogações coercivas ao estritamente necessário (como por exemplo os treinos e as penalizações criminais). Mesmo argumentando que a sociedade inteira seria brutalizada, este argumento cairá, tal como o anterior: é uma pura especulação - POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian, *op. Cit.*, p. 17. MIRKO BAGARIC e JULIE CLARKE partilham do mesmo raciocínio: “This slippery slope criticism is a distraction in this debate. It deflects attention from our actual proposal and diverts readers to profoundly immoral forms of torture. There is no demonstrated connection between the two practices other than the inventive imagination of the critics” – BAGARIC, Mirko, CLARKE, Julie, *op. Cit.*, p. 42. Suspeitamos destas considerações, na medida que se alicerçam num único argumento: o do *slippery slope* como uma premissa não comprovada. Ainda que seja uma razão forte, não se deve olvidar das demais críticas que temos vindo a tecer, e que vislumbramos como um definitivo *knock-out* da tortura.

4.2 Legítima Defesa

A despeito das nossas considerações sobre a imponderabilidade de bens aliada à nossa temática, não deixa de ser primordial referir o entendimento de um sector da doutrina que insiste na solução das clássicas causas de justificação. Por razões de economia do presente estudo, cingir-nos-emos à legítima defesa²²²: a nossa opção pautou-se, primeiramente, por termos já analisado, ainda que abreviadamente, o argumento da necessidade (nos modelos israelitas, e na ponderação de interesses, analisado *supra*, no ponto 4.1) e das ordens dos superiores hierárquicos (no concernente ao *Commander-in-Chief Power* e no Mandado de Tortura²²³); outro fator relevante para esta eleição radica na força argumentativa dos múltiplos aderentes a esta teoria e ainda pela plausibilidade, ou melhor, pela possibilidade – sem prejuízo das demais causas de justificação, a nosso ver²²⁴ – de ser empregue aos casos de bomba-relógio²²⁵.

²²² Recordamos que, no CP português, se lê no seu art. 32.º: “Constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão atual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro”. Daqui se poderão extrair vários elementos, que abordaremos indiscriminadamente na presente secção, aplicados aos casos de bomba-relógio. Optámos pela não-divisão na presente análise, visto que entendemos ser de melhor compreensão a adopção de uma visão combinada desses mesmos requisitos.

²²³ Sufragamos da mesma perspectiva de HÉLIA MARQUES SIMÕES, que entende que esta situação se subsumia na obediência devida, em que o inferior ficaria obrigado ao cumprimento daquela ordem superior (mandado), emitido por um juiz, que neste caso seria o juiz de instrução - SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, nota 258 da p. 115. A Autora relembra que a letra da CONDUCT proíbe expressamente a justificação por obediência devida (art. 2.º/3). Acrescentamos, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS: “uma ordem da autoridade ou de serviço que conduz à realização de um facto criminalmente ilícito não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa”, sem olvidar, claro está, uma eventual causa de exclusão de culpa do agente (art. 37.º do CP) - DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 501. Neste âmbito, NUNO BRANDÃO é da opinião que a obediência indevida desculpante não se alicerça sobre a ideia de inexigibilidade: esta, por se caracterizar pela situação exterior, que pressiona o agente a praticar um facto ilícito, e por não lhe ser exigível uma conduta adequada ao direito, devido a essa “situação ambiente”, dificilmente poderá esse raciocínio ser adaptado para os casos de obediência indevida. O Autor perspectiva a desculpa nesses casos, como baseados no “erro em que o funcionário incorre” – BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006, pp. 284 a 289.

²²⁴ A este respeito citamos, nomeadamente, JOHN T. PARRY, para quem o argumento da necessidade poderá levar à justificação da tortura, independentemente do estabelecido no Direito Internacional: “The possibility of justification, in other words, is part of the definition of torture”. Concernente a essa justificação, o Autor mostra as suas reservas, argumentando que a tortura deverá manter o seu carácter de excepcionalidade, e não cair numa prática frequente. E mesmo que se justifique com base na necessidade, o Autor questiona se tal será sensato - PARRY, John T., *op. Cit.*, pp. 158 e 159.

²²⁵ Ao contrário de HÉLIA MARQUES SIMÕES, que prefere a inserção dos casos de bomba-relógio no âmbito da legítima defesa, com esta nota introdutória não pretendemos dar a entender que somos partidários de quaisquer soluções específicas. A Autora, posterior à análise dos pressupostos do estado de necessidade justificante, e partindo da ideia de que se trata de uma reação face a um terrorista que não instalou a bomba, mas que pertence ao mesmo grupo terrorista, conclui que a situação não seria abarcada pelo art. 34.º do CP, porquanto não se preenchem dois dos elementares pressupostos da figura: a do superior interesse, e a da razoabilidade de imposição do sacrifício ao lesado. Presentemente, dada a importância que a legítima defesa

LUÍS GRECO agrupa os principais argumentos a favor da tortura nos casos de bomba-relógio em dois grupos: no primeiro, o torturado foi o responsável pelo conflito e, portanto, o Estado de Direito não poderá manter-se neutro num conflito entre o Direito e o Ilícito, intervindo a favor da vítima. Fala-se, a este respeito, da legítima defesa de terceiros. No segundo grupo de argumentos inserem-se os danos de “dimensões desastrosas” (argumento consequencialista), a que já aludimos²²⁶.

Concernente ao primeiro grupo, GRECO escreve que, acolher tal argumento, equivaleria a adoptar a lógica do Direito Penal do Inimigo, anteriormente mencionada. A tortura, como ato de exclusão, separa o terrorista dos demais cidadãos do Estado, contendo nela uma fatal incongruência: ficciona a saída voluntária do indivíduo (do seio do Estado), para ser torturado – e com esta tortura, o Estado apaga qualquer vontade do indivíduo, declarando a sua inexistência²²⁷.

Pronunciando-se igualmente sobre o primeiro grupo de argumentos, EYAL BENVENISTI fala do *Self-Defence Approach*, em que, apesar de se manter a proibição, reconhece a possibilidade de eximir o agente de pena em circunstâncias extremas. Esta perspectiva, ao contrário do *conceptual approach* (anteriormente aludido), não carece de uma análise ao conceito de “tortura” ou “tratamento degradante”, proibindo toda a coerção física ou psíquica no decurso dos interrogatórios. Contudo, em situações extremas, esta perspectiva abre uma exceção, excluindo a responsabilidade criminal quando a sua ação teve por fim repelir uma agressão ilícita e iminente. Tal como no *conceptual approach*, também aqui existe uma margem para deliberação, para saber se o meio coercivo deve ser permitido ou punido. Ora, difere do anterior (que avalia a natureza, o propósito e a gravidade da conduta), na medida em que neste se atende a critérios de necessidade, iminência e proporcionalidade²²⁸.

assume neste debate, e uma vez que ainda não fizemos menção a ela, o seu tratamento isolado revela-se natural, tendo em conta o caminho por nós anteriormente traçado.

²²⁶ GRECO, Luís, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», pp. 8 e 9 - Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf> (Acesso: 11/10/2015).

²²⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 15 e 16.

²²⁸ BENVENISTI, Eyal, *op. Cit.*, pp. 606 a 608. No fundo, este método pode acabar por coincidir com o “conceptual approach”: “the nature, purpose and severity of a certain conduct are relevant considerations in assessing the necessity, immediacy and proportionality of that conduct; the necessity, immediacy and proportionality of a conduct may influence the finding whether its nature, purpose and severity constituted ‘torture’.” Deste modo, quando uma medida é moralmente justificada como legítima defesa, não pode ser, simultaneamente, considerada moralmente repugnante (p. 608).

MARIA CONCEIÇÃO CUNHA, por sua vez, vislumbra a possibilidade de justificar a tortura enraizada na legítima defesa²²⁹. Apesar de apelidar de utilitaristas aqueles que argumentam a favor do sacrifício de uma pessoa, para salvar muitas outras – visto converter a pessoa sacrificada num mero instrumento - a Autora apresenta uma perspectiva muito diversa: perante o perigo que se apresenta a muitos, é mais correto salvar o maior número de pessoas, já que “se cada vida humana tem um valor inestimável, absoluto, muitas vidas humanas terão esse valor inestimável, absoluto, a multiplicar pelo número de vidas”. Reconhecendo que a afirmação é algo paradoxal, a Autora quis transparecer que o desejável seria socorrer o máximo (possível) de vidas humanas, sem olvidar, evidentemente, que cada pessoa é um fim em si mesma²³⁰. Acrescenta que o ordenamento jurídico deveria mesmo orientar esse comportamento, no sentido de conservar o máximo número possível de bens jurídicos²³¹.

Assim, a Autora realça a alínea b) do artigo 154.º, em que a coação é permitida quando for necessária para “evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico”. Trata-se, pois, de uma justificação da coação, que exclui a sua ilicitude, desde que estejam preenchidos os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade²³². Em anotação à referida alínea, TAIPA DE CARVALHO escreve que “se o facto ilícito típico constituir uma agressão contra os bens jurídicos susceptíveis de legítima defesa, a utilização da ‘violência’ ou da ameaça para impedir tal agressão está justificada com base no direito de legítima defesa”²³³.

Adaptando este raciocínio à tortura, MARIA CONCEIÇÃO CUNHA tende a aceitar a prática de algumas formas moderadas de tortura já que a alternativa contrária lhe gera tamanha inquietude, “pois não permite que se defendam vidas inocentes para não ‘beliscar’ a dignidade dos agressores”. Se à luz da legítima defesa se poderá ferir, deter (privar a liberdade) e até mesmo matar, não vê razão suficiente para, em situações limite, proibir a tortura, quando esta for o único meio adequado a impedir a morte de alguém²³⁴. Neste

²²⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Uso da..., op. Cit.*, pp. 52 e 53.

²³⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida..., op. Cit.*, pp. 277 e 278.

²³¹ *Idem, Ibidem*, p. 278. A Autora falava aqui de um conflito de vida contra vida, e não de vida contra dignidade humana – no entanto, tendo em conta a lógica que temos vindo a descrever até aqui, julgamos que os argumentos podem ser traduzidos para o nosso problema, já que são ambos bens de máxima importância.

²³² CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Uso da..., op. Cit.*, pp. 53 e 54. CARVALHO, Américo Taipa de, «Comentário ao artigo 154.º», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I (artigos 131.º a 201.º), 2ª ed., dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, pp. 579 e 580.

²³³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário..., op. Cit.*, p. 580.

²³⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Uso da..., op. Cit.*, pp. 52, 53 e 57.

âmbito, a Autora relembra o art. 154.º, citando TAIPA DE CARVALHO que explica que a liberdade pessoal pode ser analisada sob dois prismas: de um lado, a liberdade de decisão e de ação, e, por outro lado, a liberdade de movimento. A coação prevista pelo art. 154.º refere-se à primeira, abarcando as ações restritivas da liberdade, como também “as ações que eliminam, em absoluto, a possibilidade de resistência”²³⁵.

HÉLIA MARQUES SIMÕES adota uma perspectiva semelhante, vislumbrando a legítima defesa como a melhor solução para o problema da bomba-relógio. A Autora, após realizar um estudo das várias figuras de justificação, mormente a obediência devida e o estado de necessidade justificante, afirma que a legítima defesa, como intervenção contra a agressão de um terrorista que colocou a bomba, é a resposta que o caso carece. Entende que se preenchem todos os requisitos (art. 21.º da CRP e 32.º do CP) conducentes à aplicação de métodos de pressão física (como ofensas à integridade física simples), no caso do terrorista (agressor) se recusar a revelar o paradeiro da bomba²³⁶.

VOLKER STÜMKE afirma que, na Alemanha, a situação legal sobre a tortura é clara: a proibição absoluta da tortura pode ser apreendida de variados diplomas: a Constituição Alemã (art. 1.º, inviolabilidade da dignidade humana, art. 2.º direitos à liberdade, direito à vida e integridade física e art. 104.º, §1, sobre as garantias legais em caso de detenção: “Freedom of the person may be restricted only pursuant to a formal law and only in compliance with the procedures prescribed therein. Persons in custody may not be subjected to mental or physical mistreatment”), pela lei de polícia e convenções internacionais, destacando-se o § 35 (1) do Direito de Polícia de Baden-Württemberg, e o § 136 do StPO. A nível internacional, releva a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem, no seu art. 3.º e 15.^{o237}.

Quanto à possibilidade de justificação da tortura pela legítima defesa, KAI AMBOS refere que tanto o § 32 do StGB, como o § 31 ETPI²³⁸ requerem um ataque ilícito, sendo que o ETPI exige um uso ilícito da força, dirigido contra a pessoa que se defende ou contra um terceiro. A tortura (como ato de defesa) aplica-se contra o sequestrador, ou contra o terrorista responsável de instalar a bomba, isto é, contra o agressor na situação de legítima defesa e não contra inocentes que poderiam simplesmente ter conhecimento da situação

²³⁵ CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário...*, *op. Cit.*, pp. 568 e 569.

²³⁶ SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, pp. 129 a 139.

²³⁷ STÜMKE, Volker, *op. Cit.*, p. 20 e 21.

²³⁸ Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>> (Acesso: 01/02/2016).

(como a esposa ou os parentes do terrorista). Mais problemático é o requisito temporal contido nos termos “real”, “atual” e “imminente”. Esta condição limita a legítima defesa no sentido de que somente se aplica a ataques imediatamente prévios (isto é, perante o perigo “imminente”), normalmente correspondente a minutos, e não horas – e, nesta medida, as hipóteses de bomba-relógio não se encaixarão na letra do preceito, pela falta de “iminência”. Deste modo, KAI AMBOS julga que é natural que se trate antes de um caso de estado de necessidade²³⁹.

O Autor recorda que, na legítima defesa, não só protege interesses individuais, como também se reafirma o direito contra o agressor (*das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*) – deste modo, o Autor considera que esta causa de justificação não tem muitos limites, contando somente, com a necessidade do meio empregue, isto é, que seja adequado a repelir a agressão, e que seja o menos gravoso. Contudo, o Autor alerta que, não obstante o preceito alemão não exigir um “teste de proporcionalidade”, a legítima defesa possui limites, como o facto de que a ação deve ser “necessária” (*geboten*)²⁴⁰ – significa que, por exemplo, em casos de agressões por agentes “not fully responsible”, ou nas hipóteses de ataques insignificantes, o agente não poderá invocar a legítima defesa para ser desresponsabilizado. Observando os casos de tortura, KAI AMBOS confessa que, se adoptasse os argumentos de certos Autores segundo os quais os bens das vítimas devem prevalecer sobre os do agressor, então a ação defensiva seria “necessária”, e os órgãos estatais seriam até obrigados a torturar. Evidentemente que, pugnando por um *Rechtsstaat*, e recordando que uma causa de justificação negaria a ilicitude da tortura, tal conduziria a uma contradição entre a proibição estatal da tortura e o abandono dessa proibição a nível individual – e isto porque, se o Estado não pode torturar, naturalmente que o indivíduo (como por exemplo, um agente da polícia) também não o poderá fazer. A justificação do ato do torturador originava, na esfera do torturado, um dever de tolerar os ataques à sua dignidade humana²⁴¹.

Também VOLKER STÜMKE se questiona sobre a tortura como “necessidade”, nos termos do § 32 do StGB. De seguida, interroga-se sobre a conduta do terrorista, se a sua ação poderá ser considerada uma verdadeira agressão, ou se antes se trata de um mero

²³⁹ AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal: Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier Libros Jurídicos, pp. 40 a 42.

²⁴⁰ A legítima defesa é definida, no § 32 do StGB: “defense that is required to avert an imminent unlawful assault from oneself or another” - STÜMKE, Volker, *op. Cit.*, p. 26.

²⁴¹ AMBOS, Kai, *Terrorismo...*, *op. Cit.*, pp. 43 a 49.

comportamento punível. O que mais aflige o Autor é que, a partir da permissão da tortura, se crie um “legal black hole” – pretendendo expressar, com isto, que não existem limites ao poder dos agentes que torturam²⁴².

A despeito do art. 15.º da CEDH e do art. 2.º/2 da CONUCT referirem expressamente que em nenhuma circunstância se pode torturar, resultando da sua letra, a proibição absoluta, parte da doutrina pugna pelo sentido contrário²⁴³.

ERB considera que o preceito diz apenas respeito ao estado de necessidade, não abrangendo, na sua letra, o instituto da legítima defesa, e que este é uma espécie de direito natural, fundado na própria dignidade humana, que nem a letra, nem o espírito daquela norma poderão contrariar²⁴⁴. Somos antes seduzidos pelos argumentos de AUGUSTO SILVA DIAS, que se inclina para uma proibição absoluta da tortura: ainda que seja permitido o uso de força, como previsto pelo DL n.º 457/99, tal nunca poderá traduzir-se em tortura. Por outras palavras, a pessoa poderá defender-se, mas nunca poderá empregar meios que possam ser classificados de tortura, sendo esta considerada “*ab initio* interdita por violação de um limite imanente ao direito de defesa: a dignidade da pessoa”²⁴⁵.

O Autor refere que o art. 2.º da CONUCT, ao aludir a “circunstância excepcional, qualquer que ela seja”, engloba, indubitavelmente, a legítima defesa: primeiramente, embora não consagre expressamente, a CONUCT não carece de interpretação literal; por outro lado, a enumeração das situações excepcionais que figuram no art. 2.º é uma lista meramente exemplificativa. Ainda que se argumente que a incorporação da legítima defesa nessa lista possa constituir um estreitamento do direito de defesa e, assim, operar-se-ia *in malam partem*, o mesmo Autor discorda, visto que a proibição da tortura é uma garantia fundamental, amplamente reconhecido pelo Direito internacional e Direito interno, além de que a legítima defesa e o estado de necessidade são “formas excepcionais de tutela privada”, não invocáveis pelo Estado, ou por pessoas que atuam no exercício do poder público – quando estes últimos empregam a força, não será numa situação excepcional, pois estarão a desempenhar a defesa dos bens jurídicos dos seus cidadãos. E mesmo aí, a autoridade só poderá usar da força, preenchidos os apertados critérios de necessidade e proporcionalidade. Além disto, inexistente, tanto no ordenamento jurídico português, como

²⁴² STÜMKE, Volker, *op. Cit.*, p. 26.

²⁴³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Uso da... op. Cit.*, p. 52.

²⁴⁴ ERB, Volker, *Folterverbot und Notwehrrecht*, p. 33, *Apud* DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, p. 222.

²⁴⁵ DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, pp. 222 a 224.

nos outros ordenamentos jurídicos europeus, permissão para o uso de tortura em situações excepcionais, pelo que as autoridades públicas nunca poderão justificar a prática da tortura²⁴⁶.

AUGUSTO SILVA DIAS discorda dos Autores que reconduzem a problemática à questão da legítima defesa, na medida em que, na maioria dos casos, o torturado não é o agressor, e quando o é, falha o requisito da atualidade da agressão²⁴⁷⁻²⁴⁸.

FARIA COSTA demonstra a falsidade da lógica de que a licitude do homicídio equivaleria à licitude da tortura: esta transpõe os limites da legítima defesa, visto que o corpo do torturado é convertido em mero objeto de proteção aos outros²⁴⁹. BRUNO MOURA escreve no mesmo sentido, rejeitando os argumentos a favor da aceitação da tortura à luz da legítima defesa: embora muitos considerem que o mal de matar é superior ao mal de torturar, no âmbito da legítima defesa não se olvida que, para repelir a agressão se devem utilizar medidas adequadas e proporcionais – ora, a tortura vai além disso, instrumentalizando o torturado²⁵⁰. Tal conduz-lhe a crer que a proibição absoluta da tortura deve ser conservada – mesmo que na sua vertente “salvadora” – visto que a dignidade humana é uma barreira intransponível²⁵¹.

A despeito do facto de que não se pode torturar, levantam-se vozes como a de BRIAN FORST que argumentam pelo uso de técnicas de coerção. Para distinguir coerção da tortura, o Autor responde que, observando a linha ténue que divide os dois, se deve atender às legislações nacionais e tratados, apelando ainda ao bom senso. Assim que se separar, já se poderá justificar o uso de meios coercivos, atendendo a três princípios: que a medida esteja abrigada pela lei (nacional e internacional); que a técnica seja efetiva; e que se

²⁴⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 222 a 224.

²⁴⁷ *Idem, Ibidem*, pp. 230 e 235.

²⁴⁸ Ainda que se preencham todos os requisitos da legítima defesa, ou de qualquer outra causa de justificação, a tortura permanecerá ilícita. Dos ensinamentos de AUGUSTO SILVA DIAS (DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, pp. 221 a 230.) podemos extrair três principais argumentos que afastarão a legítima defesa (ou outra causa de justificação), mesmo que se preencham todos os requisitos. Desde logo, como resultado das nossas considerações anteriores, o argumento literal: os múltiplos diplomas contra a tortura proibem absolutamente tal prática, independentemente da circunstância em que o agente se encontra. Em segundo lugar, estas causas de justificação são formas excepcionais de tutela privada, não invocáveis por agentes do Estado – o que inviabilizaria o recurso a elas no caso da tortura, cuja letra pressupõe a ação de um agente do Estado. Por fim, mesmo que se argumente que as duas anteriores ideias são, tão-só, problemas de interpretação, permitindo-se uma leitura diferente, aberta à justificação, a dignidade humana surgirá como o entrave último, e o mais importante. A favor da dignidade humana como barreira absoluta à justificação da tortura através da legítima defesa ou do direito de necessidade, *vide* COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta uris poenalis)*, 4ª ed., Coimbra Editora, p. 436.

²⁴⁹ COSTA, José de Faria, *A Tortura...*, *op. Cit.*, pp. 69 e 70.

²⁵⁰ MOURA, Bruno, *op. Cit.*, pp. 249 e 250.

²⁵¹ *Idem, Ibidem*, pp. 250 e 251.

atenda às vidas e bens em iminente perigo²⁵². Todavia, a proposta do Autor é, para nós, pouco convincente. Apelar as ações de “coerção” ou de “tortura” acaba por ser o mesmo: apenas trocou o rótulo, permanecendo a sua verdadeira natureza. O facto de ter invocado os inúmeros bens em perigo marca o regresso do argumento dos custos – que é de rejeitar com a mesma força com que foi apresentado.

Rebatendo de novo as críticas ao consequencialismo exacerbado, fazemos das palavras de FARIA COSTA as nossas: “por mais positivo que seja o saldo na balança de ponderação, o certo é que a justificação de uma conduta não pode nunca se dar à custa da violação da dignidade humana daquele que sofrerá a intervenção em sua esfera jurídica”²⁵³.

Concluimos a presente secção com as nossas derradeiras observações: como se tentou demonstrar até aqui, a tortura não é passível de justificação *ex ante* ou *ex post*, quer seja pela via legislativa, judicial ou por qualquer outro meio. Inerente à lógica da justificação, estaríamos a celebrar a tortura como um ato lícito, caso aceitássemos alguma das ideias assinaladas nesta parte.

Na realidade, e como bem demonstra GEORGE FLETCHER, as causas de justificação referem-se a uma conduta correta, espelhando a coragem e a devoção do agente na prossecução do interesse público; contrapõe-se às causas de desculpa, de natureza eminentemente pessoal, atinentes a um comportamento erróneo. Nestas últimas, não originando quaisquer modificações às normas, gera, ao invés, um juízo de que o indivíduo não deve ser responsabilizado pela sua conduta. Deste modo, segundo o Autor, a desculpa possui uma vantagem em relação à justificação: não abre precedentes²⁵⁴.

A tortura jamais será aplaudida como um ato correto. E a sua justificação, além de arrastar consigo uma insanável contradição, escancara as portas para um perigoso *slippery slope*. A justificação da tortura esbaterá a fronteira entre o bem e o mal, e aniquilará o

²⁵² FORST, Brian, *Terrorism*, op. Cit., p. 277.

²⁵³ COSTA, José de Faria, *A Tortura...*, op. Cit., p. 69.

²⁵⁴ Isto significa que, mesmo que num caso se desculpe, não quer dizer que noutro caso também o seja – as desculpas não abrem precedentes, e as pessoas não devem depender desse juízo para as suas futuras atuações. Se o indivíduo assim o fizer, isto é, se agir sabendo que existe esse precedente, a sua ação não terá sido dependente do perigo que poderá advir para um bem jurídico seu, mas antes da imunidade que originará da desculpa. Deste modo, podemos afirmar, na esteira de FLETCHER, que as justificações abrem precedentes, em que os indivíduos poderão beneficiar no futuro, enquanto que, nas desculpas, como já demonstrámos, tal não acontece, podendo até falar-se no efeito inverso, na medida em que distorcem o sentido da desculpa. A justificação modifica a norma, enquanto que a desculpa a deixa intacta. Contudo, neste campo, apesar de não modificar nada a nível da norma, diz FLETCHER que “irreversibly modify the factual background of succeeding claims of excuse” - FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 759, 799, 811 e 812.

sentido do Estado de Direito democrático, à custa de um atalho para a desejada segurança.
Resta, pois, analisar uma ulterior perspectiva: a da desculpa.

III. A Desculpa na Tortura

1. Causas de Desculpa

1.1 Distinção entre as causas de justificação e as causas de desculpa

Prévio ao ingresso no principal tema que nos concerne, a da aplicabilidade (ou não) das causas de desculpa como meio de desresponsabilizar o agente que torturou, é primordial que separemos as causas de desculpa das causas de justificação. Como resultado das duas primeiras partes do presente estudo, concluímos que a tortura é absolutamente proibida (parte I), e que esse imperativo categórico opera os seus efeitos nas causas de justificação, minando a sua aplicabilidade (parte II). Deste modo, apagando-se a via da justificação, ilumina-se, porventura, o caminho da desculpa – cuja precisão do seu sentido e do seu *modus operandi* urge por uma distinção das causas de justificação.

Enveredando pela referida distinção, é de assinalar que a doutrina não é unânime²⁵⁵ neste ponto. Um sector tende a defender a teoria da unidade, renegando quaisquer diferenças entre causas de justificação e causas de desculpa. Um dos grandes nomes que se destaca no seio desta teoria é GIMBERNAT ORDEIG que esgrimava no sentido de que, numa situação de colisão de bens, a conduta que salvguarde o bem de valor igual ou superior ao bem prejudicado deve ser reputada como um comportamento aprovado pelo ordenamento jurídico. O Autor alerta para três importantes consequências que sucederiam das suas considerações: a primeira, de que a comparticipação não é punida, dado que falta uma ação principal ilícita; a segunda, segundo a qual, por ser uma causa de justificação, o outro sujeito deverá tolerar a ação praticada em estado de necessidade, bloqueando a reação em legítima defesa; por último, se o sujeito pensou erradamente que se encontrava perante bens de valor igual, tal erro deve ser considerado relevante, tal como nas outras causas de justificação²⁵⁶.

O Autor explica que incumbe ao Direito decidir o que quer proibir perante todos – aqui reside o sentido da ilicitude, e que, segundo o mesmo Autor, se testemunha uma

²⁵⁵ Essa falta de unanimidade, espelhada na teoria da unidade e na teoria da neutralidade, não terá, da nossa parte, uma menção exaustiva, porquanto se consagra, no ordenamento jurídico português, objeto da nossa análise, a teoria da diferenciação.

²⁵⁶ ORDEIG, Enrique Gimbernat, «El Estado de Necesidad: un problema de antijuricidad», In: *Estudios de Derecho Penal*, tecnos, p. 219 a 221. Este artigo foi redigido em homenagem a HANS WELZEL, na medida em que este era um célebre partidário da teoria da unidade. Posteriormente, WELZEL acabou por se juntar à doutrina da diferenciação.

questão que afeta o querer: a título de exemplo, a legítima defesa, como causa de justificação, traduz a vontade do Direito Penal de renúncia à pena, não porque se julga inidónea para combater as ações praticadas em legítima defesa, mas sim porque não quer combater essas condutas. Por outro lado, no tocante à categoria da culpa, resume-se numa questão de poder: o Direito quer combater as ações, através das penas, mas não pode porque a pena é para tal ineficaz. O Direito apenas pode combater essas condutas através de medidas de segurança, ou simplesmente prescinde em absoluto de qualquer consequência. Contudo, não se descuida que, mesmo nessas hipóteses, a conduta era proibida. Distanciando-nos, por enquanto, de casos-limite (como o da Tábua de Carneades²⁵⁷), as situações de estado de necessidade podem ser perspectivadas, segundo o mesmo Autor, à luz do “querer” do Direito: o Direito Penal podia sancionar as condutas praticadas em estado de necessidade através de pena (e os indivíduos abster-se-iam de lesar o bem alheio, aceitando sair prejudicados), mas não o quer fazer²⁵⁸.

O Autor está convencido de que o estado de necessidade, como conflito de bens iguais, exclui a ilicitude. A ação praticada será legítima, não podendo ser recusada em legítima defesa. Porém, GIMBERNAT ORDEIG admite a possibilidade de reagir, contra um estado de necessidade de bens de valor igual, através de outro estado de necessidade. Por

²⁵⁷ O exemplo da Tábua de Carneades, no pensamento de KANT, refere-se ao facto de que o Direito Penal, numa situação de naufrágio em que A empurra B da prancha, a fim de se salvar, não deve sancionar o comportamento de A com uma pena, pois que o mal desta jamais será superior ao mal da morte; a ser assim, a lei não terá o efeito visado. Nas palavras de KANT: “pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado)”. Desta forma, a conduta de A, dirigida para a sua auto-conservação, não será inocente (*inculpabile*), mas sim não punível (*impunibile*). A despeito dos termos empregues pelo Autor, consideramos que pretendeu antes dizer que a conduta praticada mantém a sua ilicitude, enquanto afasta a culpa do agente. Prova do que acabámos de afirmar são as próprias palavras de KANT: “(...) e esta isenção subjetiva da pena é tomada, em virtude de uma assombrosa confusão dos juriconsultos, como objetiva (como licitude). (...) não pode haver necessidade que torne lícito aquilo que é desconforme ao Direito.” – KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., pp. 51 e 52. Próximo do sentido por nós propugnado, HRUSCHKA refere que para o filósofo, as condutas amparadas por causas de justificação “não merecem pena” (*unsträflich*), que significa, na realidade, “não-culpado”, expressão utilizada para designar as situações em que a ação se encontrava em conformidade com o Direito. Para KANT, um facto é culpável ou inculpável, sendo que o primeiro se encontra de acordo com a lei – tal confirma que KANT associa “exculpatio” à “justificação”, e o agente que atue em legítima defesa estará amparado, segundo a sua concepção, por uma desculpa - HRUSCHKA, Joachim, «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant», In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, 2004, p. 15.

²⁵⁸ ORDEIG, Enrique Gimbernat, *op. Cit.*, pp. 224 a 226. O Autor refere que “estamos aquí en presencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad (el motivo por el cual no se amenaza con una pena no es el de que ello no sería eficaz, sino el de que no se quiere actuar inibitoriamente) y no de una causa de exclusión de la culpabilidad (la acción, amenazada de manera general con una pena, no se reprime juridicopenalmente en referencia a ciertos grupos de peronas, suficientemente delimitados, frente a los cuales se estaría encantado de actuar inibitoriamente... si ello fuese posible)”.

outras palavras, se A agredir B, em estado de necessidade de bens de valor igual, B não atuará em legítima defesa, mas sim através de estado de necessidade, obedecendo ao princípio da proporcionalidade²⁵⁹. Insistindo no carácter justificatório do estado de necessidade de bens de valor equivalente, é de contra-argumentar que, sendo este caso viável, por maioria de razão permitir-se-á também invocar uma causa de justificação contra outra causa de justificação, o que seria improcedente²⁶⁰. GIMBERNAT ORDEIG clarifica: enquanto que as ações amparadas nas causas de justificação são conceituadas como valiosas, no estado de necessidade de bens de valor igual as ações são, ao invés, indiferentes; desta forma, averiguando novamente a situação em que A lesa B (em estado de necessidade de bens de valor igual), seria injusto o Direito negar um mecanismo de reação a B, tendo em conta que este último não tinha atuado ilicitamente. Não cabe aqui, da parte de B, uma ação em legítima defesa, pois que também A não praticou nenhum ilícito²⁶¹.

Ao lado da teoria da unidade edifica-se a teoria da neutralidade, segundo a qual o ordenamento jurídico se deve abster de valorar o conflito de interesses²⁶². Esta teoria, segundo HIRSCH, disfarçou-se de doutrina de espaço carente de regulação jurídica, em que o Direito se demite da sua função reguladora. No caso da colisão de interesses, a solução recairia sobre a velha máxima do direito do mais forte. Apesar disso, a teoria peca na medida em que não se deve olvidar que, tratando-se de uma questão tangente aos bens jurídicos, estes estarão sempre abarcados pelo Direito²⁶³. Carece, pois, de uma excepcional autorização jurídica para agir, de modo a que seja valorada como lícita. Se pelo contrário

²⁵⁹ ORDEIG, Enrique Gimbernat, *op. Cit.*, p. 229.

²⁶⁰ Esta é, aliás, uma das maiores críticas dirigidas à teoria da unidade, que teve defensores como CEREZO MIR - MIR, José Cerezo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II: Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, pp. 264 e 265.

²⁶¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat, *op. Cit.*, p. 230.

²⁶² HANS JOACHIM HIRSCH aponta alguns defensores da teoria da neutralidade: BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*), HOLD VON FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit*); NAGLER (*Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, In: Frank Festschrift), OETKER (*Notwehr und Notstand*).

²⁶³ No mesmo sentido, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida...*, *op. Cit.*, pp. 166 a 170 – a Autora explica que, embora parte da doutrina se oponha à regulação do Direito nestes casos, argumentando que inexistente critério racional para determinar o justo ou o correto da situação, recaiando a escolha na consciência pessoal daquele que se encontra nessa posição, o Direito jamais poderá subtrair-se à regulação. Se se julgar que qualquer das hipóteses será ilícita, ou se, pelo contrário, se determinar pela licitude de qualquer das escolhas, não se poderá dizer que o Direito se abstém da sua função reguladora, pois, afirmando a licitude ou a ilicitude da conduta escolhida, esta já é, segundo as observações de MARIA CONCEIÇÃO CUNHA, uma regulação do Direito.

considerar que não se deve conceder tal autorização, a consequência não estaria, ainda assim, inserida no âmbito da teoria da unidade, mas sim na teoria da diferenciação²⁶⁴.

Não sufragamos da teoria da unidade, pois que conduziria a consequências materialmente incorretas: se o estado de necessidade de bens de valor igual fosse ponderado como uma causa de justificação, equivaleria a defender a licitude da conduta numa situação de vida contra vida. Se esta ação é justificada, o terceiro não poderá reagir, já que estar-lhe-ia vedado o direito de legítima defesa, estando submetido ao dever de tolerância²⁶⁵. FIGUEIREDO DIAS confirma os nossos receios: o facto de o legislador não querer lutar contra determinados comportamentos, não faz destes amparados por causas de justificação; são, ao invés, condutas atípicas e jurídico-penalmente irrelevantes – diferenciando-se das situações de inexigibilidade, cujos comportamentos são típicos²⁶⁶.

A teoria da diferenciação permite-nos compreender o fundamento jurídico que antecedeu a absolvição do agente – se ele alinhou o seu comportamento ao ordenamento jurídico, ou se, diversamente, atuou incorretamente, mas cuja culpa foi excluída²⁶⁷. Também WELZEL, inicialmente apoiante da teoria da unidade, abandonou as suas reflexões anteriores, para se juntar aos defensores da teoria da diferenciação: num estado de necessidade de vida contra vida - ou melhor, de dois bens de valor equivalente, que o Autor estima como o caso paradigmático da inexigibilidade -, o Direito não pode julgar a vida de um terceiro como inferior, não o devendo catalogar como um “mero medio para la salvación de la vida”. Deste modo, contemplando tais situações como dignas de desculpa, considera que não seria de exigir, ao agente, que se comporte de acordo com a norma²⁶⁸.

Por outro lado, as causas de justificação eliminam toda a consequência jurídica, impedindo até a imposição de uma medida de segurança. Assim que se determine que certa conduta é abrigada por uma causa de justificação, os seus efeitos serão produzidos em todos os sectores do ordenamento jurídico. Diante do comportamento justificado, é vedada qualquer ação contra ele, gerando, pois, uma correlativa obrigação de tolerar. Uma vez que as causas de justificação proclamam a licitude da conduta (na medida em que se visou

²⁶⁴ HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, tradução de MELIÁ, Manuel Cancio, Universidad de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, pp. 29 a 31.

²⁶⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 28 e 29.

²⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 605.

²⁶⁷ HIRSCH, Hans Joachim, *op. Cit.*, pp. 11 e 12.

²⁶⁸ WELZEL, Hans, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de BALESTRA, Carlos Fontán, Roque Depalma Editor, 1956, pp. 182 e 183.

proteger o interesse mais valioso), reconhece-se, ao agente, um verdadeiro direito de atuar no sentido dessa proteção. Deste modo, o facto deixa de ser ilícito, dado que a proibição que recaía sobre a conduta foi dissolvida. Consequentemente, a participação é igualmente impune²⁶⁹.

A justificação ambiciona pelo bem jurídico de maior valor; *a contrario sensu*, salvando-se um bem de valor igual ou inferior, a exclusão da responsabilidade penal poderá provir da falta de culpa por parte do agente. Não equivale a autorizar o comportamento, reconhecendo, unicamente, a falha no juízo de culpa, ou de inexigibilidade de outra conduta, ou ainda uma circunstância excepcional que dificulta a motivação do autor, entre muitas outras causas²⁷⁰.

Dentro da teoria da diferenciação merece o nosso reparo alguns pontos que julgamos pertinentes: conquanto se estabeleça uma distinção entre as causas de justificação e as chamadas causas de desculpa, existem Autores, como BACIGALUPO - apologista da teoria da “responsabilidade pelo facto”²⁷¹, categoria dogmática inserida entre a ilicitude e a culpa -, que perspectivam o chamado estado de necessidade desculpante como excludente da responsabilidade pelo facto (embora BACIGALUPO confesse que a doutrina maioritária defende a exclusão de culpa nestes casos). O Autor alega que a doutrina maioritária na Espanha é igualmente partidária desta perspectiva, sendo que a linha divisória se encontra na “demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto”²⁷².

Não podemos deixar de citar MAURACH, pioneiro e porventura o nome mais marcante desta teoria: nos casos de inexigibilidade o comportamento é desculpável relativamente a toda e qualquer pessoa, não se associando a nenhum agente em concreto, ou com as condições específicas da situação – deste modo, não se pode associar à culpa,

²⁶⁹ LAURRARI, Elena, «Causas de Justificación: criterios de identificación», In: *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, HASSEMER, Winfried, LAURRARI, Elena, tecnos, pp. 51 a 60.

²⁷⁰ *Idem, Ibidem*, p. 74.

²⁷¹ BACIGALUPO, inspirado nos ensinamentos de outros Autores, nomeadamente MAURACH, fundamenta esta categoria com base nas causas de desculpa, em que o Direito Penal adopta um procedimento geral de exclusão de responsabilidade, já que não sabe, ao certo, se o agente tinha capacidade, ou não, de agir de outra maneira (ao contrário das verdadeiras causas de exclusão de culpa). Assim, na exclusão da responsabilidade pelo facto, atende-se à capacidade média, enquanto que nas verdadeiras causas de exclusão de culpa se refere antes à capacidade individual. - BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Tercera reimpressão, Editorial Temis S.A, pp. 138 e 139.

²⁷² BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Editorial Hammurabi SRL, pp. 387, 400 e 401.

mas sim a uma outra categoria: a da responsabilidade pelo facto²⁷³. Perante uma situação em que a ação típica e ilícita não estava a ser influenciada pelo circunstancialismo externo, a responsabilidade pelo facto estará sempre presente. O Autor esclarece: tal como nos casos em que a tipicidade indicia a ilicitude, o agente pode, ainda assim, invocar uma causa de justificação; na mesma lógica, as causas de exclusão de responsabilidade constituem motivo para avaliar da possibilidade de exclusão da responsabilidade pelo facto no caso concreto²⁷⁴.

Respeitante a esta concepção, ROXIN escreve que a categoria “responsabilidade pelo facto” não se pode plantar como elemento anterior à culpa, perspectivando antes a existência da ilicitude e da culpa nos casos de estado de necessidade desculpante e de excesso na legítima defesa²⁷⁵.

FIGUEIREDO DIAS julga que os argumentos de MAURACH se contrapõem à tese de ROXIN, posto que anexa à sua categoria de “responsabilidade” duas ideias: a da culpa e a das necessidades preventivas. FIGUEIREDO DIAS critica ainda a tese de MAURACH pelo facto de a inexigibilidade possuir carácter geral, quando, na realidade, a impunidade se opera atendendo à situação concreta do facto e da atitude pessoal do agente²⁷⁶.

A favor da teoria da diferenciação, apontamos o StGB alemão, que distingue o estado de necessidade justificante e desculpante. Em Portugal, inspirado pelo StGB alemão, a chamada teoria da diferenciação é igualmente acolhida: basta, para o efeito, averiguar do tratamento do estado de necessidade, plasmado em dois diferentes preceitos: por um lado, o art. 34.º do CP, atinente ao estado de necessidade justificante; e, por outro lado, o art. 35.º do CP que se refere ao estado de necessidade desculpante. O ac. do TRC de 17/01/2013 medita sobre esta distinção, elucidando-nos que o art. 34.º afasta a ilicitude, enquanto que o 35.º exclui ou diminui a culpa. Acrescenta que o art. 35.º diz somente respeito a bens jurídicos eminentemente pessoais, do agente ou de terceiro²⁷⁷.

²⁷³ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho Penal, parte general 1: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, tradução de: GENZCH, Jorge Bofill, GIBSON, Enrique Aimone, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1994, pp. 555 e ss.

²⁷⁴ *Idem, Ibidem*, p. 545 e 546.

²⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: parte general*, tomo I, tradução da 2ª ed. alemã e notas por PEÑA, Diego-Manuel Luzón, CONLLEDO, Miguel Díaz y García, REMESAL, Javier de Vicente, Civitas, p. 816.

²⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 607 e 608.

²⁷⁷

Disponível

em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e92731370b90021580257b17003cf2d9?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016).

A própria inserção sistemática das causas de desculpa no nosso CP parece acolher a teoria da diferenciação, colocando-os lado a lado. Existe um denominador comum entre as causas de justificação e as causas de desculpa: um conflito de interesses. Mas a sua diferença radica em que, na desculpa, não se verificam todos os requisitos para se alcançar uma justificação²⁷⁸.

1.2 Inexigibilidade

Visto que os nossos esforços se encaminham no sentido de explorar a possibilidade de desculpar o agente que torturou, é imperativo que se conheça a *ratio* da desculpa, sem cair, no entanto, numa análise exaustiva. Alertamos ainda de que nos concentraremos essencialmente no fundamento do estado de necessidade desculpante – figura que vislumbramos ser o paradigmático das causas de desculpa, e o objeto do derradeiro ponto do nosso estudo: a desresponsabilização (ou não) do agente que torturou, à luz do estado de necessidade desculpante.

Atendendo à concepção normativa da culpa²⁷⁹, que se vislumbra como a capacidade do agente de se motivar pela norma, surge a inexigibilidade: a censura só é

²⁷⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal, parte geral, teoria geral do crime, vol. II*, Publicações Universidade Católica, 2004, p. 336.

²⁷⁹ Face ao conceito psicológico da culpa (que reside na relação subjetiva do sujeito com o resultado, com o facto no seu significado objetivo, no reflexo espiritual da realidade), temos a concepção normativa. A censura dirigida ao agente, além de possuir elementos de cariz psicológico, englobava elementos normativos - DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 512. FRANK, no âmbito do seu estudo relativo ao estado de necessidade desculpante, defende que o agente até podia ter atuado com dolo, sem que com isso seja considerado culpado, visto que o facto não lhe era censurável. A censurabilidade depende de três fatores: a imputabilidade do agente; a concreta relação psíquica do agente com o facto (dolo ou negligência); a normalidade das circunstâncias circundantes do agente. Neste último, intimamente ligado ao estado de necessidade desculpante, inexistente a culpa na medida em que não é possível censurar o agente por ter atuado dessa forma, segundo essas circunstâncias – FRANK, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Reimpressão, Editorial B de f, Julio César Faira Editor, 2002, pp. 41, 42 e 51. No entanto, a culpa como censurabilidade não fornece um verdadeiro conceito material de culpa. Não revela se a censura se dirige “ao facto na sua revelação objetiva, se a inobservância da norma de dever quando o agente podia cumpri-la; se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto e que a fundamenta”. Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, a culpa devia ser observada da perspectiva da liberdade da pessoa, sendo esta visualizada como liberdade da vontade, isto é, de atuar sem perturbações insuperáveis, interiores ou exteriores, da vontade. Trata-se de censurabilidade da ação, por o agente ter atuado contra o dever, quando podia ter agido conforme a ele – o poder de agir de outra maneira é, pois, um requisito imprescindível da culpa. FIGUEIREDO DIAS propõe a solução de ligar o poder de agir de outra maneira ao carácter ou à personalidade do agente, sem que com isso se transforme em Direito Penal do autor, pois que se trata, tão-só, numa culpa sempre baseada no facto, mas atribuída ao carácter ou à personalidade do agente. O homem deverá conformar a sua existência de modo a que, na sua vida, não lese ou ponha em perigo os bens jurídico-penais. Como já referimos, a culpa funda-se no facto ilícito-típico, sendo que aquela equivale a responder “pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem”.

dirigida ao agente quando, no caso concreto, fosse exigível um comportamento conforme ao Direito.

Na formulação de EDUARDO CORREIA, considera-se que, anterior à censura do agente, é essencial que se averigue “o respetivo processo de motivação”, além da sua imputabilidade. Deste modo, deve-se atender à exigibilidade, no caso, de outro comportamento, aferindo-se pela possibilidade de se afastar a liberdade de determinação. O Autor deduz que, se a anomalia mental limita a culpa (por suprimir a sua liberdade), por maioria de razão também se limitará a culpa naqueles casos em que a anomalia mental não exclui por completo a liberdade do agente. Prévias à prática do facto, preside sempre “uma certa situação ambiente”, que conduz o agente para o ato; as circunstâncias externas constroem a “disposição interior”, que o arrasta para a ação, dificultando a sua capacidade de comportar de outra maneira (como no caso do estado de necessidade). Desta forma, afastado o poder de agir de outra maneira, exclui-se igualmente toda a censura²⁸⁰.

Contudo, a ser assim, os seus resultados são insustentáveis: por um lado, porque deve observar os motivos do agente, na perspectiva individual, e não do ponto de vista do ordenamento jurídico; por outro lado, não havendo prova de que o agente podia atuar de outro modo, ele seria absolvido²⁸¹.

Deste modo, brotam diversas soluções que procuraram colmatar estas falhas. No nosso estudo, já revelámos dois deles: o posicionamento de GIMBERNAT ORDEIG, em que a inexigibilidade surge como uma causa de exclusão do ilícito; e o entendimento de MAURACH, em que a inexigibilidade deve ser apreendida como causa de exclusão da responsabilidade pelo facto. Resta-nos, portanto, uma dissecação sucinta de outras concepções, igualmente relevantes para a nossa questão.

Assim obtemos um conceito material de culpa: crente na liberdade da pessoa, e relativo à sua personalidade como resultado de uma decisão livre da pessoa sobre si mesma - DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 511 a 525.

²⁸⁰ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2ª reimpressão, Livraria Almedina, colecção teses, 1996, pp. 214 a 216.

²⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 603.

1.2.1 Inexigibilidade como causa de diminuição substancial da culpa (dupla redução da culpa)

Um dos caminhos mais ilustres para a fundamentação jurídica das causas de desculpa situa-se na teoria da dupla redução da culpa.

JESCHECK e WEIGEND demonstram que, ao justificar uma ação típica, estar-se-ia a remover o ilícito dessa conduta; porém, casos há em que, não obstante não ser possível excluir a ilicitude, a ação não é punida, na medida em que o ordenamento jurídico, verificando certos elementos, não censura o agente – estamos no âmbito das causas de desculpa. Os Autores concretizam: no campo da ilicitude, indaga-se pela conformidade da ação ao ordenamento jurídico; na culpa, o debate recai sobre a censurabilidade da atitude interna do agente, expressa no facto. Destarte, os Autores sublinham que as causas de desculpa, como o caso do estado de necessidade desculpante, não recaem somente na culpa do agente, já que entendem que perpassa também pela diminuição do ilícito. Consequentemente, da dupla redução (do ilícito e da culpa), o facto deixa de ser merecedor de pena²⁸².

Os mesmos Autores ratificam que apenas a incapacidade de culpa e o erro, como verdadeiras causas de exclusão da culpa, é que seriam susceptíveis de afastá-la. Nas causas de desculpa, como foi dito, o ilícito é excluído de certa forma, mas não integralmente. Para que a ação não seja punida, carece de uma segunda redução, esta, atinente à culpa²⁸³.

ARMIN KAUFMANN, na mesma linha de pensamento, classifica o estado de necessidade desculpante (termo mal empregue, na perspectiva do Autor) como causa de diminuição do ilícito: a despeito deste nome, ela apenas operará os seus efeitos, afastando a punição, em conjugação com a diminuição, legalmente presumida, da capacidade de motivação. O Autor revela que, enquanto que as verdadeiras causas de justificação afastam por completo a ilicitude do facto típico, as causas de diminuição do ilícito não modicam a ilicitude da ação – contudo, a verificar-se, a conduta não possuirá o grau “normal” de

²⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tradução de CARDENETE, Miguel Olmedo, 2002, pp. 511 e 512.

²⁸³ *Idem, Ibidem*, pp. 512 e 513.

ilicitude, visto que esta se encontra diminuída. A ser assim, a medida de pena que normalmente lhe está associada também decai²⁸⁴.

Examinando os casos de estados emotivos muito intensos, RUDOLPHI confessa que estas hipóteses condicionam a capacidade do agente: a ação praticada, na perspectiva do Autor, não é desprovida de culpa – na medida em que não conseguiu evitar o estado afetivo, quando podia ter tomado certas precauções. O estado afetivo que conduz ao facto ilícito não só diz respeito a um juízo de culpa, bem como, mediatamente, com o ilícito realizado no estado de incapacidade de culpa. A censura de culpa depende do maior ou menor espaço de tempo que levou à formação do estado emotivo, mas ainda da relação (diluída) com o facto ilícito²⁸⁵.

CEREZO MIR, adepto da mesma teoria, formula a desculpa de modo semelhante aos anteriores: no tocante ao estado de necessidade de bens de valor igual, observa que, primeiramente, o ilícito é menor: reduz o desvalor de ação porque a sua conduta visou proteger um interesse protegido pelo Direito; se conseguir salvar o seu interesse, diminuirá também o desvalor de resultado. Ao lado desta diminuição do ilícito, a capacidade de atuar conforme à norma é excluída ou consideravelmente reduzida – se assim for, não lhe será exigível obedecer à norma, e a conduta será desculpada²⁸⁶.

Todavia, estes argumentos não convencem FARIA COSTA. Segundo este Autor, é duvidoso que se possa reduzir o ilícito, visto que, além do estabelecido no art. 34.º do CP para o direito de necessidade, inexistente margem para a ponderação de bens jurídicos e compensação de danos. A redução do ilícito suportada pela proteção de determinado bem jurídico resultaria de uma argumentação exclusivamente utilitarista das causas de justificação, que todavia não pode ser utilizada neste âmbito, atendendo ao conteúdo dos direitos fundamentais e pelo reconhecimento de um espaço livre de ponderação. Ademais, essa dupla redução de culpa levaria à diluição das fronteiras entre o ilícito e a culpa²⁸⁷.

STRATENWERTH reitera que, no tocante ao estado de necessidade desculpante, observa-se uma colisão de bens em que o bem protegido não era valorativamente superior,

²⁸⁴ KAUFMANN, Armin, *Estudios de Derecho Penal*, editorial B de f, Julio César Faria Editor, 2013, pp. 99 e 100. Para mais detalhes sobre a sua posição relativa à teoria da dupla redução, vide KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*.

²⁸⁵ RUDOLPHI, Hans Joachim, «A Consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre “culpa” e “prevenção”», In: *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Católica Portuguesa. Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira*, Volume III, 1987/1988, p. 98.

²⁸⁶ MIR, José Cerezo, *op. Cit.*, pp. 272 e 273.

²⁸⁷ COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 428 e 429.

pelo que não era possível excluir o ilícito, podendo, por hipótese, ser diminuído. Atendendo a esta redução, é compreensível que o agente tenha escolhido salvar esse interesse, que lhe é mais próximo, pelo que se exclui também a culpa. Esta visão contorna alguns inconvenientes da teoria da inexigibilidade como exclusão de culpa, visto que não requer uma pressão psíquica irresistível, bastando que se encontre perante uma colisão de bens, em que o agente preserve o seu interesse, não nitidamente inferior ao bem sacrificado. Contudo, tal como FARIA COSTA, STRATENWERTH argumenta que estas ideias falham quando está em causa a vida humana, que não está sujeita a nenhum cálculo. Por outro lado, a teoria também não explica o catálogo de bens previsto no preceito do estado de necessidade desculpante²⁸⁸.

ALBIN ESER e BJÖRN BURKHARDT comentam que, sendo certo que o estado de necessidade do § 35 do StGB parte de uma colisão de bens, e que a ação eleita pelo agente conservaria um deles – daí poderia resultar que o ilícito é diminuído. Por outras palavras, a finalidade que estava por detrás da conduta do agente (o de salvar um bem jurídico de máxima importância) diminui a ilicitude da sua conduta. No entanto, não é esta a teoria a avançar, porquanto não explica de modo suficiente a escolha dos bens jurídicos previstos no § 35 do StGB²⁸⁹.

Também FIGUEIREDO DIAS reprova o raciocínio acima narrado: mesmo que se aceite a diminuição do ilícito, não se trata desta redução, mas sim da ausência de culpa, que obsta à punição do agente. O estado de necessidade desculpante manifesta-se como um obstáculo à responsabilização daquele que causar a morte de uma pessoa, para salvar a sua; contudo, não exclui a culpa daquele que, para salvar bens jurídicos económicos, lesa a integridade física de terceiro²⁹⁰.

1.2.2 Inexigibilidade como causa de exclusão de responsabilidade

ROXIN, vislumbrando a relevância da distinção entre as verdadeiras causas de exclusão de culpa e as causas de desculpa, inaugura o seu estudo com a interpretação

²⁸⁸ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*, Tradução de MELIÁ, Manuel Cancio, SANCINETTI, Marcelo A., Thomson Civitas, p. 264.

²⁸⁹ ESER, Albin, BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal: Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, traduzido por: BACIGALUPO, Silvina e MELIÁ, Manuel Cancio, supervisionado por BACIGALUPO, Enrique, pp. 372 e 373.

²⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 612.

destas últimas como casos em que inexistente qualquer necessidade preventiva de punição²⁹¹. Rejeitando a inserção das causas de desculpa na categoria da culpa, remetendo para a necessidade de prevenção, o Direito Penal desresponsabilizará o agente alicerçado no argumento de que, por razões político-criminais, a punição não é possível, ou que simplesmente não é necessária – trata-se, pois, de exclusão de responsabilidade, e não de culpa. O Autor incorpora na categoria da culpa os problemas de inimputabilidade e de erro²⁹².

Observando o CP alemão, o Autor releva que, mesmo na situação relatada no § 35 do StGB em que o agente realiza um facto ilícito típico para afastar de si, ou um terceiro que lhe tenha forte ligação, um perigo para a vida, integridade física ou liberdade, a culpa do agente mantém-se. No entanto, apesar de subsistir a culpa, a punição é desnecessária do ponto de vista da prevenção especial, já que o agente se encontra socialmente integrado e não atuou hostilmente para com o ordenamento jurídico. A sanção do agente é supérflua: não há perigo de tal situação se repetir, visto que as circunstâncias que promoveram o estado de necessidade são incomuns. Por outro lado, também da perspectiva de prevenção geral, aos olhos da comunidade, a conduta do agente não questiona a validade das normas. Num estado de necessidade desculpante, intervindo determinados grupos de pessoas (policías, bombeiros, entre outros), a consequência já será distinta: devendo este grupo suportar o perigo, as consequências seriam nefastas se pudesse sair impune deste tipo de situações à custa da população (§ 35 do StGB, n.º 1, 2ª frase). As necessidades de prevenção reclamam, pois, a punição do agente, diversamente do que sucede ao cidadão comum²⁹³.

ROXIN julga que o § 35 do StGB, ao alegar que o agente atua “sem culpa”, quis na verdade referir que era “sem responsabilidade”: a culpa permanece, ainda que diminuída, já que tinha a possibilidade de atuar de forma distinta. Doutra modo, inserindo tais hipóteses no âmbito da culpa, aplicar-se-ia o § 20 do StGB. No caso do § 35 do StGB, não há punição devido à ausência de necessidade preventiva. A palavra “culpa” do § 35 do

²⁹¹ ROXIN, Claus, *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di: MOCCIA, Sergio, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 90.

²⁹² *Idem, Ibidem*, pp. 92 e 93.

²⁹³ ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 59, 1983, pp. 21 e 22.

StGB, à semelhança do § 17 do StGB, deve ser entendida como um conceito que inclui toda a responsabilidade jurídico-penal²⁹⁴.

Contra a concepção mais antiga, representada pela doutrina dominante, que pugna pela incapacidade de conformar a conduta à norma²⁹⁵, ROXIN opina que tal concepção não fornece explicação suficiente para a absolvição do agente: não se percebe porque é que a liberdade de decisão restringida exclui a pena em vez de a atenuar e, por outro lado, o § 35 do StGB é equívoco quanto à razão pela qual estabelece tantas exceções à isenção de pena, apesar da pressão que recai sobre o agente. ROXIN enumera ainda outras críticas: se a pressão psíquica é a mesma, por que razão o legislador apenas desculpa o erro em caso de invencibilidade? E ainda, porque prevê a lei o catálogo de bens jurídicos previsto no § 35 do StGB e não outros? ROXIN alude ao perigo sobre os interesses económicos que facilmente conseguirão produzir o mesmo tipo de pressão psíquica sobre o agente²⁹⁶.

O Autor advoga que a sua concepção, ancorada nos fins da pena, evita as fricções que se constatarem das outras perspectivas. O Estado possui o dever de proteger bens jurídicos, pelo que não admite que as pessoas saiam impunes no caso de lesar bens jurídicos. Os sujeitos que tenham culposamente provocado perigo não podem invocar, sem mais, o § 35 do StGB. No caso referido pelo Autor, da colocação em perigo de bens económicos, o § 35 do StGB não se aplicará já que a autotutela provocaria um caos na sociedade²⁹⁷.

Debatendo-se sobre a hipótese, no âmbito das causas de desculpa, do ordenamento jurídico poder desculpar para além do seu teor literal, ROXIN confirma que, mesmo aqui, não se trata de culpa, mas sim de responsabilidade, visto que a questão incide sobre o merecimento de punição da sua atuação ilícita, e não sobre a possibilidade de ter agido doutra forma. O Autor crê que os fins das penas a realizar cabem apenas ao legislador, excluindo a alternativa do juiz possuir tal tarefa, já que atentaria contra a divisão de poderes e o princípio constitucional de precisão ou concretização. Consequentemente, não podendo atribuir esta tarefa ao juiz, também não se defenderá a existência de uma fórmula vazia, como a da cláusula geral de inexigibilidade²⁹⁸.

²⁹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho...*, op. Cit., pp. 793 e 897.

²⁹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 898.

²⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 899.

²⁹⁷ *Idem, Ibidem*, p. 900.

²⁹⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 960 e 961. Ainda sobre as críticas dirigidas à cláusula geral de inexigibilidade, vide *infra* 1.2.3.

Por outro lado, ROXIN assevera que o recurso a uma exclusão supralegal de responsabilidade é redundante, no tocante às situações frequentemente invocadas neste contexto: a colisão de deveres, por exemplo, deve ser identificada como causa de justificação; o “facto realizado por motivos de consciência”²⁹⁹, por estar baseado no art. 4.º GG, deve ser conceituado como uma causa extrapenal, e não supra-penal, como muitos defendem. Portanto, para o Autor, apenas os casos de comunidade de perigo e de mal menor é que poderão constituir o cerne da questão de desculpa supralegal³⁰⁰.

Na comunidade de perigo, situação em que várias pessoas estão igualmente ameaçadas de morte, algumas delas serão sacrificas, possibilitando o salvamento de um número maior de vidas. Um sector minoritário medita tais casos como pertencentes ao estado de necessidade justificante. No entanto, a resposta correta, segundo ROXIN, consistiria na exclusão supralegal de responsabilidade – que aliás foi recordado quando se debateu sobre a eutanásia nazi³⁰¹: a conduta adoptada pelos médicos foi ilícita, e também se deverá considerar que tinham culpa³⁰².

Não obstante, não existia necessidade preventiva de punição no caso, na medida em que os médicos pretenderam salvar o maior número de vidas possível. Tal reafirma que as suas atitudes não eram hostis para com o Direito, presidindo antes uma intenção nobre. Por outras palavras, a conduta centrava-se na conservação do bem jurídico. Além disso, as circunstâncias, nesses termos, terão pouca probabilidade de vir a repetir, pelo que dissipa a necessidade de castigo³⁰³.

ROXIN sublinha que a doutrina dominante representada nomeadamente por WELZEL, prefere a perspectiva da exclusão supralegal de culpa. Embora conduza aos mesmos resultados práticos, ROXIN julga que não fundamenta suficientemente as suas consequências³⁰⁴.

²⁹⁹ Similarmente ao estado de necessidade, o indivíduo estará a atuar sob forte pressão psíquica. Roxin explica que se distingue do estado de necessidade, na medida em que neste a pressão provem do circunstancialismo externo, enquanto que o facto realizado por motivos de consciência decorre do conflito interno do agente - ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit*, p. 942 (§ 100).

³⁰⁰ *Idem, Ibidem*, p. 961.

³⁰¹ O exemplo consistiu na atuação ilícita de alguns médicos, na Alemanha nazista, de seleccionar algumas vítimas para serem assassinadas, a fim de salvar um maior número de pessoas. Se os médicos não tivessem colaborado, com muita probabilidade teria aumentado o número de vítimas - ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit*, p. 962.

³⁰² *Idem, Ibidem*, pp. 961 e 962.

³⁰³ *Idem, Ibidem*, p. 962.

³⁰⁴ *Idem, Ibidem*, p. 963.

WELZEL, abandonando definitivamente a sua concepção anterior da teoria da unidade, para se unir aos partidários da teoria da diferenciação, comenta que a eleição do mal menor na situação do § 54 do StGB (atual § 35 do StGB), atendendo à situação anormal de motivação, deveria ser encarada como causa de exclusão de culpa. O Direito deve ostentar um carácter indulgente, já que qualquer membro da comunidade, para atuar corretamente, no lugar do agente, agiria da mesma forma³⁰⁵.

A ser verdade, critica ROXIN, a sua reflexão seria conducente a uma justificação – se o poder de decisão do mal menor recaía sobre o agente, e se qualquer outro membro da comunidade atuaria de forma semelhante na sua posição, agindo de forma correta, significaria que a conduta era lícita, não carecendo, pois, de uma desculpa. Julgando os argumentos de WELZEL, de exclusão supralegal de culpa, ROXIN não compreende a razão pela qual não se censura aquele que se decidiu pelo ilícito³⁰⁶.

WELZEL refere o exemplo do agulheiro, caracterizado pela conduta manifestamente incorreta do ponto de vista ético-jurídico: o agente, pretendendo salvar um grupo maior de indivíduos, troca as agulhas, provocando a morte de pessoas que não morreriam naquela situação. Atendendo que a culpa deve atingir um grau socialmente relevante para se transformar em culpa jurídica, o caso do agulheiro não usufruía de tal nível, na medida em que outra pessoa, colocada na mesma situação, atuaria de forma semelhante³⁰⁷.

Este entendimento foi mais uma vez desprezado por ROXIN, remetendo para a anterior crítica: trata-se de uma causa de justificação (na medida em que o Direito não pode proibir tal ato). Não falta nem ilicitude, nem culpa no caso. Falha, tão-só, a necessidade punitiva³⁰⁸.

JAKOBS partilha da mesma linha de partida, escudando a teoria dos fins da pena, com a diferença de, atendendo à sua concepção funcional de culpa³⁰⁹, o § 35 do StGB firmar-se, tão-só, na inexistência de necessidade de prevenção geral, descartando as

³⁰⁵ WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, Roque Depalma Editor, 1956, pp. 182 a 187.

³⁰⁶ ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 963.

³⁰⁷ WELZEL, Hans, *op. Cit.*, pp. 186 e 187.

³⁰⁸ ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 966.

³⁰⁹ Para JAKOBS, uma vez que a pena é uma comunicação que confirma a vigência da norma, a culpa do agente é aferida segundo a sua possibilidade de erosão do sistema normativo – a censura é-lhe dirigida quando há uma desconsideração da norma pelo seu autor, quando falha a sua fidelidade para com o ordenamento jurídico. Perspectiva a culpa como um défice de fidelidade, que se expressa pela facto consumado, ou pela tentativa. Decisivo, para o conceito de culpa, é a “concreta estrutura social”, significando com isto que não se rege por factos psíquicos – JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, tradução de: MELIÁ, Manuel Cancio, SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo, Thomson Civitas, Cuaderno Civitas, 2003, pp. 22 e 23.

necessidades preventivas especiais. Assim, o Autor acredita que o estado de necessidade desculpante tem carácter excepcional, “y además provoca la solidaridad con el autor”. Não só a conduta do agente carece de significado preventivo, como também o conflito deve ser perspectivado doutro modo: dada a excepcionalidade da situação, a defraudação da norma pelo agente não deve ser apontada como relevante para uma decisão. A carência de significado do ponto de vista preventivo trata-se, para JAKOBS, da falta de necessidade de estabilizar a confiança na norma. A falta de necessidade preventivo-geral fundamenta a desculpa³¹⁰.

Por outro lado, o mesmo Autor rejeita a necessidade preventivo-especial como fundamento da desculpa, visto que esta necessidade pode igualmente faltar, por exemplo, na hipótese da ação impedir a perda da totalidade do património. Ora, nestas situações, não há desculpa, mesmo que a pressão motivacional seja a mesma que a de alguém que está em iminência de perder a vida³¹¹.

FARIA COSTA entende que os argumentos da inexigibilidade como exclusão de responsabilidade não são de acolher, pois arrastam para um círculo vicioso (“não deve haver prevenção porque não deve haver prevenção”), confundindo fundamento com consequência, e acabando por renunciar ao sentido crítico do princípio da culpa ou da responsabilidade³¹².

HIRSCH condena ROXIN, já que este último baseia as causas de desculpa, não nos critérios de prevenção, mas sim na consequência de que não concorre culpa juridicamente relevante. O Autor utiliza a prevenção como elemento de correção de culpabilidade, o que vincula duas categorias completamente distintas: a culpa, por se referir ao facto, é retrospectiva, enquanto que a prevenção é prospectiva (isto é, tendo o facto como pressuposto, projeta-se para o futuro)³¹³.

No mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS censura as mencionadas reflexões, na medida em que a inexigibilidade está relacionada tão-só com a categoria sistemática da culpa. À luz da concepção normativa da culpa, há que atender às circunstâncias que circundam o agente, e que condicionam o seu comportamento. A ser assim, afasta-se a ideia de que a censura é dirigida ao agente quando se verifique a imputabilidade e a cognoscibilidade do

³¹⁰ JAKOBS, Günther, *Estudios...*, *op. Cit.*, p. 88.

³¹¹ *Idem, Ibidem*, p. 88.

³¹² COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 429 e 430.

³¹³ HIRSCH, Hans Joachim, *op. Cit.*, p. 37.

ilícito. Caiem, então, por terra, os argumentos apresentados pelos Autores da inexigibilidade como exclusão da responsabilidade³¹⁴.

1.2.3 Inexigibilidade como exclusão da culpa

Atendendo ao conceito normativo de culpa, FIGUEIREDO DIAS vislumbra a inexigibilidade como uma causa de exclusão de culpa: verificando-se uma elevada pressão motivacional, que projeta os seus efeitos no comportamento normal do agente, de modo a desviá-la das suas reais intenções, a culpa deverá ser afastada, visto que não lhe era exigível adoptar uma conduta conforme ao Direito. Do Homem não é expectável que se comporte como um herói, mas que tenha “uma resistência espiritual normal”. É imperativo demonstrar que a maioria dos homens (“honestos ou normalmente fiéis ao direito”), colocados na mesma situação, atuariam da mesma forma, e que as suas qualidades pessoais, que se espelharam no facto praticado, não sejam juridicamente censuráveis³¹⁵. Compreende-se que nos casos de “exigibilidade intensificada” (isto é, quando recai um especial dever de suportar riscos acrescidos, por parte do agente - soldados, bombeiros, polícias,...) já se exclui, em princípio, a desculpa: a sua resistência aos riscos é decorrente da própria ordem jurídica, e a prática do facto ilícito, naquela situação, consubstanciou um défice nas suas capacidades individuais³¹⁶.

Na perspectiva de FARIA COSTA, a despeito do agente ser inteiramente imputável, realizando o facto com dolo ou negligência e com consciência do ilícito, há casos em que o juízo de culpa falha, mormente na presença de um extraordinário contexto de pressão externa que limita a liberdade de decisão do agente, e constitui um obstáculo na obediência à norma³¹⁷. A doutrina dominante tende a encarar a falha do juízo de censura, como um caso de exclusão de culpa: tendo em conta o circunstancialismo, e sendo patente a situação de necessidade, não é possível dirigir-lhe um juízo de censura pela sua conduta, na medida em que não era “razoável pedir ao agente um *surplus* de tensão espiritual que o coloque no plano desejado pela ordem jurídica”. No entanto, a capacidade do agente deve ser medida à luz de um critério subjetivo individual ou concreto, isto é, se era justo esperar de outra

³¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 606 e 607.

³¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 608 e 609.

³¹⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 609 e 610.

³¹⁷ COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 426 e 427.

pessoa, com as mesmas características do agente, que adoptasse conduta diferente, atendendo às “circunstâncias do caso“ (art. 35.º/1 do CP)³¹⁸.

GERMANO MARQUES DA SILVA esclarece que, sendo a culpabilidade uma vontade culpável, esta será excluída em duas situações: *ab initio*, pela inexistência de um agente culpável (aqui insere a inimizabilidade e a coação física irresistível); e quando se afasta determinado pressuposto da própria culpabilidade (pertence, a este grupo, a título de exemplo, as causas que “perturbam o conhecimento ou a própria vontade)³¹⁹.

Em sentido coincidente com os anteriores Autores, ENGISCH demonstra que a inexigibilidade pode alicerçar-se na culpa pelo carácter. Em casos como o do estado de necessidade desculpante, estando em jogo bens jurídicos de suma importância (como a vida ou a integridade física do agente ou de terceiro que tenha uma forte ligação com ele), a maioria dos indivíduos colocados na mesma situação, atuariam da mesma forma que o agente. Deste modo, essa conduta ilícita não demonstra “un carácter de patente criminalidad”. Portanto, guiado pela afirmação de MAX ERNST MAYER (“... el carácter agrava, los motivos atenúan”), ENGISCH assume que a responsabilidade atenuada ou excluída do agente depende dos motivos que precederam a ação – subordina-se ao carácter revelado pelas razões pertencentes à sua conduta, podendo ser digno de censura ou não³²⁰.

COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN sufragam da mesma perspectiva: distinguem entre a exigibilidade como princípio do Direito Penal e do ordenamento jurídico, e a exigibilidade como característica de algum dos elementos do delito. O primeiro, inserido no processo de tipificação, dita a irrelevância das condutas cuja realização exceda as possibilidades do homem médio. No segundo, a exigibilidade refere-se ao juízo de culpa – a não exigibilidade exclui a culpa. Os Autores evidenciam que a não exigibilidade opera os seus efeitos nas causas de exclusão de culpa, “pues opera impossibilitando la articulación del reproche, en el seno de los delitos dolosos, y quebrando la relación personal entre el autor y el hecho requerida por la forma de culpabilidad imprudente”³²¹.

³¹⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 427 e 428.

³¹⁹ SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, 2ª ed. Revista e Atualizada, Editorial Verbo, 2005, p. 208.

³²⁰ ENGISCH, Karl, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal*, traduzido por: DALBORA, José Luis Guzmán, editorial B de f, Julio César Faira Editor, pp. 119 e 120.

³²¹ ROSAL, Manuel Cobo del, ANTÓN, Tomás S. Vives, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición corregida, aumentada y actualizada, tirant lo blanch, 1999, pp. 689 a 671.

Em sentido paralelo, e acrescentando mais argumentos à questão da exclusão da culpa, os ensinamentos de R. A. DUFF ilustram que, apesar de geralmente conseguirmos resistir às nossas emoções e atuar em conformidade com a lei, casos há em que a emoção é tão forte que se torna árduo ou até impossível, lutar contra ela, levando o agente a sucumbir à pressão. Nesses casos seria injusto punir o agente por ter falhado nessa resistência a uma força tão intensa³²². Algumas emoções diretamente resultantes do facto exterior, frequentemente associadas às situações de provocação, e onde inexistem, geralmente, conflitos interiores longos, sendo por isso consideradas rápidas, imprevisíveis, repentinas, irrefletidas, tendem a ser diretamente ligadas a um facto ou situação externa que a origina. Nestas hipóteses, a explosão da emoção não deriva de uma situação de conflito interior, mas está diretamente associado ao facto ou situação externa que o origina³²³.

STRATENWERTH une-se ao grupo de Autores que defendem a inexigibilidade como exclusão de culpa: apresentando-se como situações extraordinárias que obstaculizam uma atuação conforme à norma, é possível afirmar que, mais do que uma emoção, estamos perante uma pressão psíquica sobre o agente. Contudo, o Autor refere que a exclusão da culpa amparada pela inexigibilidade aparenta ter problemas quando analisado pormenorizadamente: na realidade, o raciocínio sustentado limitar-se-ia “a situaciones de máximo riesgo vital” – por vezes, basta um perigo de dano para a saúde relevante, ou a perda transitória de liberdade³²⁴.

Observando os casos de “inexigibilidade”, o Autor constata que, porventura, se poderá reconduzir a um denominador comum: a da colisão de bens. Todavia, as causas de desculpa possuem requisitos adicionais tão diversos que induz o Autor a concluir que, ainda que exista um ponto comum entre as causas, este será de tal forma abstrato que não poderá servir de base para a construção de novas causas. Deste modo, exclui-se a inexigibilidade como uma causa geral (supralegal) de exclusão de culpa³²⁵.

³²² DUFF, R. A., *Criminal Responsibility and the Emotions: if fear and anger can exculpate, why not compassion?* - Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/0020174X.2015.986855>> (acesso em 24/11/2015), p. 193.

³²³ FERREIRA, Amadeu, *Homicídio Privilegiado (reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 3ª reimpressão da ed. de 1991, Almedina, pp. 103 e 104.

³²⁴ STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 263.

³²⁵ STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 264.

A favor da mesma concepção, HEINRICH HENKEL indica que a aplicação da inexigibilidade, como uma fórmula geral “supralegal” de exclusão de culpa, é alvo de críticas pela grande maioria da doutrina. Ainda que a inexigibilidade seja a *ratio* que preside nas causas de desculpa, tal não simboliza, forçosamente, que se deva converter num poder do juiz de recorrer a ela (*praeter* ou *contra legem*) como causa de desculpa³²⁶.

Em Portugal, BELEZA DOS SANTOS pronuncia-se igualmente contra a ideia de inexigibilidade como causa geral de exclusão de culpa: o Autor acredita que, se o Código Penal tivesse querido consagrar tal doutrina, não teria previsto as causas de desculpa de forma tão minuciosa – além de que não são passíveis de ampliação analógica³²⁷.

FIGUEIREDO DIAS partilha do mesmo entendimento, de que a inexigibilidade não serve como causa geral de exclusão de culpa, devendo antes desculpar-se apenas nas hipóteses previstas na lei. Cabe à lei definir as situações em que se vislumbra a forte pressão motivacional³²⁸. No mesmo sentido, TAIPA DE CARVALHO acrescenta que a inexigibilidade como causa geral supralegal de exclusão de culpa reduziria a eficácia preventivo-geral da lei penal, conduzindo a uma grande insegurança jurídica³²⁹. CAVALEIRO DE FERREIRA, por sua vez, alertou que a inexigibilidade como definição do conteúdo da desculpa desapareceu, deixando, no entanto, o seu rasto no estado de necessidade desculpante (“seria razoavelmente de exigir”), o que revela uma antinomia no CP português³³⁰.

MARIA FERNANDA PALMA explica que uma vez que a desculpa se refere à questão de saber se é justo punir o agente, depois de ponderado o âmbito emocional com que atuou, as emoções têm um papel preponderante no tocante à desculpa e à atenuação da culpa: exemplos do enunciado é, nomeadamente, o estado de necessidade desculpante, em que o estado emotivo é intrínseco à natureza da situação de necessidade, assumindo uma forte pressão sobre o agente; o medo no excesso de defesa (art. 33.º, n.º 2 do CP); e a

³²⁶ HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, editorial B de f, p. 59.

³²⁷ SANTOS, José Beleza dos, *Lições sobre a culpa*, Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as preleções magistradas do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5º ano jurídico de 1940/1941, por A. Morais e Castro, Fernando de Seabra, p. 24. O Autor cita o exemplo dos arts. 29.º/7 (casos em que não exime o agente de responsabilidade criminal) e 52.º do CP (são responsáveis os agentes do facto punível, quando não concorre nenhuma circunstância dirimente de responsabilidade) de 1852 - Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>> (Acesso: 07/06/2016).

³²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 610.

³²⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 337.

³³⁰ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, vol. I (A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982)*, Almedina, p. 326.

compreensível emoção violenta no homicídio privilegiado (art. 133.º do CP). É, pois, na valoração destes sentimentos que deriva a diminuição da responsabilidade. A Autora defende que, na ausência de uma causa de desculpa tipificada, tal não conduz, automaticamente, à imputação de culpa ao agente: é necessário que o juiz interprete e qualifique os seus motivos³³¹.

Observando o art. 35.º do CP, referente ao estado de necessidade desculpante, a Autora constata que este elenca bens jurídicos de carácter pessoalíssimo; por ser assim, a desculpa inerente a este preceito dirá respeito a uma “motivação existencial-pessoal”, referente à própria existência da pessoa, requerendo ainda um balanço entre a “situação objetiva de perigo” e a “situação subjetiva de necessidade”³³².

No tocante à inexigibilidade, a Autora, seguindo o exemplo de HENKEL³³³, distingue a inexigibilidade como um princípio normativo e como um princípio regulador. O primeiro daria azo a uma cláusula geral de exclusão de culpa: sempre que se verificar que não era de esperar, de qualquer pessoa (média), uma conduta conforme à norma, a culpa será excluída. Quanto ao segundo, a exclusão de culpa apenas se dá nos casos tipificados na lei, impedindo a desculpa nos casos em que se evade aos pressupostos³³⁴.

Para a Autora, a desculpa refere-se a cada pessoa concreta e não ao “homem médio”, podendo abranger duas áreas diferentes: o sistema ético-afetivo diferente dos valores de Direito por motivos existenciais; e razões de oportunidade no acesso aos valores e no desenvolvimento da identidade pessoal³³⁵. O primeiro significa que, independentemente dos valores jurídicos, se desculpará em função dos limites morais do próprio Direito. Quanto ao segundo, desculpar-se-á atendendo às condições em que o agente se encontrava (medo, doenças, perturbações no desenvolvimento, situações concretas excepcionalmente pressionantes). A desculpa deverá resultar de um equilíbrio entre as duas perspectivas enunciadas. Na sua perspectiva, o juiz pode, naturalmente, construir novas causas de desculpa supralegais, “tanto por analogia como partindo de novas perspectivas sobre a interpretação ético-afetiva (emocional) da realidade”. No

³³¹ PALMA, Fernanda, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, Almedina, 2005, pp. 150, 155, 167 e 168.

³³² *Idem, Ibidem*, pp. 160 a 162.

³³³ HENKEL, Heinrich, *op. Cit.*, pp. 46 a 48.

³³⁴ PALMA, Fernanda, *op. Cit.*, pp. 217 e 218.

³³⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 230 e 231.

entanto, não basta “estandardizar” as emoções – é necessário conhecer a razão ou o argumento revelado pela emoção³³⁶.

2. Pode a Tortura ser desculpada pelo Estado de Necessidade Desculpante?

Para a presente secção tomaremos como ponto de partida o caso hipotético da bomba-relógio: um terrorista, que já instalou a bomba num edifício com muitas pessoas, foi capturado e torturado a fim de se conhecer o paradeiro da bomba. As considerações que de seguida teceremos serão relativas a esta situação, prescindindo, por momentos, das anteriores críticas que dirigimos a este exemplo (como a veracidade das confissões, a probabilidade de ter sido capturado alguém que tenha conhecimento efetivo do atentado terrorista, entre outras)³³⁷.

O leitor poderá questionar-se da razão pela qual optámos pelo estado de necessidade desculpante ao invés do excesso de legítima defesa (que escapa aos estreitos limites do presente estudo). No caso da bomba-relógio, situação aqui preconizada, KAI AMBOS alerta que o requisito temporal da legítima defesa não permitiria perspectivar o uso da tortura, na medida em que, podendo a bomba explodir depois de horas, dias ou semanas, o perigo não será atual. O Autor expressa a sua concordância com a interpretação do Supremo Tribunal de Israel e com a maior parte da doutrina, que tendem a encaixar a tortura salvadora no âmbito do estado de necessidade, e não na legítima defesa³³⁸.

Distanciando-nos das considerações de AUGUSTO SILVA DIAS³³⁹, julgamos que o acolhimento dos ensinamentos de FARIA COSTA nos permitirá expressar a razão clara pela qual subsumimos os casos de bomba-relógio no âmbito do estado de necessidade desculpante: uma vez que a única maneira de impedir a explosão da bomba é de compelir o terrorista a revelar o seu paradeiro, poder-se-á verificar uma profunda pressão anímico-espiritual, que conduz o agente à prática do facto ilícito. Nesta medida, mais do que o excesso de legítima defesa perante a agressão do terrorista, ocasionado mormente por

³³⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 231 e 232.

³³⁷ Concernente a estas críticas, *vide* a nossa Parte II, 4.1.

³³⁸ AMBOS, Kai, *Terrorismo...*, *op. Cit.*, pp. 38 a 41. *Vide* Parte II, ponto 4.2.

³³⁹ Cf. DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*. O Autor dirige as suas críticas a ROXIN, na medida que este reconduziu o exemplo da bomba-relógio à figura do estado de necessidade desculpante (supralegal) quando, na realidade, devia ter perspectivado tais casos à luz da legítima defesa, visto que a tortura teria sido praticada contra o terrorista que colocou a bomba, ou seja, o agressor, nos termos da legítima defesa – pp. 250 e 251.

sentimentos asténicos, está em causa uma elevada pressão que sucede da escolha entre dois males, e que torna inexigível a sua conduta³⁴⁰.

2.1 Elementos³⁴¹

2.1.1 Facto ilícito

O n.º 1 do art. 35.º exclui a culpa de “quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente”. O estado de necessidade justificante e o desculpante compartilham numerosas características, como a atualidade do perigo para os bens jurídicos do agente ou de terceiro. A diferença reside no art. 35.º admitir a salvaguarda de um bem de valor igual ou inferior ao bem sacrificado, face às circunstâncias do caso em que não era exigível, ao agente, adotar comportamento diferente³⁴². Essencial, para o art. 35.º, não é tanto o estado emocional do agente, mas sim a motivação deste na proteção dos seus interesses³⁴³.

Exige-se que o facto seja ilícito, isto é, que não esteja coberto por uma causa de justificação. Assim, o art. 35.º só é aplicado no caso de não ser possível afastar o ilícito, concretamente, quando o interesse a preservar não é de valor sensivelmente superior ao interesse lesado³⁴⁴. Tal decorre de uma ponderação dos bens jurídicos³⁴⁵ – contudo, segundo TAIPA DE CARVALHO, não é possível estabelecer um critério rígido nessa valoração, existindo antes pontos de referência: regra geral, os bens pessoais prevalecerão sobre os bens patrimoniais. Mas mesmo aqui a premissa não é líquida, podendo os bens patrimoniais triunfar sobre alguns bens pessoais: pense-se, por exemplo, no caso de

³⁴⁰ COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 435 e 436.

³⁴¹ Os artigos aqui mencionados, em 2.1, quando não discriminados, pertencerão ao CP português.

³⁴² RODRIGUES, Ezequiel Agostinho Maciel, *As lesões contra a vida e contra a integridade física dos cidadãos como consequências do emprego de meios coercivos pela polícia de segurança pública: proporcionalidade da força face à ameaça*, Almedina, p. 104; CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 360; SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p. 280.

³⁴³ FERREIRA, Amadeu, *op. Cit.*, p. 117 – distingue-se, pois, do homicídio privilegiado do art. 133.º, onde predominaria a emoção violenta que domina o agente.

³⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 611 e 612; CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 360.

³⁴⁵ Já antes fizemos uma alusão à ponderação de interesses, expressão que, na nossa opinião, e seguindo FIGUEIREDO DIAS, parece ser mais rigorosa (parte II, 4.1) – para lá remetemos.

incêndio numa casa, em que uma pessoa entra nela a fim de telefonar aos bombeiros – aqui, o bem patrimonial (*casa*) prevalecerá sobre a privacidade doméstica³⁴⁶.

FIGUEIREDO DIAS, por sua vez, observando que inexistente qualquer fórmula unitária para estabelecer a hierarquia entre bens, aponta alguns fatores que devem entrar na ponderação: a moldura penal (isto é, a “medida legal da pena com que é ameaçada a sua violação”), a intensidade da lesão (se se trata de uma destruição total ou parcial ou passageira), o grau do perigo; o carácter pessoal do bem, entre outros aspectos³⁴⁷.

Aplicando estas considerações à nossa problemática, diríamos que este pressuposto se encontra verificado: resultante da nossa I e II parte, em que pugnamos pelo afastamento das causas de justificação, naturalmente que a tortura será ilícita, não amparada por nenhuma justificação. Isto decorrerá também da própria valoração dos bens jurídicos em causa: ainda que se torture com o intuito de salvar muitas vidas, conservamo-nos no âmbito de bens imponderáveis e, como tal, a resposta não perpassa pela exclusão do ilícito.

2.1.2 Perigo atual e não removível de outro modo

Este é um dos requisitos que o estado de necessidade desculpante partilha com o seu correlativo do art. 34.º. O facto ilícito deve ter sido praticado com o intuito de afastar o perigo atual e não removível de outro modo. Deve o facto ser adequado para repelir o perigo, dominando aqui uma cláusula de adequação e idoneidade do meio³⁴⁸, uma exigência de relação “meio-fim” e, portanto, o agente deve conhecer a situação desculpante e atuar no sentido de salvar o interesse em perigo, não significando, todavia, que não possa dar-se uma situação desculpante putativa relevante: a aplicabilidade do art. 16.º/2, que manda tratar o erro sobre os pressupostos de uma causa de exclusão da culpa como erro que exclui o dolo³⁴⁹.

STRATENWERTH lê o requisito da atualidade como o momento pelo qual a ação não poderá ser mais adiada, sob pena de ser demasiado tarde para salvar o bem. O Autor

³⁴⁶ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 236 e 237.

³⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 445 a 456.

³⁴⁸ Tal como já referiu para o direito de necessidade, FIGUEIREDO DIAS perspectiva este requisito como redundante, já que o seu conteúdo já seria abarcado nos anteriores requisitos mencionados. Contudo, não deixa de vislumbrar a sua importância, reconhecendo que no caso do agente empregar um meio inidóneo para a salvaguarda dos seus bens, o facto já não estará abrigado pelo direito de necessidade. - DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 458 e 459.

³⁴⁹ *Idem, Ibidem*, pp. 612 e 613.

invoca o exemplo dos “perigos permanentes”, cujo dano pode resultar em qualquer momento – a doutrina tende a admitir o estado de necessidade nestes casos³⁵⁰. Por sua vez, BACIGALUPO vislumbra a atualidade do perigo quando a perda do bem é segura e muito provável³⁵¹.

Para FIGUEIREDO DIAS, o requisito da atualidade da agressão poderá coincidir, geralmente, com a atualidade da legítima defesa; contudo, casos há em que deverá conceder uma maior amplitude ao conceito da atualidade. Assim, o Autor advoga pela atualidade mesmo quando o perigo não é iminente – veja-se, a este propósito, nos casos de potenciação de perigo e dos “perigos duradouros”³⁵².

TAIPA DE CARVALHO adota um sentido diferente³⁵³: para o Autor, a atualidade do perigo deverá corresponder com a da legítima defesa, ou seja, o perigo já deverá existir ou, pelo menos, deverá ser iminente. O Autor discorda abertamente das reflexões de FIGUEIREDO DIAS, vislumbrando que não é necessário alargar a atualidade do perigo para além da sua iminência. Nos exemplos citados por FIGUEIREDO DIAS para ampliar a atualidade do perigo (“potenciação do perigo”; “protelamento do facto salvador”; “perigos duradouros”), o perigo já é atual em sentido estrito, e não se encontra num estágio prévio à atualidade, como FIGUEIREDO DIAS quis dar a entender. Na realidade, TAIPA DE CARVALHO perspectiva tais casos como posterior. No exemplo da “potenciação do perigo” e dos “perigos duradouros”, já pressupõe a existência do perigo – a questão desloca-se da atualidade do perigo, para a “intensidade” do perigo, e a “necessidade de ação de salvamento”³⁵⁴.

Passando à expressão “não removível de outro modo”, esta deverá ser interpretada o mais estrito possível³⁵⁵. A expressão há-de estar ligada à ação adequada e necessária para afastar o perigo. Será adequado, na perspectiva de GERMANO MARQUES DA SILVA, quando

³⁵⁰ STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 267.

³⁵¹ BACIGALUPO, Enrique, *Manual...*, *op. Cit.*, p. 128.

³⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 443. Relativamente aos “perigos duradouros”, o Autor refere o exemplo de um prédio em perigo de desmoronamento, sem que seja possível determinar o momento exacto em que tal ocorrerá. No mesmo sentido, *vide* WELZEL, Hans, *op. Cit.*, p. 183. Começando por afirmar que a atualidade corresponde a “temer que la defensa llegue tarde si no se actúa enseguida”, o Autor refere casos em que estar-se-ia a alargar o âmbito da atualidade, em relação à legítima defesa: “peligro permanente”, por exemplo.

³⁵³ Este entendimento é igualmente partilhado por Cavaleiro de Ferreira – *vide*, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *op. Cit.*, p. 212.

³⁵⁴ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 231 e 232.

³⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 612.

for idóneo para afastar o perigo, e quando seja o meio menos gravoso disponível³⁵⁶. BACIGALUPO declara que a ação há-de ser necessária – o contrário sugerirá a possibilidade do perigo ser evitado de outro modo³⁵⁷.

Neste ponto, TAIPA DE CARVALHO escreve que há-de ser empregue um meio idóneo para afastar o perigo, e, presenciando uma multiplicidade de meios, será empregue o menos lesivo para o terceiro. Deste modo, desdobra a ideia da adequação em duas porções: “idoneidade e menor danosidade”³⁵⁸. É igualmente este o entendimento adoptado por STRATENWERTH: não pode o meio ser desproporcional face à magnitude do perigo³⁵⁹.

Aplicando este requisito à tortura salvadora, as dúvidas começam a assombrar-nos. Debutando o nosso pensamento pela atualidade do perigo: um terrorista coloca uma bomba, e a bomba está prestes a explodir: poderá tal ser considerado um perigo iminente? Inclinamo-nos para a positiva, pois a bomba já se encontra instalada. Não sabemos qual o momento exato em que explodirá, mas temos certezas de que ela ocorrerá. Por conseguinte, considerando que o perigo teve início a partir do momento em que foi instalada, para nós o perigo já é atual. Em sentido próximo, HÉLIA MARQUES SIMÕES não tem dúvidas quanto ao preenchimento deste requisito: uma vez que estamos perante um caso de bomba-relógio, quase a explodir, já se trata de uma ameaça efetiva para um bem jurídico³⁶⁰.

Quanto ao meio empregue, já não temos tantas certezas. É a tortura idónea a afastar o perigo apresentado pela bomba-relógio? Depende. É ela o método menos gravoso? Talvez ³⁶¹. Caminhando por meios tão incertos, mesmo que respondêssemos afirmativamente às anteriores questões, contemplando a tortura como o único meio idóneo e menos gravoso, naquela circunstância, para afastar o perigo, é-nos proposto outro problema: o da proporcionalidade. Há quem garanta que a tortura, como aniquilação parcial da dignidade humana é um mal menor face à aniquilação total da vida humana,

³⁵⁶ SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p. 280.

³⁵⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Manual...*, *op. Cit.*, p. 128.

³⁵⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 232 e 233.

³⁵⁹ STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 267.

³⁶⁰ SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, nota 258 da p. 121. A Autora equaciona outras hipóteses na análise deste requisito. No caso de uma bomba que ainda não foi concebida, conclui que já não há atualidade do perigo; todavia, se a bomba já está concluída e a ser transportada para o local, apesar de ainda não existir iminência do perigo, a atualidade deste já é evidente – pp. 122 e 123.

³⁶¹ HÉLIA MARQUES SIMÕES aponta alguns meios alternativos de obtenção de informação: buscas, revistas, apreensão de correspondência, interceptação de comunicações telefónicas, de correio electrónico, entre outros. Tratam-se de métodos que interferem com os direitos fundamentais, mas que, ainda assim, são menos gravosos do que a tortura - SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, nota 258 da p. 86.

pelo que dir-se-ia que estes métodos, ainda que vis, seriam proporcionais face à perda que acarretaria da sua não utilização: uma dignidade humana é inferior a mil vidas. Já explicámos, num momento anterior, que não é este o raciocínio professado por nós. Por conseguinte, acreditamos que tudo se resume aos métodos de tortura empregues, sendo que, quiçá, os mais “proporcionais” seriam, por exemplo, as ameaças. Contudo, como também já demonstrámos, os métodos de tortura relacionam-se com a qualidade da pessoa: a gravidade e a proporcionalidade do método empregue é perspectivado de maneira diferente por cada indivíduo. Deste modo, podemos afirmar que tanto a proporcionalidade, como a idoneidade para afastar o perigo da bomba, dependerão de pessoa para pessoa³⁶².

Como vimos, o caminho é tão sinuoso que somos forçados a apresentar, neste ponto, uma resposta indefinida. Ainda assim, mesmo que haja proporcionalidade no meio, não se olvida que haverá sempre, no caso, uma alternativa melhor que não transite pela estrada da tortura³⁶³.

2.1.3 Bens susceptíveis de serem lesados

Ao contrário do que sucede no estado de necessidade justificante (em que se visa a proteção do bem preponderante), o art. 35.º possui um leque muito menos diversificado de bens: aqui, o bem em perigo deverá ser respeitante à vida³⁶⁴, à integridade física, à honra ou à liberdade do agente ou de terceiro³⁶⁵. Se forem outros os interesses em perigo, não elencados no n.º 1, a inexigibilidade de outro comportamento pode, segundo o n.º 2 do

³⁶² E isto porque alguns poderão resistir melhor à tortura do que outras, tornando o meio de tortura menos idóneo para afastar o perigo da bomba.

³⁶³ Alinhamos, pois, as nossas considerações no sentido de ANGLÍ, Mariona Llobet, *op. Cit.*, pp. 35 e 36.

³⁶⁴ Discute-se bastante sobre a possibilidade de enquadrar no preceito a “vida intra-uterina”: a doutrina alemã (por exemplo, STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 266) inclina-se para a sua aceitação – é também esta a concepção de FIGUEIREDO DIAS - DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 613. GERMANO MARQUES DA SILVA partilha da mesma opinião, não vendo razão para restringir a lei neste âmbito - SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p. 281. Remando contra a corrente, ROXIN escreve que, tal como a integridade física e a liberdade se referem a pessoas, a vida também o deverá ser. Assim, um embrião não beneficia do § 35 do StGB, porque “no puede ser um ‘pariente’ o una ‘persona allegada’”. Além disso, não existe necessidade político-criminal para essa extensão – *vide* ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 906.

³⁶⁵ Esta limitação não é contemplada, a título de exemplo, no CP espanhol. ENRIQUE BACIGALUPO entende que, neste ponto, do ponto de vista político-criminal, é pouco aconselhável essa amplitude, devendo restringir-se a bens ou interesses de suma importância – BACIGALUPO, Enrique, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 402.

mesmo preceito, constituir uma causa de atenuação especial ou, excepcionalmente, de isenção de pena³⁶⁶.

TAIPA DE CARVALHO é da opinião que a honra não deve ser elencada no art. 35.º. O Autor invoca o caso alemão, que exclui este bem do catálogo do § 35 do StGB, na medida em que, caso se incluía este bem, estar-se-ia a alargar infundadamente o âmbito da desculpa. O Autor acrescenta que a inclusão da honra poderia desfigurar a própria *ratio* da desculpa, visto que só tem sentido desculpar alguém perante uma situação de verdadeiro conflito existencial – o que não se verificará no caso da honra³⁶⁷.

Quanto aos bens do § 35 do StGB, ROXIN explica que a “liberdade” foi adicionada ao catálogo em 1975, na medida em que possuía um valor análogo aos outros bens anteriormente integrantes da lista. O legislador opôs-se à extensão a outros bens jurídicos, como a honra e a propriedade, em virtude da consequência que poderia decorrer de tal ampliação, que poderia colocar em dúvida a seriedade das cominações penais. São, para ROXIN, as razões de prevenção geral que têm assistido o legislador quando este prescindiu da ampliação a outros bens jurídicos³⁶⁸. Discute-se ainda sobre o conceito de “liberdade” – a opinião de STRATENWERTH tende a ser restritiva neste ponto, interpretando-o no sentido de liberdade pessoal de movimento (“libertad física deambulatoria”), de acordo com o § 239 do StGB (*Freiheitsberaubung*)³⁶⁹⁻³⁷⁰. ROXIN, por sua vez, interpreta a liberdade no sentido do § 239 do StGB, mas também no de incluir a liberdade de autodeterminação sexual (§§ 177 e 178 do StGB). O Autor advoga por essa inclusão visto que, em muitos casos, acabam por ser de gravidade maior, e de maior relação com a vida e a integridade física, do que a simples liberdade de movimento³⁷¹.

Indaga-se frequentemente se porventura não se poderão acrescentar outros bens a esse elenco, como a honra e outros bens atinentes à personalidade. STRATENWERTH afirma que, não obstante não ser aconselhável dilatar o catálogo descontroladamente (como a perda patrimonial num incêndio), é de relevar que, na hipótese de concorrerem bens jurídicos relativos à personalidade, a ampliação analógica deverá ser admissível³⁷².

³⁶⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 618 e 619.

³⁶⁷ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 362.

³⁶⁸ ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 905.

³⁶⁹ Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/StGB/239.html>> (Acesso: 02/06/2016).

³⁷⁰ STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, p. 266.

³⁷¹ ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 908.

³⁷² STRATENWERTH, Günter, *op. Cit.*, pp. 266 e 267.

ALBIN ESER e BJÖRN BURKHARDT citam, a título de exemplo, alguém que perdeu o emprego – não será esta uma situação mais grave do que alguém que teve uma ferida no braço, ou quem é privada a liberdade por um tempo considerável? É aliás muitas vezes insinuado que as teorias do estado de necessidade não conseguem responder, de forma suficiente, à razão de ser desse elenco³⁷³. Contudo, é fácil de perceber que o catálogo limitado, respeitante à vontade do legislador, não deverá sofrer ampliações visto que as consequências são de difícil previsão³⁷⁴.

FARIA COSTA reconhece que, sendo certo que se deve limitar o catálogo de bens susceptíveis de se abrigarem no preceito, na medida em que se trata de um problema atinente à exigibilidade, todavia se deve possibilitar a extensão da lista por via analógica, visando incluir bens jurídicos de valor equivalente. No entender do mesmo Autor, não se percebe porque é que se inclui a honra e não a autodeterminação sexual (pressupondo que esta não se encontra incluída no bem jurídico liberdade). Deste modo, entende que o art. 35.º não poderá ser rígido na sua letra, devendo admitir a ampliação analógica em certos casos. Este alargamento não vale, contudo, sem limites. Assim, a título de exemplo, a desculpa deverá ser excluída nos casos de segurança interna ou externa do Estado³⁷⁵.

O ac. do TRC de 17/01/2013, que já referimos num momento anterior³⁷⁶, indica ainda que, no caso, não estava em causa nenhum interesse ou bem jurídico elencado no art. 35.º/1. Ora, estando nessa situação, e conjugando com o n.º 2 do mesmo artigo, à partida a culpa do agente poderá ser mitigada, se se verificarem os demais pressupostos mencionados no n.º 1. Como no caso se ignorava a real situação da recorrente, era impossível indicar se a conduta era destinada a remover o perigo. Por outro lado, também se desconhecía se a recorrente tinha outros meios para afastar o perigo, nomeadamente o recurso ao crédito. O TRC conclui que, deste modo, não estando em causa bens pessoais, nem se verificando todos os pressupostos, a culpa não é afastada, nem a pena é especialmente atenuada ou dispensada³⁷⁷.

O perigo deve ameaçar bens jurídicos do agente ou de terceiro – porém, por não estar em causa um interesse preponderante, a salvaguarda desse bem na esfera de terceiro

³⁷³ ESER, Albin, BURKHARDT, Björn, *op. Cit.*, p. 374.

³⁷⁴ *Idem, Ibidem*, p. 374.

³⁷⁵ COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 433 e 434.

³⁷⁶ *Vide* 1.1 da presente Parte.

³⁷⁷

Disponível

em:

<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e92731370b90021580257b17003cf2d9?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016).

revela-se altamente problemática, mormente pelo facto de que, sendo pertencente a terceiro, a pressão psíquica que exerce sobre o agente poderá ser menor do que no caso em que os bens do agente estão em causa. No direito germânico, o § 35 do StGB diz somente respeito ao agente, e a terceiro que tenha com ele uma forte ligação, como por exemplo, um familiar³⁷⁸. BRUNO MOURA conclui então que, no tangente ao direito alemão, não é possível aplicar a figura do estado de necessidade desculpante³⁷⁹.

Colhendo os ensinamentos de KAI AMBOS, e sendo certo que se deve manter a proibição absoluta da tortura quer no âmbito internacional quer no plano nacional, com vista a conservar a integridade e a legitimidade dos Estados, aflige-lhe o facto de que os agentes da polícia, ou qualquer outra pessoa, teriam que ficar de braços cruzados no caso de bomba-relógio. Para o Autor, a tortura do terrorista era a única forma possível para afastar o perigo para as muitas vidas. KAI AMBOS julga que se trata de uma forte pressão psíquica, e seria extraordinário que uma pessoa, colocada nessas mesmas circunstâncias, conseguisse superar essa pressão, atuando de acordo com o Direito. Para ele, trata-se de uma questão atinente à culpa: tal como numa situação de medo, a censura do agente deve ser excluída, levando à sua absolvição. Contudo, invocando o § 35 do StGB (*entschuldigender Notstand*), denota-se o que argumentámos *supra*: a figura é frequentemente afastada já que carece de uma relação de proximidade entre o agente e o terceiro. Apesar disto, tem sido argumentado com convicção de que se pode aplicar no caso uma desculpa supralegal, podendo o acusado ser absolvido ou condenado com dispensa de pena como no caso Daschner. É de relevar ainda que a isenção de responsabilidade não é automática, antes depende de cada caso concreto³⁸⁰⁻³⁸¹.

³⁷⁸ Segundo os ensinamentos de JESCHECK e WEIGEND, o perigo deve ser dirigido ao agente, aos seus parentes ou a pessoa relacionada com ele, interpretando “parentes” segundo o § 11 I 1 do StGB - JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *op. Cit.*, p. 519.

³⁷⁹ MOURA, Bruno, *op. Cit.*, pp. 250 e 251, nota 80.

³⁸⁰ AMBOS, Kai, «May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?», In: *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), disponível em: <[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20\(2008\),%20261.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20(2008),%20261.pdf)>)Acesso: 11/11/2015), pp. 285 e 286.

³⁸¹ Também PAOLA GAETA se tem manifestado nesse sentido: mesmo sendo terrorista, o indivíduo tem o direito de ser tratado como um ser humano. Contudo, existem circunstâncias em que o juiz deverá tratar o agente que torturou de forma indulgente, como no caso de um ataque terrorista iminente. Além de que, tendo em conta que o torturador visou salvaguardar um interesse público, nas palavras de GAETA, “it would, therefore, not be equitable for that official alone to suffer from the consequences of his unlawful conduct” - GAETA, Paola, *op. Cit.*, pp. 793 e 794. A Autora identificou mais duas soluções, que para ela são de rejeitar: a primeira, em que seria determinada, pela via legislativa, a possibilidade de praticar a tortura de forma lícita, quando se encontra em condições extremas, como nos casos de bomba-relógio – é uma resposta questionável moralmente, e que dá azo à generalização da prática, segundo a opinião da Autora (p. 792). Um segundo

Relativamente aos bens de terceiro, FIGUEIREDO DIAS entende que se pode revelar problemática, já que a pressão exercida sobre o agente poderá ser inferior àquele em que se sujeitaria se fosse um bem seu. Para o Autor, a melhor forma para resolver a situação será atendendo às circunstâncias do caso³⁸². Também TAIPA DE CARVALHO tem a mesma preocupação, relevando que o terceiro deve ter um “vínculo especial” com o agente (não necessitando, porém, de um fundamento jurídico – como por exemplo, um parente – podendo ser antes “uma relação de proximidade existencial”, como uma amizade). Tal como desprezou a inclusão do bem jurídico honra no catálogo do art. 35.º, o Autor vislumbra a imperatividade de aproximar a norma ao preceito correspondente no StGB germânico (§ 35). Deste modo, advoga que, no âmbito da desculpa, carecendo de um “verdadeiro conflito existencial”, este não existirá se o terceiro não for pessoa próxima do agente. Assim, na hipótese descrita, não faltará a ilicitude, nem tão-pouco a culpa; pode, todavia, ser-lhe atenuada a pena, nos termos do art. 72.º/1 e 2, b), 1ª parte³⁸³.

Tecendo agora as nossas considerações, é inequívoco que as vidas humanas que se pretenderam salvar através da tortura são claramente abarcadas tanto pelo art. 35.º do nosso CP, como pelo § 35 do StGB. Independentemente de pugnarmos pela ampliação da lista ou não, no nosso caso, tratando-se do bem jurídico vida, evidentemente que se encontra abrigado pelo instituto que ora analisamos.

Contudo, assola-nos novamente a dúvida quanto à aplicabilidade deste requisito, no tangente à qualidade do terceiro: sendo certo que a lei portuguesa não faz referência expressa – isto é, se ele é próximo ou não do agente -, consideramos que se deve adotar uma perspectiva restrita, tal como a apresentada por alguns doutrinadores portugueses, bem como a própria letra do StGB. O bem de um terceiro que não seja próximo do agente não será capaz de criar tamanha pressão motivacional sobre o agente. Naturalmente que tal

caminho passa pelo preenchimento de certos requisitos (como o envolvimento de meios não letais, sob a supervisão de um médico, entre outros fatores), que, a serem verificados, o agente será punido por crime que não seja tortura. Também rejeita esta solução, na medida em que tal se mostraria incongruente face ao conceito de tortura – ao estabelecer que a tortura não é tortura quando verificados certos requisitos, equivaleria a acrescentar pontos à definição de tortura, sem que com isso tenha contribuído para o melhoramento do seu sentido – antes possuindo o efeito inverso (p. 793).

³⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 614. As mesmas considerações poderão ser encontradas em ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 909. Em sentido concordante, MARIA CONCEIÇÃO CUNHA escreve que, em certos casos, a despeito do agente não ser uma pessoa próxima do terceiro, poderá sentir-se “pressionado e dramaticamente envolvido no conflito”, sendo que a desculpa será originada do conflito existencial e das emoções do agente - CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida...*, *op. Cit.*, p. 788.

³⁸³ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 363.

deverá ser averiguado caso a caso, pelo que não defenderemos neste âmbito um afastamento total deste requisito³⁸⁴.

2.1.4 Inexigibilidade de comportamento diferente

Tendo em conta o exposto anteriormente, consideramos que a situação de necessidade só produz efeitos desculpantes quando se averigua que não era exigível, ao agente, que este suporte o perigo. É aqui que reside, segundo FIGUEIREDO DIAS, a cláusula da inexigibilidade. O Autor explica que, enquanto que na doutrina germânica, na generalidade dos casos, se atenda aos requisitos objetivos, como o perigo e o bem jurídico ameaçado, a fim de excluir a culpa do agente, em Portugal carece-se da comprovação do juiz de que, no caso, não era de se exigir, ao autor do facto, um comportamento diferente³⁸⁵.

CAVALEIRO DE FERREIRA considera que a lei não fixa em abstrato o grau de desculpabilidade, carecendo de ser averiguado no caso concreto. Assim, deverá atender à ponderação do motivo, aos fins subjetivos do agente, ao desvalor objetivo do facto, e ainda a todas as circunstâncias do caso concreto, bem como o estado emotivo do agente. Neste ponto, relevam, tão-só, as emoções que antecederam à prática do facto³⁸⁶.

TAIPA DE CARVALHO é da opinião de que o preceito lusitano deve ser interpretado de modo a excluir a desculpa nos casos de “exigibilidade intensificada”³⁸⁷. Esses casos, em que lhe era exigível um comportamento diferente, podem ser encontrados na hipótese do agente possuir “um particular dever de suportar” o perigo. São casos em que goza de um estatuto jurídico especial, mormente na hipótese de exercer determinada profissão, ou ocupando determinado cargo, que requeira suportar perigos acrescidos ou perigos especiais. É o caso dos polícias, bombeiros, soldados, marinheiros, entre outros. A despeito de, regra geral, não poder ter a sua culpa afastada ou mitigada, tudo depende das qualidades pessoais que manifestou na prática do facto³⁸⁸.

³⁸⁴ Isto deve-se sobretudo ao facto de que, no nosso caso, a explosão da bomba acarretaria a morte de muitas pessoas; a ser assim, mesmo um agente que não é próximo das pessoas implicadas na explosão poderá sentir a pressão de as salvar de uma verdadeira tragédia.

³⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 615.

³⁸⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *op. Cit.*, p. 350.

³⁸⁷ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 365 e 366.

³⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 616; ESER, Albin, BURKHARDT, Björn, *op. Cit.*, pp. 378 e 379; JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *op. Cit.*, pp. 523 e 524.

Um segundo grupo de casos relaciona-se com o perigo que foi voluntariamente causado pelo próprio agente. Perante esta situação, quando o perigo foi intencionalmente causado, a culpa não deverá ser afastada. A intenção aqui significa que o facto foi provocado premeditadamente, visando “livrar-se dela à custa de bens jurídicos alheios” – ir mais longe do que este sentido, defendendo que o perigo foi “conscientemente” criado, seria exagerado, na esteira de FIGUEIREDO DIAS³⁸⁹. Neste ponto, TAIPA DE CARVALHO afirma que este grupo de pessoas deve incluir também aqueles que causaram o perigo de forma negligente. Invocando o exemplo de ROXIN, o essencial reside no critério da previsibilidade: no caso do perigo ser previsível, a desculpa será negada; *a contrario sensu*, ela será concedida. É de mencionar que se o agente criou o perigo para si próprio, a desculpa é afastada; no caso do agente ter criado o perigo para um terceiro, a desculpa já lhe poderá ser concedida³⁹⁰.

Esta limitação pode ser entendida como uma cláusula negativa de exceção: regra geral, não podendo o perigo ser evitado de outro modo, o agente que atue em estado de necessidade é desculpado; contudo, detendo-nos no n.º 2 do §35 do StGB, vemos uma exceção, isto é, atendendo ao caso era exigível que o sujeito tivesse atuado conforme o direito, suportando o perigo. Podendo esta reserva gerar problemas de interpretação, a lei menciona esses mesmos casos, por exemplo, quando foi ele próprio que deu origem ao risco³⁹¹.

Aplicando estas considerações ao nosso caso, encontramos, desde logo, um grande entrave. Relembrando que a tortura terá de ser perpetrada por um agente do Estado para se subsumir nos arts. 243.º e 244.º do CP³⁹², estes agentes são normalmente aqueles que diríamos que têm um dever especial de suportar o perigo³⁹³. Contudo, também não olvidamos das considerações de FIGUEIREDO DIAS: cada caso é um caso, e, deste modo, há-de ser avaliado o seu carácter pessoal, no momento da prática do facto³⁹⁴.

³⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 444, 445, 616 e 617.

³⁹⁰ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 366 e 367.

³⁹¹ ESER, Albin, BURKHARDT, Björn, *op. Cit.*, p. 377. Também em: JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *op. Cit.*, pp. 521 e 522.

³⁹² Remetemos para a Parte I, ponto 2.

³⁹³ No mesmo sentido, ANGLÍ, Mariona Llobet, *op. Cit.*, pp. 35 e 36.

³⁹⁴ Relembrando a nossa nota 384, ainda que seja um agente da polícia, que deve suportar um alto nível de perigo, nesta situação da bomba-relógio poderá sentir uma pressão para além daquilo que está obrigado a suportar, razão pela qual não descartamos destas considerações na análise deste requisito.

2.1.5 Animus Salvandi

Contrariamente às causas de justificação, onde apenas se exige o conhecimento da situação objetiva justificante³⁹⁵⁻³⁹⁶, o estado de necessidade desculpante apenas apaga a culpa do agente quando este tenha visado, com a sua conduta, afastar o perigo para o seu bem. Não é necessário que o agente tenha atuado de forma nobre, ou que a intenção do agente seja a salvação do bem jurídico; mas a sua ação deverá ser, independentemente dos seus reais motivos, destinada a proteger o bem jurídico ameaçado³⁹⁷. Concernente ao direito de necessidade, FIGUEIREDO DIAS já apresenta uma resposta divergente, conquanto advoga que a vontade de proteger o interesse preponderante, isto é, o motivo da ação, não é essencial para a figura do art. 34.³⁹⁸

Para TAIPA DE CARVALHO, o *animus salvandi* resulta da própria natureza do estado de necessidade desculpante, onde a motivação do agente joga um papel preponderante, e ainda do pressuposto e fundamento da desculpa - “a situação de conflito existencial (...) e a não razoabilidade da afirmação de uma culpa da personalidade”. Deste modo, o agente não será desculpado se a sua ação não tiver o propósito de salvar o bem em perigo³⁹⁹.

GERMANO MARQUES DA SILVA explica que o agente é desculpado porque este pretendeu proteger o seu bem em perigo; a desculpa seria desvirtuada se o fim do agente não era esse⁴⁰⁰.

Consideramos que este requisito se preenche, em princípio, nos casos de bomba-relógio.

2.2 Possibilidade de atenuação especial ou dispensa de pena?

Os nossos esforços anteriores visaram uma observação da possibilidade de se desculpar o agente que torturou num caso de bomba-relógio, à luz do art. 35.º do CP – e

³⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 459: “o agente deve conhecer a situação de conflito (...) e atuar com a consciência de salvaguardar o interesse preponderante”.

³⁹⁶ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 243.

³⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, p. 618. No mesmo sentido, *vide* SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p. 282. Também ROXIN, Claus, *Derecho...*, *op. Cit.*, p. 910 e 911. O Autor exemplifica com o caso do agente que salvou um familiar seu, não por afeto, mas porque queria ser seu herdeiro – esta situação poderá ser desculpada pelo § 35 do StGB.

³⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 459 e 460.

³⁹⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 363 e 364.

⁴⁰⁰ SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p. 282.

averiguámos o carácter indefinido que repousa sobre grande parte dos requisitos da figura. A despeito desta inconclusividade, estamos inclinados para a apresentação de uma solução negativa, conquanto existem sempre meios alternativos à tortura⁴⁰¹. A análise dos pressupostos do estado de necessidade desculpante permitiu-nos vislumbrar a incerteza que a tortura acarretaria. Contudo, a despeito de não se poder afastar a culpa pelo n.º 1, poderá haver alguma maneira de dirimir a responsabilidade do agente pelo n.º 2 do mesmo preceito?

O n.º 2 do art. 35.º prevê a atenuação especial ou mesmo a dispensa de pena para os casos em que sejam ameaçados bens jurídicos diferentes dos elencados no n.º 1, desde que se verifiquem os demais pressupostos. Este preceito demonstra que, a despeito de se manter a culpa, dadas as circunstâncias, admite-se a diminuição ou exclusão de pena, tratando-se de um alargamento do estado de necessidade desculpante. Poder-se-ia argumentar que com este número admitir-se-ia uma cláusula geral de desculpa; contudo, dado que o número se refere somente à sua simples atenuação (ou, excepcionalmente, a dispensa de pena), não constituirá, pois, uma causa geral de desculpa. Contudo, o número poderá ser alvo de crítica, na medida que, tendo em conta que se insere ainda no âmbito da culpa, o preceito peca por não levar o seu pensamento até ao fim. Observando o Projeto da Parte Geral de 1963, EDUARDO CORREIA propugnava por um conceito de inexigibilidade como causa geral de exclusão de culpa – que espelhou no seu art. 45.º. Porém, não foi, este o raciocínio que se manteve no n.º 2 do atual preceito; o legislador, no n.º 2, preferiu perspectivar tais casos como de exigência preventiva diminuída ou inexistente. Por conseguinte, não falta culpa neste número; falta a necessidade de pena (tendo ROXIN razão neste ponto). É, pois, um problema de carência de pena, e não de culpa⁴⁰².

Perspectivando tais hipóteses de forma ligeiramente diferente, MAIA GONÇALVES fala aqui de casos de “não exigibilidade parcial” (35.º/2)⁴⁰³, por oposição à “não exigibilidade total” do n.º 1. Pode, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena (e

⁴⁰¹ Este problema poderia ter sido resolvido pelo art. 33.º (excesso de legítima defesa) – contudo, como já demonstrámos num momento anterior, não subsumimos os casos de bomba-relógio nas hipóteses de legítima defesa. E mesmo que o façamos, o art. 33.º também não se aplicaria pelo simples facto de que não preenche todos os requisitos, mormente a da maior exigibilidade que impende sobre os agentes do facto. Veja-se, por exemplo, as considerações de AUGUSTO SILVA DIAS nesta temática, que espelhamos *infra*, no ponto 3.

⁴⁰² DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. Cit.*, pp. 618 e 619.

⁴⁰³ Temos dúvidas quanto a esta nomenclatura: se a inexigibilidade se alia à exclusão da culpa, e se o próprio Autor reconhece que o número 2 não é atinente à culpa, a expressão “inexigibilidade parcial” parece-nos pouco exata, visto que induzia a crer que se trata de uma culpa diminuída, “parcial” – o que não se verifica no caso. O Autor elogia a substituição da palavra “dispensa” por “isenção”, o que mais uma vez demonstra, na nossa opinião, uma ligeira incongruência.

não isento de pena, como se previa na versão originária do CP). Na verdade, MAIA GONÇALVES vislumbra a importância desta distinção: sendo institutos muito diferentes, a dispensa de pena⁴⁰⁴ implica ainda a culpa do agente, ainda que diminuída, enquanto que a isenção de pena “afasta logo *ab initio* a punibilidade do facto”⁴⁰⁵.

Também CAVALEIRO DE FERREIRA não perspectiva este número como uma causa de desculpa: “as circunstâncias dirimentes, quando imperfeitas, são naturalmente circunstâncias atenuantes”. O Autor coloca este número neste grupo de circunstâncias atenuantes⁴⁰⁶.

Sendo embora este número uma forma de alargar o estado de necessidade desculpante – sem considerá-lo como uma desculpa – o preceito é claro na sua letra: “se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes (...) e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados”. Daqui se deduzem duas condições para a aplicação do n.º 2: que estejam em causa bens diferentes dos elencados no n.º 1 – situação que não se verifica; e que estejam verificados os demais pressupostos – que, como já vimos, se trata do nosso problema. Assim, para nós, não preenchendo nenhuma destas condições de aplicabilidade, naturalmente que é de se afastar a atenuação ou a dispensa de pena. Portanto, no nosso entender, o estado de necessidade desculpante não se aplica à tortura, mesmo na sua modalidade “salvadora”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Em anotação ao art. 74.º do CP, MAIA GONÇALVES escreve: “A dispensa de pena é um instituto destinado a resolver casos de bagatelas penais, em que se verificam todos os pressupostos da punibilidade mas em que se não justificaria a aplicação de qualquer sanção penal, já que tanto não seria exigido pelos fins das penas. Para que se faça uso desta medida é, assim, necessária a verificação de um juízo de culpa.” Distinguem-se dos casos de isenção de pena, na medida em que “não existem razões para a punibilidade do facto”, não havendo sequer dignidade penal suficiente. Resumindo: os casos de isenção operam, desde logo, nas condições de punibilidade do facto, enquanto que a dispensa de pena atua posteriormente, no momento da punição - GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18ª ed., 2007, Almedina, pp. 285 e 286.

⁴⁰⁵ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *op. Cit.*, pp. 176 e 177.

⁴⁰⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *op. Cit.*, p. 351.

⁴⁰⁷ Afastamo-nos, pois, das considerações de FARIA COSTA, que soluciona o caso da tortura salvadora através do estado de necessidade, conquanto vislumbra a forte pressão psíquica que paira sobre o agente - COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 435 e 436.

3. Cláusula Geral de Inexigibilidade: uma nova porta?

EDUARDO CORREIA, no Projeto da Parte Geral do CP, visou consagrar uma cláusula geral de exclusão de culpa (45.º)⁴⁰⁸, com base no “homem do tipo médio”. A questão da inexigibilidade, como causa geral, reside em saber se um facto poderá ser desculpado fora das apertadas figuras existentes na lei⁴⁰⁹.

Observando o CP de 1886, EDUARDO CORREIA constata que, contra a não exigibilidade como causa geral, poder-se-á invocar, a título de exemplo, alguns preceitos inseridos na parte especial (mormente os arts. 372.º e 354.º do CP de 1886⁴¹⁰) na medida em que tal redundaria o seu sentido. Por outro lado, os arts. 29.º/7 e 52.º do mesmo CP parecem apagar a possibilidade da inexigibilidade como causa geral, visto que indica que a responsabilidade criminal é excluída apenas nos casos previstos na lei. Ainda que se afaste estes argumentos desfavoráveis - que o Autor atribuiu às falhas no tratamento da culpa, na medida em que as mencionadas normas foram importadas do CP de 1852 – ainda que o faça, dizíamos nós, não será que a consagração de uma cláusula geral de inexigibilidade é desprovida de sentido face às figuras previstas na lei? Na realidade, mesmo este ávido defensor da cláusula geral confessa que a lei já tipifica todas as causas de não exigibilidade “dignas de reconhecimento em direito penal” e, por conseguinte, a consagração deste pensamento será forçosamente supérflua⁴¹¹.

Contudo, mesmo aqui EDUARDO CORREIA expressa as suas desconfianças: desde logo, no tocante à colisão de interesses, tal diz respeito apenas a interesses juridicamente reconhecidos, ficando excluídos, nomeadamente, os interesses morais que, no entanto, não deixam de ser merecedores de ponderação a fim de se excluir a culpa⁴¹². Por outro lado, o mesmo Autor reforça as suas convicções com base no art. 44.º/7 do CP de 1886, que

⁴⁰⁸ O referido art. 45.º do Projeto da Parte Geral dizia: “Age sem culpa o agente quando, nem a ele, nem ao homem do tipo médio suposto pela ordem jurídica, seria exigível, naquelas circunstâncias, outro comportamento.” – CORREIA, Eduardo, Código Penal. Projecto da Parte Geral, 1963, p. 88.

⁴⁰⁹ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, com a colaboração de DIAS, Figueiredo, Reimpressão, Almedina, 2007, pp. 445 e 446.

⁴¹⁰ Os artigos são concernentes à não exigibilidade no adultério (372.º) e na ajuda no suicídio (354.º). Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>> (Acesso: 07/06/2016).

⁴¹¹ CORREIA, Eduardo, *Direito...*, *op. Cit.*, pp. 452 a 454.

⁴¹² Veja-se, a título de exemplo, as situações mencionadas por Eduardo Correia na nota (1) da página 454 - CORREIA, Eduardo, *Direito...*, *op. Cit.*.

aparenta consagrar uma verdadeira cláusula geral de inexigibilidade, representando “uma salutar válvula de segurança contra as injustiças”⁴¹³.

Não foi, contudo, este o entendimento que vingou no atual CP, não havendo então nenhuma consagração expressa de um princípio geral de não exigibilidade. Todavia, ao arrepio de parte da doutrina⁴¹⁴, tal não significa que não haja quem seja favorável a este pensamento. Juntando-se a EDUARDO CORREIA, FARIA COSTA esgrime por uma leitura mais aberta, considerando que não é pela existência de afloramentos ou cristalizações deste pensamento que inviabiliza, por completo, o princípio geral de não exigibilidade. O seu raciocínio aspira por uma melhor realização do valor da justiça, na medida em que não é justo exigir ao agente outro comportamento, numa situação em que não o podia. Contudo, esta premissa carece de uma concretização através de cânones interpretativos, que muitos defendem que, conjugando-se com o princípio da segurança ou da certeza, não haverá melhor cânone que as cristalizações ou afloramentos na lei. FARIA COSTA mostra-se reticente em relação a este entendimento, compreendendo que a ordem penal não poderá colocar em primeiro plano a segurança (meramente formal), em detrimento da justiça. Nesta medida, caso adote uma ideia de não exigibilidade geral, a lei não deverá impedir a não exigibilidade fora das hipóteses expressas⁴¹⁵.

Espelhando este raciocínio no presente tema, AUGUSTO SILVA DIAS entende que se a desculpa da tortura não se reconduzir a nenhum tipo desculpante, pode, na mesma, materializar-se através da analogia, aplicando-se um dos tipos previstos, quando com ele for “equiparável por identidade ou maioria de razão”. Um dos exemplos mencionados pelo Autor é o caso Gäfgen (mais conhecido por caso Daschner), estabelecendo uma analogia entre este e o art. 33.º/2 do CP⁴¹⁶.

No caso em estudo, Magnus Gäfgen, estudante de Direito, alegou que o tratamento a que foi sujeito pela polícia durante o interrogatório concernente ao rapaz que raptou, constituía tortura, o que violava o artigo 3.º da CEDH. Em Setembro de 2002, Gäfgen raptou e sufocou *J.*, criança de 11 anos, procedendo à entrega de uma nota na residência dos seus pais, a fim de pedir um milhão de euros como resgate. Gäfgen, no dia 30 de

⁴¹³ *Idem, Ibidem*, pp. 454 e 455. No tocante ao mencionado art. 44.º/7, esta estabelece o seguinte: “Justificam o facto (...) em geral, os que tiverem procedido sem intenção criminosa e sem culpa”.

⁴¹⁴ Como deixamos manifesto no ponto 1.2.3 da presente Parte.

⁴¹⁵ COSTA, José de Faria, *Noções...*, *op. Cit.*, pp. 430 a 432. Próximo deste pensamento, veja-se PALMA, Fernanda, *op. Cit.*, pp. 230 a 232, que pugna pela possibilidade de construir novas desculpas pelo juiz.

⁴¹⁶ DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, p. 252.

Setembro, foi recolher o dinheiro numa estação de comboios, e foi detido no aeroporto de Frankfurt am Main⁴¹⁷.

Gäfgen foi interrogado por *M.*, e entretanto a polícia encontrou, no seu apartamento, metade do dinheiro do rapto, assim como os seus planos relativos ao sequestro. Subsequentemente, Gäfgen afirmou que a criança se encontrava com *F.R.* e *M.R.*, tendo sido escondida numa cabana ao pé do lago⁴¹⁸.

Recusando-se a cooperar com a justiça e fornecendo sempre pistas falsas, Daschner, chefe da polícia de Frankfurt, ordenou a um subordinado seu, Ennigkeit, que ameaçasse Gäfgen com inflição de dores e, se necessário, cumprir tais ameaças, de modo a descobrir-se o paradeiro da criança. Com medo destas medidas, Gäfgen acabou por confessar do local onde dispôs o cadáver⁴¹⁹.

Daschner revelou que atuou nesse sentido na medida em que acreditava que a criança ainda se encontrava viva, e em perigo iminente. Daschner ordenou à prática das ameaças, acreditando que tal poderia salvar a vida de *J.*, além de que os métodos de tortura a utilizar se destinariam tão-só a infligir dor, sem deixar qualquer vestígio, e sempre sob supervisão de um médico. Admitiu ainda que ordenou à aquisição de um “sérum da verdade”, a administrar em Gäfgen. Daschner reiterou que as ameaças visaram exclusivamente o salvamento da criança, e não a obtenção de provas processuais: assim que Gäfgen confessou, nenhuma medida foi levada a cabo⁴²⁰.

O Tribunal de Frankfurt opinou que os métodos empregues não podiam ser justificados, visto que a proteção da dignidade humana era absoluta, e não permitia exceções nem balanços de interesses. O Tribunal considerou que Ennigkeit era autor do crime de coação no exercício das suas funções, e que Daschner incitou Ennigkeit a coagir Gäfgen. Na determinação da pena, O Tribunal entendeu que existiam diversos fatores que devem ser ponderados: primeiramente, Daschner teve apenas a segurança da criança em mente, atuou sob pressão extrema, e não foi de forma espontânea⁴²¹.

⁴¹⁷ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016).

⁴¹⁸ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016).

⁴¹⁹ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016).

⁴²⁰ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016).

⁴²¹ Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016).

AUGUSTO SILVA DIAS entende que, a despeito do comportamento permanecer ilícito e excessivo e, como tal, não se subsumia na legítima defesa, é com o art. 33.º/2 do CP que partilhava maiores semelhanças⁴²². Não obstante cair sobre os agentes uma acrescida exigibilidade, visto que eram agentes da polícia, o Autor constata que qualquer pessoa do seu tipo social, colocada naquela circunstância, teria “quebrado” igualmente o seu dever. O essencial na aplicação analógica do art. 33.º/2 do CP será a avaliação do descontrolo emocional do agente, tendo como fatores, nomeadamente, a situação de necessidade, o cansaço dos agentes e as vidas em perigo. O Autor acrescenta que, quanto mais se explica o seu estado psíquico nestes critérios, menos censurável será o seu medo, e mais desculpável será a sua conduta. Por último, se tal não se verificar, haverá sempre a opção da atenuação da pena (conjugando o art. 33.º/1 com o 73.º do CP)⁴²³.

Relativamente ao caso Daschner, ROXIN pronunciou-se contra o afastamento da responsabilidade criminal, pois não vislumbrava a atipicidade do caso, pelo que a absolvição do agente levaria a uma insuportável relativização da proibição da tortura. Além disso, no caso, o êxito da ameaça de tortura não era certo, bem como não era o único meio disponível para afastar o perigo. Contudo, atendendo-se às motivações do agente, ROXIN compreende a razão pela qual se atenuou a sua pena⁴²⁴.

Que pensamos nós da edificação de novas figuras de desculpa com base na cláusula geral de inexigibilidade? Ainda que os argumentos apresentados nos mova e nos convença, levando-nos a admitir que sim, que acima da formalidade da lei e da segurança jurídica está a própria ideia da justiça, argumento pelo qual nos leva a querer flexibilizar a lei, a despeito das críticas apresentadas *supra* (no ponto 1.2.3), ainda assim – dizíamos nós – não é de se acolher tal solução para a tortura “salvadora”. A questão que ora nos ocupa não será sobre a *possibilidade* de se desculpar, ainda que abrangida numa figura supralegal, mas sim na *pertinência* da desculpa no presente caso.

⁴²² Resultante das nossas considerações anteriores, estamos mais inclinados para perspectivar as semelhanças com o estado de necessidade desculpante. Não olvidamos, evidentemente, da importância dos argumentos deste Autor, na construção de uma causa de desculpa supralegal, mesmo que amparado na figura do art. 33.º do CP.

⁴²³ DIAS, Augusto Silva, *op. Cit.*, pp. 253 e 254.

⁴²⁴ ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., Verlag C. H. Beck München, 2006, p. 1034, § 22, n.º 169. Tradução gentilmente concedida por Aida Cristina da Cruz e Silva.

O problema da desculpa é, na realidade, o mesmo que o da justificação: ambos pretendem contornar uma proibição que, como já afirmámos, é absoluta⁴²⁵. Como já observámos, a justificação é insuportável nesta situação, já que conduziria a afirmar a sua licitude, a sua concordância com o ordenamento jurídico. A desculpa foi objeto de uma análise mais profunda da nossa parte, conquanto tinha a vantagem de manter a ilicitude, mas apresentando uma nova perspectiva para a exclusão de responsabilidade do agente num caso de intensa pressão motivacional. Contudo, bem analisadas as mencionadas figuras, averiguamos naturalmente que a consequência é exatamente a mesma: ambas pretenderam excluir a responsabilidade do agente, quer seja através do afastamento da ilicitude, quer seja apagando a culpa do agente.

Esta consequência comum terá, deste modo, repercussões semelhantes no âmbito do ordenamento jurídico, pois que subverteria o sentido categórico da proibição da tortura⁴²⁶. Se pretendermos justificar ou desculpar a tortura, estaríamos, com isto, a declarar que o bem jurídico segurança se deve sobrepor ao bem jurídico liberdade⁴²⁷⁻⁴²⁸.

⁴²⁵ HÉLIA MARQUES SIMÕES afirma que “se um agente vir a sua culpa excluída numa situação de bomba-relógio e em consequência não lhe for aplicada uma pena, outros agentes ficarão a saber que, se atuarem do mesmo modo e na mesma situação, podem invocar uma desculpa” - SIMÕES, Hélia Marques, *op. Cit.*, nota 258 da p. 142. Pretendendo demonstrar que a desculpa também abre precedentes, não conseguimos deixar de demonstrar as nossas desconfianças. Como intentámos demonstrar na nossa nota 254, a abertura de precedentes através da desculpa retirar-lhe-ia todo o sentido. Por outro lado, a Autora, embora reconheça a vantagem que existe na desculpa de continuar com a ilicitude do ato, argumenta que a justificação neste caso seria preferível, uma vez que partilham as mesmas consequências – escolha esta que nos causa tamanha confusão, visto que, a despeito da consequência ser idêntica, o caminho é distinto. Não percebemos como é que a Autora, confessando que o ato devia ser perspectivado como ilícito (“(...) ter a *vantagem* de considerar aquela conduta como ilícita” – itálico nosso), ainda assim elege a justificação como o trajeto a seguir. Poderá, porventura, ser preferível para o agente que torturou ser amparado por um causa de justificação, mas como entendemos a tortura como um ato ilícito, a aplicação de uma justificação ao caso não parece ser a mais correta.

⁴²⁶ Num sentido próximo, ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, *op. Cit.*, p. 1034, § 22, n.º 168, que afirma que a lei se deve manter inflexível e rigorosa no tangente à proibição da tortura.

⁴²⁷ Contra o que aqui defendemos, o ac. do STJ de 28/09/2011 elucida-nos sobre o equilíbrio entre dois direitos, sendo um deles a segurança. No caso, suscitou-se a dúvida acerca da utilização de imagens obtidas através da videovigilância, referindo ainda que, face às novas formas de criminalidade e do terrorismo, a questão relativa ao equilíbrio entre liberdade e segurança é premente, referindo que se trata de um bem público, que, contudo, não se restringe à “garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões”. É um direito enraizado na própria ideia da dignidade humana, pertencente ao cidadão, e que incumbe ao Estado garantir os direitos e liberdades fundamentais. Não é, todavia, um direito absoluto, e como afirma o acórdão, “o argumento do direito à segurança não pode justificar um Estado que se arrogue como defensor absoluto dos direitos dos cidadãos, socorrendo-se de todos os meios técnicos, mesmo que eficazes e eficientes que possam pôr em causa não só direitos, liberdades e garantias, como ainda o desenvolvimento livre e responsável de uma sociedade”. O Estado deve ponderar os direitos em conflito, amparado pelo princípio da proporcionalidade. O acórdão refere ainda que o TEDH, em múltiplas ocasiões, se confrontou com o problema de segurança e, do outro lado, os direitos fundamentais. Entendeu que a segurança nacional prevaleceria sobre os interesses individuais - Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>> (Acesso: 05/03/2016).

Na realidade, a sobrevalorização da segurança tem sido uma tendência verificada em muitos ordenamentos jurídicos. Assumindo tamanha relevância, na moderna sociedade do risco⁴²⁹⁻⁴³⁰, a visão passou a ser de uma segurança como direito de prestação de facto, garantida pelos Estados. Muitas das medidas adoptadas visaram o restabelecimento da segurança, alicerçado no argumento de que esta deverá prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos⁴³¹.

Contudo, a equação não pode ser resolvida, sem mais, desta forma: é manifesto que são ambas colocadas no mesmo patamar e que cabe ao Direito Penal o equilíbrio entre as duas, porquanto se trata de “uma ordem de liberdade e para a liberdade, uma ordem de segurança e para a segurança”. O que nos leva a crer que, sendo certo que é possível estabelecer um equilíbrio entre ambas, é indispensável assimilar que a segurança levada ao extremo se torna perigosa, absorvendo a liberdade. Na esteira de FARIA COSTA, o Direito Penal deverá alicerçar-se num Estado de Direito democrático, pelo que entendemos que o Direito Penal orientado para servir a segurança apagará “as mais importantes conquistas históricas, filosóficas e dogmáticas de todo o percurso milenar do direito penal”⁴³².

Só através de um justo equilíbrio entre ambas é que se poderá alcançar o sentido do Direito Penal. Nesta medida, e fazendo as palavras de JORGE MIRANDA as nossas, “a

⁴²⁸ Na dialética que se trava entre a liberdade e a segurança, os argumentos podem ser resumidos em dois grupos: aqueles que vislumbram que são interesses conflitantes, inconciliáveis entre si, e aqueles que estabelecem que não há liberdade sem segurança, pelo que são, forçosamente, harmonizáveis entre si. Para um resumo sobre as duas perspectivas, *vide* MARTÍN, Víctor Gómez, *op. Cit.*

⁴²⁹ A expressão foi cunhada por ULRICH BECK: o risco, como conceito de suma relevância no âmbito da sociedade, faz-se sentir no âmbito da responsabilidade e da segurança. O Autor escreve: “Algunos creen que el riesgo induce control, de modo que cuanto mayor el riesgo mayor la necesidad de controlabilidad. El concepto de “sociedade del riesgo global”, sin embargo, llama la atención sobre la controlabilidad limitada de los peligros que nos hemos creado. La principal cuestión es cómo tomar decisiones en condiciones de incertidumbre fabricada, cuando no sólo es incompleta la base de conocimiento, sino que el disponer de más y mejor conocimiento frecuentemente supone más incertidumbre.” – BECK, Ulrich, *La sociedad del Riesgo Global*, trad: REY, Jesús Alborés, Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 9.

⁴³⁰ Perante os novos riscos, acompanhado de uma sensação geral de insegurança, há que estabelecer um diálogo entre as inquietações apresentadas por parte da doutrina (de que poderá converter o Direito Penal num direito “securitário e controlador”), e as características dos dias modernos. Não devendo privilegiar-se a segurança, de modo absoluto, também não se olvida que a sua tutela se deverá basear nos princípios basilares do Direito Penal. Este equilíbrio decorrerá, na esteira de SUSANA AIRES DE SOUSA, da reflexão sobre o princípio da precaução, que não será aqui abordado – SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, pp. 81 e 82.

⁴³¹ DURÁN, Manuel Carrasco, «Medidas Antiterroristas y constitución tras el 11 de Septiembre de 2001», In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, dir: ROYO, Javier Pérez, coord: DURÁN, Manuel Carrasco, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2010, p. 25.

⁴³² COSTA, José de Faria, «Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da liberdade e da segurança)», In: *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1, n.º 1, 1º Semestre de 2006, pp. 299 a 302.

segurança é o ambiente do Direito, mas nunca pode prevalecer sobre o próprio Direito”. A segurança não poderá ser o pretexto para tudo, descartando os valores e princípios jurídicos que estiveram na base das modernas sociedades ocidentais⁴³³.

Podendo o nosso diagnóstico recair sobre o princípio da proporcionalidade⁴³⁴, este é, contudo, de difícil concretização: por um lado, temos a dimensão da proporcionalidade, enquanto proibição do excesso⁴³⁵; por outro lado, não se olvida que o Estado tem a importante função de proteção, que poderá ser frustrado, por não poder ingerir nos direitos fundamentais – o chamado princípio da proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)⁴³⁶⁻⁴³⁷.

Aliado à mencionada ponderação, SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK apresenta uma importante questão no tocante ao art. 3.º da CEDH: “une norme relativement absolue ou absolument relative?”⁴³⁸. Estas considerações tiveram origem, mormente, no *caso Soering*⁴³⁹, apresentado *supra*, que dá a entender que há necessidade de estabelecer um equilíbrio entre o interesse geral da comunidade e a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo. Com tal afirmação, o caso parece apontar para a possibilidade de abertura do preceito a exceções, visto que afirma a necessidade de incluir tal ponderação na interpretação da noção de tratamento cruel, desumano ou degradante⁴⁴⁰.

⁴³³ MIRANDA, Jorge, «Os direitos fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro», In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 44, n.ºs 1 e 2, 2003, p. 660.

⁴³⁴ GOMES CANOTILHO desdobra o princípio da proporcionalidade: “conformidade ou adequação de meios” (a medida tem de ser apropriada para atingir os objetivos visados); “exigibilidade ou necessidade” (a medida deverá ser a menos onerosa para o cidadão); “proporcionalidade em sentido estrito” (aliado a um juízo de ponderação, entre as desvantagens do meio, e as vantagens do fim) – CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. Cit.*, pp. 269 e 270.

⁴³⁵ É normalmente no âmbito da restrição dos direitos fundamentais pelos poderes públicos, que o princípio da proporcionalidade atinge o seu máximo esplendor - CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 272.

⁴³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 81, Separata, 2005, pp. 361 e 362.

⁴³⁷ GOMES CANOTILHO faz igualmente as suas observações neste domínio: haverá insuficiência de proteção quando as entidades adoptam meios insuficientes para garantir uma proteção adequada dos direitos fundamentais, atendendo às “posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais” - CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito...*, *op. Cit.*, p. 273.

⁴³⁸ VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001, pp. 120, 132 e 133. A afirmação, cunhada por JOHAN CALLEWAERT, foi empregado pelo Autor tanto na introdução, como na conclusão da secção relativa ao princípio da proporcionalidade atinente ao mencionado preceito.

⁴³⁹ Sobre a análise da relativização da proibição do art. 3.º da CEDH por este Autor, *vide* VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *op. Cit.*, pp. 125 e 126.

⁴⁴⁰ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{)> (Acesso: 02/04/2016). *Vide*, em especial, o § 89.

Neste âmbito, convém assinalar que o *caso Chahal c. Reino Unido*⁴⁴¹ permite uma leitura diferente. Observando a situação de Chahal, cuja presença no Reino Unido não era conducente ao bem público, ou benéfico à segurança nacional, a questão residia na ponderação da ameaça representada por Chahal na segurança nacional, e nas obrigações do Estado à luz do mencionado preceito. O caso Chahal, no seu § 76, refere que poder-se-á ajuizar que quanto maior o risco de maus-tratos, menor será o peso proporcionado pela ameaça à segurança nacional. Mas o contrário poderá igualmente ser estabelecido: quanto menor for a probabilidade do indivíduo ser maltratado, maior ênfase terá a segurança nacional – situação preconizada no caso, pelo que a expulsão⁴⁴² de Chahal parece ser legítima. Contudo, realizando uma leitura mais detida, o caso confirma o carácter absoluto da proibição do art. 3.º da CEDH, afastando a ideia de que o § 89 do caso Soering pugnava pela relativização da proibição contida no preceito⁴⁴³.

DROUGHENBROECK critica o caso, sublinhando que o caso aqui analisado podia ter ido mais longe, substituindo a letra do caso Soering; contudo, ficou-se numa “relecture conforme” que além disso não era sequer sufragada pela maioria dos juizes presentes. Na

441

Disponível

em:

<[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["22414/93"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"kpdata":\["1996-11-15T00:00:00.0Z"\],"itemid":\["001-58004"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016). Karamjit Singh Chahal e a sua família foram detidos e aguardavam deportação. Chahal era líder na comunidade Sikh, e foi detido em Outubro de 1985, à luz do *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984* (PTA), suspeito de conspirar o assassinato de Rajiv Gandhi, o Primeiro-ministro da Índia, sendo posteriormente acusado de variadas atividades criminais. Em 1990, o Home Secretary decidiu que Chahal devia ser expulso, já que a sua presença no Reino Unido não se compaginava com a segurança nacional e o bem geral. Chahal receava que, se fosse expulso para a Índia, seria perseguido e sujeito a tortura, pelo que este pediu asilo – porém, tal foi-lhe recusado em 1991.

⁴⁴² Note-se que a expulsão é distinta do afastamento coercivo: a primeira é uma pena acessória, que “pode ser aplicada ao cidadão estrangeiro não residente no País, condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão efetiva ou em pena de multa em alternativa à pena de prisão superior a seis meses” (art. 151.º da Lei n.º 23/2007 de 04 de Julho); a segunda é, segundo o art. 3.º/i) do mesmo diploma, “o ato administrativo que declara a situação irregular de um nacional de país terceiro e determina a respetiva saída do território nacional” – Disponível em:

<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=afastamento+coercivo&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=920&tabela=leis> (Acesso: 01/07/2016).

443

Disponível

em:

<[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["22414/93"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"kpdata":\["1996-11-15T00:00:00.0Z"\],"itemid":\["001-58004"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016).

realidade, sete dos dezanove juízes⁴⁴⁴ acreditam que o art. 3.º da CEDH é aberto à possibilidade de balançar interesses⁴⁴⁵.

Paralelo às derradeiras considerações, o *caso Ramzy c. Holanda*⁴⁴⁶ possui uma factualidade próxima ao anterior: tendo pedido várias vezes asilo na Holanda, Mohammed Ramzy alegava que, se fosse expulso para a Argélia, teria forte possibilidade de ser sujeito a tratamentos contrários ao estabelecido no art. 3.º da CEDH. Na decisão de admissibilidade, os governos de Lituânia, Portugal e Eslováquia observaram que, no *caso Chahal*, a confirmação do carácter absoluto da tortura conferiu tal rigidez ao princípio, que os Estados tiveram dificuldade em reforçar as suas medidas de expulsão. Os mencionados intervenientes são da opinião de que, face às atuais ameaças de terrorismo, a perspectiva do *caso Chahal* deverá ser alterado e clarificado: o perigo representado pelo indivíduo e a probabilidade deste ser sujeito a tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH devem ser fatores a serem tidos em conta – o que parece ceder à tentação de relativizar a norma do art. 3.º da CEDH⁴⁴⁷.

A despeito de termos pugnado pela proibição categórica da tortura, preocupa-nos as reflexões do *caso Ramzy c. Holanda*, que induzem a crer que a proibição absoluta não é, na verdade, tão irrefutável quanto aparenta. Somos tentados a concluir o presente estudo com uma interdição de qualquer balanço de interesses, no sentido de conservar as considerações do *caso Chahal*. Todavia, não será este o caminho que seguiremos. A essência das nossas últimas considerações perpassa pela inconclusividade: não existe nenhuma solução definitiva. Não se olvida, todavia, que caso revejam o *caso Chahal*, no sentido de acolher as considerações do *caso Ramzy*, e expulsem um indivíduo para um Estado que o sujeite a tratamentos violadores do art. 3.º da CEDH, esse Estado, por estar vinculado à CEDH, estará a infringir o preceito mencionado e será responsável por violar as suas obrigações.

⁴⁴⁴ Os juízes Gölcüklü, Matscher, Sir John Freeland, Baka, Misfud Bonici, Gotchev e Levits discordam da maioria dos juízes, afirmando que, no caso de Chahal ser expulso, não existe nenhuma violação ao art. 3.º da CEDH (§ 2) - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["22414/93"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"kupdate":\["1996-11-15T00:00:00.0Z"\],"itemid":\["001-58004"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016).

⁴⁴⁵ VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *op. Cit.*, p. 128.

⁴⁴⁶ O TEDH decidiu, unanimemente, na exclusão do caso em 2010, na medida em que ninguém conhecia do paradeiro de Ramzy, e este recusava-se a falar diretamente com os seus representantes, o que demonstrava que perdeu o interesse no caso - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25424/05"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"DECISIONS":\["001-100032"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016).

⁴⁴⁷ Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25424/05"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"DECISIONS":\["001-87025"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016), § 125-130.

Considerações Finais

A possibilidade de, mais uma vez, empregar a tortura ressurgiu, desta vez com maior vigor. Inexistindo quaisquer dúvidas quanto à ameaça apresentada pelo Terrorismo às sociedades modernas, e da incapacidade dos Estados de reagir adequadamente ao medo plantado entre nós, a solução da tortura parece ser mais sedutora que nunca. O diálogo, que ganhou novo fôlego, flui no sentido de legitimá-la, de acolhê-la entre nós, estimulando leituras simplesmente ilusórias dos diversos diplomas concernentes ao tema.

Esta ficção incentivou, da nossa parte, uma apreciação mais detida do texto: apercebendo-nos da significância que o seu conceito representava neste terreno, acolhemos a sua definição como o nosso ponto de partida. Visitámos os elementos constitutivos da sua definição (subjetivo, objetivo e teleológico), e testemunhamos a relevância em adoptar o conceito mais amplo possível a fim de expandir, ao extremo, a proibição categórica da tortura, mesmo em casos excepcionais.

No entanto, a sua compreensão espelhava grandes obstáculos visto que não era possível obter um consenso quanto ao seu sentido. A fim de completar o seu conteúdo, enveredamos por uma distinção entre a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, cujo rumo cruzou com os *casos Grego, Irlanda c. Reino Unido e Tyrer*. Na conjugação destes, nasceram dois critérios fundamentais na avaliação de um ato como tortura: a da intensidade e a da apreciação relativa. Desta complementaridade não significa, à partida, que herdamos um conceito digno de ciência exata – muito pelo contrário, já que, sobretudo no segundo, se denota a seriedade em averiguar os atos em cada caso concreto.

A despeito da imperatividade em discriminar devidamente os conceitos, não será esta distinção que abrirá uma permissão aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Não pode dela brotar uma licença de maus-tratos no seio dos interrogatórios. Se bem observarmos os diplomas concernentes à tortura, verificamos que a distinção é raramente mencionada, preferindo-se antes uma proibição geral, que os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes comungam com a tortura. Contudo, desponta da CONUCT uma dúvida mirabolante: uma vez que apenas o seu art. 2.º/2 proíbe absolutamente a tortura, simbolizará, então, uma brecha para o uso de atos cruéis, degradantes ou desumanos em situações limite? Evidentemente que não – na nossa concepção, o art. 16.º/2 da CONUCT

alarga o âmbito da proibição categórica dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, cujo impedimento nos é fornecido pela letra dos demais diplomas.

Gravado na memória o carácter irrefutável da proibição da tortura, seríamos induzidos a confiar de que se obstruíram todas as vias para a sua permissão. O nosso optimismo despenhou-se quando nos deparámos com a teimosia constante dos diversos modelos legitimantes da tortura. A sua atração foi quase fatal: dizemos “quase” pois que, embora deslumbrantes, possuíam sempre um *je ne sais pas quoi*, porventura o nosso intuito, que nos acautelava dos perigos que se escondiam atrás de si.

Inaugurámos as nossas apreciações com o modelo de Landau que, alicerçado no Código Penal israelita, se fiou na possibilidade de exclusão de responsabilidade dos agentes quando estes atuassem em estado de necessidade. Esta primeira aproximação ao problema mereceu pesadas críticas na medida em que se apagou o carácter excepcional da tortura, sendo até utilizado à exaustão. O modelo foi igualmente desdenhado pelo Supremo Tribunal de Israel que, ao invés de o extinguir, favoreceu antes o seu desenvolvimento ao ponto de o converter numa causa de desculpa, segundo um sector da doutrina.

Encaminhámo-nos seguidamente ao *Torture Warrant* de ALAN DERSHOWITZ, em muito similar com as ordens judiciais. Contudo, o modelo tombou tal como o de Israel: não existem provas da sua efetividade, acautelando melhor os direitos dos membros do Governo do que das vítimas da tortura, além de que não conserva a excepcionalidade que tanto se quer conferir à tortura.

Agarrámo-nos posteriormente ao *War on Terror* norte-americano que partilha de algumas características com o Direito Penal do Inimigo, no concernente à classificação, de alguns sujeitos como *High-Value Detainees*, que removeria os seus direitos, tanto nacionais como internacionais. Esta solução pecaria pelos mesmos argumentos traçados para o Direito Penal do Inimigo, mormente pelo facto de que ao desconsiderar a pessoa humana, relegando os direitos fundamentais do indivíduo para segundo plano, atrás da segurança, estaria corrompido pela sua inconstitucionalidade. Não é, porém, este o único aspecto digno do nosso reparo: o Presidente possui o *Commander-in-Chief Power*, cujo significado reside em que este poderá ordenar a condução de interrogatórios a “inimigos” – óptica por nós refutada, na medida em que, tal como mencionámos no tocante aos “inimigos”, a segurança não poderá anteceder os direitos fundamentais do cidadão, mesmo que o poder do Presidente radique da própria Constituição americana. Por outras palavras,

mesmo que o que defendemos não esteja referido expressamente na Constituição, não poderá ser descartado, face ao poder do Presidente que, na realidade, deverá atuar em prol desses mesmos direitos fundamentais.

Por último, convivemos com a lógica utilitarista, sugestão que será, porventura, a mais robusta, que esgrima no sentido de que a dignidade humana (do terrorista) será inferior à vida. Apesar disto, esta lógica não poderá ser adoptada, especialmente porque a vida humana e a dignidade da pessoa jamais poderão ser equacionadas. A dignidade, possuindo valor próprio, não poderá ser pesada nem extinguida pelo comportamento do agente. Perante valores imponderáveis, todo o argumento utilitarista equivalerá a uma mera falácia. Próximo ao consequencialismo, opinámos ainda sobre a tortura amparada na ideia de legítima defesa – também esta premissa sucumbe quando analisada ao pormenor. Além de não se verificarem todos os requisitos da mencionada figura, a tortura transcende o espírito da legítima defesa, visto que converte o corpo do torturado em mero objecto. É, pois, razão para se afirmar que a dignidade humana é a barreira última, que repele todas as soluções que pugnam pela licitude da tortura.

Consequentemente, e uma vez que sufragamos da ideia de que a ilicitude da tortura deve ser conservada, a questão última que se nos impõe é se, nos casos de bomba-relógio, onde reina uma forte pressão sobre o agente, se este poderá ver a sua responsabilidade penal afastada, em virtude de não poder ter atuado de outra forma. Trata-se de uma questão de inexigibilidade, que vislumbramos como própria da categoria da culpa, ainda que não seja uma questão pacífica.

Procedendo da inexigibilidade como causa de exclusão de culpa, e dado que o nosso foco incidia sobre a profunda pressão anímico-espiritual, originada pela escolha entre dois males, arrastando o agente para a prática do ato ilícito, a inexigibilidade de outra conduta decorrerá, no nosso entender, do estado de necessidade desculpante – contrariamente ao defendido por parte da doutrina, mormente por AUGUSTO SILVA DIAS, que preferia que o caso fosse abarcado pelo excesso de legítima defesa.

Desta forma, avançámos para a avaliação dos diversos pressupostos da referida figura, e embora possamos confiar que se verificam alguns deles, as dúvidas germinavam de outros, assentando no nosso espírito que o carácter dúbio era indicativo de que o estado de necessidade desculpante não era de se aplicar. Sem nos infiltrarmos novamente nesse estudo, um dos requisitos mais conflituosos residia na expressão “perigo atual e não

removível de outro modo” (sobretudo esta segunda parte). Pretendendo tornar o nosso pensamento mais perceptível, diríamos que o grande problema reside em que com a tortura não haveria proporcionalidade dos meios, além de que existem sempre meios alternativos, o que converteria o estado de necessidade desculpante numa promessa vã para ações indesculpáveis.

Uma vez que não se verificam todos os pressupostos para a desresponsabilização do agente através do estado de necessidade desculpante, uma ulterior possibilidade de o isentar de pena cruzar-se-á com um ponto de interrogação há muito colocado pela doutrina portuguesa. A questão foi anteriormente retratada no Projeto da Parte Geral do Código Penal, no seu art. 45.º, que se referia à inexigibilidade como uma cláusula geral de exclusão de culpa. O espírito deste preceito não foi recebido no nosso Código Penal, assim promovendo a ideia de que não obstante inexistir semelhante expressão codificada, se poderemos ler para além do consagrado, no sentido de admitir que um “homem do tipo médio”, colocado nas mesmas condições, teria atuado da mesma forma. O pensamento insistente de FARIA COSTA, favorecedor da realização do valor da justiça, foi-nos particularmente comovente; porém, esta posição encontrou fortes opositores que pugnaram pela necessidade em tipificar, na lei, todos os possíveis (e relevantes) casos de inexigibilidade, em nome de uma maior segurança jurídica. Mais uma vez, FARIA COSTA mostra-se receoso, visto que vislumbra a necessidade de colocar, em primeiro plano, a justiça, face à segurança (meramente formal).

A clareza desta reflexão não pode, contudo, ser adaptada para casos de tortura. Contra esta afirmação assinalamos, a título de exemplo, os argumentos de AUGUSTO SILVA DIAS, que admitia a possibilidade de se construírem novos tipos desculpantes (alicerçados em figuras pré-codificadas). Vacilamos nestes considerandos, porquanto se retira o sentido à proibição absoluta da tortura. Tal como sucede com a justificação, a desculpa pretende contornar as regras enunciadas, e abrir exceções a atos, tornando-os toleráveis no ordenamento jurídico – quando na realidade não o são.

Se a justificação da tortura é insuportável, na medida em que afirma a conformidade da conduta com a lei, a desculpa pecará simultaneamente por expressar indulgência para com aquela ação. A desculpa, independentemente de se fundar num concreto tipo desculpante ou no chamado princípio geral de inexigibilidade, flexibilizará as

regras que interditavam o uso da tortura – convertendo a dicotomia liberdade e segurança num monopólio desta última.

Admitindo a desculpa em certos casos, as regras tornar-se-iam plásticas, facilmente maleáveis pelo seu agente e, brevemente, extinguiriam as proibições existentes no tangente à tortura. Se permitirmos tamanha elasticidade da lei, moldável segundo a vontade do agente, não haverá um justo equilíbrio entre a liberdade e a segurança; a segurança teria tamanho peso, que apagar-se-ia, quase integralmente, a liberdade.

A despeito dos nossos esforços em minimizar a margem de manobra para leituras divergentes dos artigos relativos à tortura, somos forçados a admitir que alguns casos recentes que atravessaram o caminho do TEDH se traduziram numa onda “proporcionalista” que converteu a proibição absoluta numa hipérbole. Fruto de uma leitura mais detida do *caso Soering*, deparámo-nos com um balanço de interesses, que confere sentido à indagação preocupada “une norme relativement absolue ou absolument relative?”. O *caso Chahal* veio a tranquilizar-nos, sendo logo de seguida abalado pelo recente *caso Ramzy*, cuja decisão de admissibilidade retomou o sentido do *caso Soering*, pugnano pela intervenção do princípio da proporcionalidade na proibição da tortura, reiniciando o velho jogo de interesses.

Porventura o lema *Inter arma enim silent leges* expressa o sentimento preponderante da atualidade: temos de ganhar a guerra; temos de esgrimir pelos valores da nossa sociedade; temos de fazer tudo ao nosso alcance para preservar o nosso modo de viver. E nenhuma lei poderá constituir entrave. E a tortura será permissível em “tempos de guerra”. Triunfo do Direito, ou prenúncio de uma nova tempestade?

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário ao art. 243.º», In: *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora
- ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de, *Os crimes contra a humanidade no actual Direito Internacional Penal*, Almedina, 2009
- AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal: Respuestas en situaciones de emergencia*, Atelier Libros Jurídicos
- _____, «May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?», In: *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008) - Disponível em: <[http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20\(2008\),%20261.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20(2008),%20261.pdf)> (Acesso: 11/11/2015), pp. 285 e 286
- ANGLÍ, Mariona Llobet, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?» - Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226143/307716>> (Acesso: 11/10/2015), pp. 1-44
- ANTUNES, Maria João, «Comentário ao Art. 243.º do CP», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II (artigos 202.º a 307.º), Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 1999
- _____, «Comentário ao Art. 244.º do CP», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II (artigos 202.º a 307.º), Dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora, 1999
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Tercera reimpresión, Editorial Temis S.A.
- _____, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición totalmente renovada y ampliada, Editorial Hammurabi SRL.
- BAGARIC, Mirko, CLARKE, Julie, *When the unthinkable is morally permissible*, State University of New York Press
- BASSIOUNI, M. Cherif, «An appraisal of Torture in International Law and Practice: the need for an international convention for the prevention and suppression of Torture», In:

Révue Internationale de Droit Pénal, 45.º année, 3.º et 4.º trimestres, 1977, n.º 3 et 4, n.º spécial consacré aux travaux du Comité International des Experts sur la torture, pp. 23-114

BECCARIA, Cesare, *Dos Delitos e das Penas*, tradução de: Costa, José de Faria; Revista por: VINGIANO, Primola, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian

BECK, Ulrich, *La sociedad del Riesgo Global*, trad: REY, Jesús Alborés, Siglo Veintiuno de España Editores, 2002

BENVENISTI, Eyal, «The Role of National Courts in Preventing Torture of Suspected Terrorists», In: *European Journal of International Law*, vol. 8, 1997, pp. 596-612

BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra Editora, 2006

BRAUM, Stefan, «Are we heading towards a European form of ‘enemy criminal law’? On the compatibility of Jakob’s conception of ‘an enemy criminal law’ and European criminal law», In: *EU counter-terrorism offences: What impact on national legislation and case-law?*, editado por: GALLI, Francesca, WEYEMBERGH, Anne, Institut d’études européennes, Éditions de l’université de Bruxelles, pp. 237-250

BRECHER, Robert, «No: Why Torture is wrong», In: *Contemporary Debates on Terrorism*, editado por: JACKSON, Richard e SINCLAIR, Samuel Justin, Routledge, pp. 159-165

BUSATO, Paulo César, «Quem é o inimigo, quem é você?», In: *Revista Brasileira de Ciência Criminal*, n.º 66, 2007, pp. 315-367

CAEIRO, Pedro, «Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado ‘direito penal do inimigo’ e a sua incidência na investigação criminal», In: *III Congresso de Investigação Criminal. Investigação Criminal – Novas Perspectivas e Desafios*, Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária.

Disponível

em:

<<http://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2015%20Direito%20Penal%20do%20Inimigo.pdf>>

(Acesso: 03/04/2016), pp. 125-136

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I (arts. 1.º a 107.º), 4ª edição Revista, Coimbra Editora

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, 14ª Reimpressão, Almedina

- CARVALHO, Américo Taipa de, «Comentário ao artigo 154.º», In: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I (artigos 131.º a 201.º), 2ª edição, dirigido por DIAS, Jorge de Figueiredo, Coimbra Editora
- _____, *Direito Penal, parte geral, teoria geral do crime, vol. II*, Publicações Universidade Católica, 2004.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2ª edição, Oxford University Press
- _____, «Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment», In: *The European System for the Protection of Human Rights*, ed: MACDONALD, R. St. J., MATSCHER, F., PETZOLD, H., Martinus Nijhoff Publishers, pp. 225-262
- CONDE, Francisco Muñoz, «Le droit pénal international est-il un “droit pénal de l’ennemi”?», In: *Révue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, n.º 1 (2009), pp. 23-40
- CORREIA, Eduardo, Código Penal. Projecto da Parte Geral, 1963
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, vol. I, com a colaboração de DIAS, Figueiredo, Reimpressão, Almedina, 2007
- _____, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, 2ª reimpressão, Livraria Almedina, colecção teses, 1996
- COSTA, José de Faria, «O Fim da Vida e o Direito Penal», In: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organização: ANDRADE, Manuel da Costa, COSTA, José de Faria, RODRIGUES, Anabela Miranda, ANTUNES, Maria João, Coimbra Editora, 2003, pp. 759-807
- _____, «A Tortura Preventiva: Breve cogitatio à luz do pensamento de Beccaria», com a colaboração de MOURA, Bruno de Oliveira, In: *Beccaria e o Direito Penal: três estudos*, Coimbra Editora, 2015, pp. 53-73
- _____, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta uris poenalis)*, 4ª edição, Coimbra Editora
- _____, «Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da liberdade e da segurança)», In: *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1, n.º 1, 1º Semestre de 2006, pp. 293-305
- COSTA, Nuno Dias, «Direito Penal do Inimigo – Inimigo do Direito Penal?», *Revista Portuguesa de ciência criminal*, ano 18, n.º 4 (2008), pp. 415-445

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Vida Contra vida: conflitos existenciais e limites do Direito Penal*, Coimbra Editora, 2009
- _____, «Uso da Tortura e impedimento de actos terroristas», In: *Multiculturalismo e Direito Penal*, organizadores: BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Almedina, 2012, pp. 33-57
- DERSHOWITZ, Alan M., «Is it necessary to apply “physical pressure” to terrorists – and to lie about it?», In: *Israel Law Review*, volume 23, 1989, pp. 192-200
- _____, *Why Terrorism works*, Yale University Press, 2002
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora
- DIAS, Augusto Silva, «Torturando o Inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Coimbra Editora, 2009, pp. 207-254
- DORF, Michael C., «Renouncing Torture», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, pp. 247-253
- DRATEL, Joshua, «The Curious Debate», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, pp. 111-117
- DUFF, R. A., «Criminal Responsibility and the Emotions: if fear and anger can exculpate, why not compassion?», Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/0020174X.2015.986855>> , (Acesso: 24/11/2015), pp. 189-219
- DURÁN, Manuel Carrasco, «Medidas Antiterroristas y constitución tras el 11 de Septiembre de 2001», In: *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, dir: ROYO, Javier Pérez, coord: DURÁN, Manuel Carrasco, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2010, pp. 13-56
- ENGISCH, Karl, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho Penal*, traduzido por: DALBORA, José Luis Guzmán, editorial B de f, Julio César Faira Editor
- ESER, Albin, BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal: Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, traduzido por: BACIGALUPO, Silvina e MELIÁ, Manuel Cancio, supervisionado por BACIGALUPO, Enrique

- EVANS, Malcolm D., MORGAN, Rod, *Preventing Torture. A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Oxford University Press, 2001
- FELLER, S. Z., «Not actual ‘necessity’ but possible ‘justification’, not ‘moderate’ pressure, but either ‘unlimited’ or ‘none at all’», In: *Israel Law Review*, vol. 23, n.º 2 e 3, 1989, pp. 201-215
- FERREIRA, Amadeu, *Homicídio Privilegiado (reflexões sobre a compreensibilidade da emoção violenta, à luz da jurisprudência posterior à entrada em vigor do Código Penal de 1982)*, 3ª reimpressão da edição de 1991, Almedina
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, vol. I (A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982)*, Almedina
- FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamento do direito natural : segundo os princípios da doutrina da ciência*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000
- FORST, Brian, *Terrorism, Crime, and Public Policy*, Cambridge University Press
- FRANK, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, Reimpressão, Editorial B de f, Julio César Faira Editor, 2002
- GAETA, Paola, «May necessity be available as a defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?», In: *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pp. 785-794
- GINBAR, Yuval, *Why not Torture Terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the ‘Ticking Bomb’ Justification for Torture*, Oxford University Press
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18ª edição, 2007, Almedina
- GRECO, Luís, «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs» - Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf> (Acesso: 11/10/2015), pp. 2-28
- GROSS, Oren, «Are Torture Warrants warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience», In: *Minnesota Law Review*, volume 88, number 6, June 2004, pp. 1481-1551

- GUR-ARYE, Miriam, «Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience», In: *Torture: a collection*, editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, pp. 183-198
- HENKEL, Heinrich, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, editorial B de f
- HIRSCH, Hans Joachim, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, tradução de MELIÁ, Manuel Cancio, Universidad de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
- HOBBS, Thomas, *Leviathan* - Disponível em: <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/748/leviathan.pdf> (Acesso: 03/12/2015)
- HRUSCHKA, Joachim, «Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant», In: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 57, 2004, pp. 5-17
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal del enemigo*, Cuaderno Civitas, 2003, pp. 21-56
- _____, *Estudios de Derecho Penal*, tradução: RAMOS, Enrique Peñaranda, GONZÁLEZ, Carlos J. Suárez, MELIÁ, Manuel Cancio. UAM Ediciones, Editorial Civitas, S. A.
- _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, tradução de: MELIÁ, Manuel Cancio, SÁNCHEZ, Bernardo Feijóo, Thomson Civitas, Cuaderno Civitas, 2003
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tradução de CARDENETE, Miguel Olmedo, 2002
- KANT, Immanuel, *A Paz perpétua e outros Opúsculos*, trad. de MORÃO, Artur
- _____, *A Metafísica dos Costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª edição
- KAUFMANN, Armin, *Estudios de Derecho Penal*, editorial B de f, Julio César Faira Editor, 2013
- KREMNITZER, Mordechai, «The Landau Commission Report – Was the Security Service subordinated to the law, or the law to the needs of the security service», In: *Israel Law Review*, vol. 23, n.º 2 e 3, 1989, pp. 216-279

- LUBAN, David, «Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb», In: *The Torture Debate in America*, editado por: GREENBERG, Karen J, Cambridge University Press, pp. 35-83
- LAURRARI, Elena, «Causas de Justificación: criterios de identificación», In: *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, HASSEMER, Winfried, LAURRARI, Elena, tecnos, pp. 49-119
- MAC CRORIE, Benedita, «A pena de morte como tortura ou tratamento desumano ou degradante», In: *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I, Coordenação: AMARAL, Diogo Freitas do, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, ALMEIDA, Marta Tavares de, Almedina, pp. 195-214
- MARTÍN, Víctor Gómez, «Libertad, seguridad y “sociedad del riesgo”», in: *La Política Criminal en Europa*, directores: PUIG, Santiago Mir, e BIDASOLO, Mirentxu Corcoy, coordinador: MARTÍN, Víctor Gómez, Atelier Penal, pp. 59-90
- MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho Penal, parte general I: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, tradução de: GENZCH, Jorge Bofill, GIBSON, Enrique Aimone, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 1994
- MELIÁ, Manuel Cancio, *¿“Derecho penal” del Enemigo?*, Cuaderno Civitas, 2003, pp. 59-102
- MESA, María José Rodríguez, *Tortura y otros delitos contra la integridade moral cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Comares, 2000
- MILL, John Stuart, *On Liberty*, Batoche Books, Kitchener, 2001 - Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/mill/liberty.pdf> (Acesso: 15/05/2016)
- MIR, José Cerezo, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II: Teoría jurídica del delito*, 6ª edição. Tecnos
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Wolters Kluwer, Coimbra Editora
- _____, «Os direitos fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para outro», In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 44, n.ºs 1 e 2, 2003, pp. 649-662
- MOORE, Michael S., «Torture and the Balance of Evils», In: *Israel Law Review*, volume 23, 1989, pp. 280-344

- MOURA, Bruno, «A propósito da chamada “Tortura Salvadora”: outra “Quebra de Tabu”, agora relativamente à proibição de valoração da prova?», In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 101, 2013, pp. 229-282
- NAGAN, Winston P., ATKINS, Lucie, «The International Law of Torture from Universal Proscription to Effective Application and Enforcement», In: *Harvard Human Rights Journal*, volume 14, Spring 2001, pp. 87-121
- ORDEIG, Enrique Gimbernat, «El Estado de Necesidad: un problema de antijuricidad», In: *Estudios de Derecho Penal*, tecnos
- PALMA, Fernanda, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, Almedina, 2005
- PARRY, John T., «Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad», In: *Torture: a collection*, editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, pp. 145-164
- PEREIRA, Rui Carlos, «Sobre o Crime de Tortura no Código Penal Português», In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, pp. 281-306
- POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian, «Should Coercive Interrogation be legal?», In: *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, n.º 84, 2005, pp. 1-34
- PRITTWITZ, Cornelius, «O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo», in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 47 (2004), pp. 31-45
- ROCHA, Manuel António Lopes, «A Revisão do Código Penal. Soluções de Neocriminalização», In: *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, Vol. I, CEJ, pp. 71-132
- RODRIGUES, Ezequiel Agostinho Maciel, *As lesões contra a vida e contra a integridade física dos cidadãos como consequências do emprego de meios coercivos pela polícia de segurança pública: proporcionalidade da força face à ameaça*, Almedina
- ROSAL, Manuel Cobo del, ANTÓN, Tomás S. Vives, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición corregida, aumentada y actualizada, tirant lo blanch, 1999
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, trad. de BRUM, Leonardo Manuel Pereira, 5ª edição, Publicações Europa-América
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal: parte general*, tomo I, tradução da 2ª edição alemã e notas por PEÑA, Diego-Manuel Luzón, CONLLEDO, Miguel Díaz y García, REMESAL, Javier de Vicente, Civitas

- _____, Strafrecht. Allgemeiner Teil, vol. I, 4ª edição, Verlag C. H. Beck München, 2006
- _____, *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di: MOCCIA, Sergio, Edizioni Scientifiche Italiane
- _____, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 59, 1983, pp. 1-29
- RUDOLPHI, Hans Joachim, «A Consciência da ilicitude potencial como pressuposto da punibilidade no antagonismo entre “culpa” e “prevenção”», In: *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Católica Portuguesa. Volume de Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira*, Volume III, 1987/1988
- SARLET, Ingo Wolfgang, «Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 81, Separata, 2005, pp. 325-387
- SHUE, Henry, «Torture», In: *Torture: a collection*, editado por: LEVINSON, Sanford, Oxford University Press, pp. 47-60
- SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, 2ª edição Revista e Atualizada, Editorial Verbo, 2005
- SIMÕES, Hélia Marques, *A ameaça terrorista e a justificação do recurso a métodos de pressão física face à actual lei penal portuguesa*, Abril de 2010, Coimbra
- SOUSA, Susana Aires de, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra Editora, 1ª edição, 2014
- _____, «Sobre o bem jurídico-penal protegido nos crimes contra a humanidade», In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 83, separata, 2007, pp. 615-637
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*, Tradução de MELIÁ, Manuel Cancio, SANCINETTI, Marcelo A., Thomson Civitas
- STÜMKE, Volker, «Considerations on the currently ongoing torture debate» - Disponível em: <http://www.ksk.edu.ee/wp-content/uploads/2011/03/KVUOA_Toimetised_11-Stumke.pdf> (Acesso: 19/11/2015), pp. 7-42
- SUDRE, Frédéric, «La notion de “Peines et Traitements Inhumains ou Déggradants” dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de L’Homme” », In: *Révue Générale de Droit International Public*, n.º 88, 1984, pp. 825-889

WELZEL, Hans, *Derecho Penal: Parte General*, trad. de BALESTRA, Carlos Fontán, Roque Depalma Editor, 1956

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2001

Jurisprudência:

- Ac. do TRC de 17/01/2013 - Disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e92731370b90021580257b17003cf2d9?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016)
- Ac. do STJ de 18/12/1996 - Disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d13b43f8284257b1802568fc003b3b15?OpenDocument>> (Acesso: 01/03/2016)
- Ac. do STJ de 28/09/2011 - Disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25cd7aa80cc3adb0802579260032dd4a?OpenDocument>> (Acesso : 05/03/2016)
- Caso Akayesu - Disponível em:
<https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html> (Acesso: 20/04/2016)
- Caso Aksoy c. Turquia - Disponível em:
<http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1996_aksoy_vs_turkey.txt> (Acesso: 01/03/2016)
- Caso Barzilai v. Government of Israel - Disponível em:
<<http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/barzilai-v-government-israel-0>> (Acesso: 20/04/2016)
- Caso Bradley v. Fisher - Disponível em:
<<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/80/335>> (Acesso: 07/03/2016)
- Caso Celebici - Disponível em:
<http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf> (Acesso: 20/06/2016)
- Caso Chahal c. Reino Unido - Disponível em:
<[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["22414/93"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"kpdata":\["1996-11-15T00:00:00.0Z",""\],"itemid":\["001-58004"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>
(Acesso: 25/06/2016)
- Caso Chavez v. Martinez - Disponível em:
<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/760/case.html>> (Acesso: 01/03/2016)

- Caso Estrella v. Uruguay - Disponível em: <<https://www1.umn.edu/humanrts/undocs/newscans/74-1980.html>> (Acesso: 21/03/2016)
- Caso Filartiga c. Peña-Irala - Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/67408a74a589868841256497002b02e4/27721c1b47e7ca90c1256d18002a2565?openDocument>> (Acesso: 01/03/2016)
- Caso Gäfgen - Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/webServices/content/pdf/001-99015?TID=thkbhnilzk>> (Acesso: 01/03/2016)
- Caso Grego - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["3321/67"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN"\],"ADVISORYOPINIONS","REPORTS"}> \(Acesso: 20/06/2016\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Caso Irlanda c. Reino Unido - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57506"\]}> \(Acesso: 01/03/2016\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Caso Kröcher e Möller c. Suíça - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74005"\]}> \(Acesso: 02/04/2016\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Caso Kunarac et al - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>> (Acesso: 20/04/2016)
- Caso Kvočka - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/kvočka/tjug/en/kvo-tj011002e.pdf>> (Acesso: 20/06/2016)
- Caso Nafsu, In: “Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity” - Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016)
- Caso Prosecutor c. Anto Furundžija - Disponível em: <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>> (Acesso em: 01/03/2016)
- Caso Public Committee Against Torture in Israel v. The State of Israel et al. - Disponível em: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/terrorism_law.pdf> (Acesso: 15/03/2016)
- Caso Ramzy c. Holanda (Decisão de Admissibilidade) - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25424/05"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS","DECISIONS"\],"itemid":\["001-87025"\]}> \(Acesso: 25/06/2016\)](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

- Caso Ramzy c. Holanda - Disponível em:
 <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25424/05"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS","DECISIONS"\],"itemid":\["001-100032"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> (Acesso: 25/06/2016)
- Caso Rochin c. Califórnia - Disponível em:
 <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/165/case.html>> (Acesso: 01/03/2016)
- caso Selmouni c. França - Disponível em:
 <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["25803/94"\],"itemid":\["001-58287"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>
 (Acesso: 01/03/2016)
- Caso Shin Bet (1984), referido por WEITZ, Gidi, Newly released papers reveal how Shin Bet tried to hide 'Bus 300' Killings, disponível em: <<http://www.haaretz.com/newly-released-papers-reveal-how-shin-bet-tried-to-hide-bus-300-killings-1.386889>> (Acesso: 20/04/2016)
- Caso Soering c. Reino Unido - Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{"itemid":\["001-57619"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619&v=1392752313000#{)> (Acesso: 02/04/2016)
- Caso Stump v. Sparkman, disponível em: <<http://federal-circuits.vlex.com/vid/kay-sparkman-ora-mcfarlin-36848536>> (Acesso: 07/03/2016)
- Caso Tomasi c. França - Disponível em:
 <www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_1992_tomasi_vs_france.doc> (Acesso: 20/03/2016)
- Caso Tyrer - Disponível em:
 <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["803330"\],"itemid":\["001-73487"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>
 (Acesso: 20/06/2016).

Referências electrónicas:

- Art. 2.º, secção 2 da Constituição dos EUA – Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/constitution/articleii#section2>> (Acesso: 01/05/2016)
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:it:PDF>> (Acesso: 01/02/2016)
- Código Penal Português de 1852 - Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>> (Acesso: 07/06/2016)
- Código Penal israelita de 1977 - Disponível em: <<https://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/0/0856c487b21c4624c12575ae00429052/%24FILE/Penal%2520Law%2520of%2520Israel,%25201977.PDF+%&cd=2&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>> (Acesso: 20/03/2016)
- Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity - Disponível em: <http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf> (Acesso: 20/03/2016)
- Consideration of Reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture* - Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhhshvVcmWTul6%2fu%2bw19YGTvqAeD4pL34HQG56eSfmxfjZgNtaaes%2fp7FYamfAD3QsSFIDWreYepTGYxCCHZpmeOZeTuxTis%2bd6fVG6GBCgpzbsS>> (Acesso: 27/03/2016)
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>> (Acesso: 01/02/2016)
- Convenções de Genebra - Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>> (Acesso: 01/02/2016)
- Convenção Interamericana - Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>> (Acesso: 01/02/2016)
- Convenção da ONU contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes - Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html>> (Acesso: 01/02/2016)

Declaração Universal dos Direitos Humanos - Disponível em:
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidhdudh.html>> (Acesso: 01/02/2016)

Eighth Amendment - Disponível em:
<https://www.law.cornell.edu/constitution/eighth_amendment> (Acesso: 01/05/2016)

Estatuto do Tribunal Penal Internacional - Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>> (Acesso: 01/02/2016)

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Jugoslávia - Disponível em:
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>> (Acesso: 20/04/2016)

Estatuto do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda - Disponível em:
<<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tij-estatuto-ruanda.html>> (Acesso: 20/04/2016)

Human Rights Committee, General Comment 20, Article 7 (Forty-fourth session, 1992), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 30 (1994) - Disponível em:
<<https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom20.htm>> (Acesso: 27/03/2016)

Interpretação do art. 2.º, secção 2 da Constituição dos EUA - Disponível em:
<https://www.law.cornell.edu/wex/commander_in_chief_powers> (Acesso: 01/05/2016)

Lei Básica de Israel (*Basic Law: The Government: 1992*) - Disponível em:
<https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic7_eng.htm> (Acesso: 15/03/2016)

Memorandum de 2002 - Disponível em: <<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>> (Acesso: 15/03/2016)

Memorandum de 2004 - Disponível em:
<<https://www.aclu.org/files/torturefoia/released/082409/olcremand/2004olc96.pdf>>
(Acesso: 04/04/2016)

Memorandum de 2009 - Disponível em:
<<https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2009/03/09/memostatusolcopinions01152009.pdf>> (Acesso: 01/05/2016)

- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - Disponível em:
 <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>> (Acesso: 01/02/2016)
- Protocolo adicional I da Convenção de Genebra – Disponível em:
 <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-I-conv-genebra-12-08-1949.html>> (Protocolo I) (Acesso: 01/02/2016)
- Protocolo adicional II da Convenção de Genebra – Disponível em:
 <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-II-conv-genebra-12-08-1949.html>> (Acesso: 01/02/2016)
- Protocolo n.º 11 da CEDH – Disponível em:
 <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/155>>
 (Acesso: 01/03/2016)
- Resolução 3452 - Disponível em:
 <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/DeclarationTorture.aspx>>
 (Acesso em: 01/03/2016)
- Special Rapporteur* (UN DOC. A/56/156) (“Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”) – Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a56156.pdf>> (Acesso: 20/03/2016)
- Statement on United Nations International Day in Support of Victims of Torture*, In: Weekly Compilation of Presidential Documents, volume 40, Number 47, 5 de Julho de 2004 - Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/WCPD-2004-07-05/html/WCPD-2004-07-05-Pg1167.htm>> (Acesso: 04/04/2016)
- StGB, §239 - Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/StGB/239.html>> (Acesso: 02/06/2016)
- United Nation’s Code of Conduct for Law Enforcement Officials* - Disponível em:
 <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/LawEnforcementOfficials.aspx>>
 (Acesso em: 20/03/2016)