Situações de emergência e Direitos Humanos: o uso da tortura por Estados Democráticos

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS[1]
Procurador Regional da República

Introdução

A contemporânea "era dos direitos", na feliz expressão de Bobbio (1992), é caracterizada pela crescente adesão de Estados a tratados de direitos humanos, em uma escalada exponencial de criação de direitos, inclusive pela via da interpretação por parte de órgãos internacionais.

Em face dessa expansão de direitos, foi inevitável a constatação de choques entre direitos, quer entre direitos individuais, quer entre direitos difusos, ou mesmo entre direitos individuais de um lado e direitos difusos de outro. A solução tradicional para tais choques seria a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo. Ocorre que esse princípio da norma mais favorável ao indivíduo (princípio *pro homine*) é inaplicável nesses choques, uma vez que tais colisões comumente se realizam entre direitos cujos titulares são indivíduos distintos ou mesmo entre direitos individuais e direitos difusos de uma comunidade. Concluo, então, que estamos na "era dos *conflitos* dos direitos".

Resta saber, então, quando é legítimo impor limites e restrições aos direitos humanos, especialmente com foco nas chamadas situações de emergência nas quais o Estado de Direito pode restringir direitos para sobreviver. Este artigo visa estudar as restrições e os limites aos direitos humanos, analisando, como caso exemplificativo, a "ideologia liberal da tortura" que retrata o uso da tortura por Estados Democráticos, em especial no combate ao terrorismo.

1. As restrições aos direitos humanos

A restrição a direitos humanos é realizada por meio de lei ou por meio de interpretação judicial que decide o conflito entre direitos em colisão (CARVALHO RAMOS, 2014, p. 136 e ss.). A *restrição em sentido amplo* de um direito consiste em ação ou omissão do Estado, que *elimina, reduz, comprime* ou *dificulta* de alguma maneira o exercício de direito fundamental pelo seu titular, ou ainda enfraquece os *deveres de proteção* que dele resultam ao Estado, afetando negativamente o exercício desse direito por seu titular (NOVAIS, 2003, p. 247).

Em *sentido estrito*, a restrição a um direito consiste em *intervenções legislativas* que fo-

1 Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional (USP).

ram autorizadas pela Constituição para limitar determinado direito, desde que respeitados a proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos humanos. São as chamadas *restrições legais* aos direitos humanos.

Em relação às restrições legais, a Constituição de 1988 traz dois tipos claros de restrições permitidas: a restrição ou reserva legal *simples* e a restrição ou reserva legal *qualificada*.

A *reserva legal simples* consiste na *autorização dada pela Constituição a edição posterior de lei que adote determinada restrição a direito fundamental*. Basta a leitura da Constituição para encontrarmos vários casos de reserva de lei simples na seara dos direitos humanos, como nos seguintes incisos do art. 5º:

> [...]
> VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> VII – é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
> [...]
> XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
> [...]
> XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, *nos termos da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
> [...]
> LVIII – o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses *previstas em lei*[2].

A terminologia varia: "na forma da lei"; "nos termos da lei"; "previstas em lei", entre outras, mas com uma característica comum: a Constituição não fixa previamente os requisitos, condições ou parâmetros da lei a ser editada pelo legislador.

Por sua vez, a restrição ou reserva legal qualificada é aquela em que a Constituição, além de estabelecer a reserva de lei, estipula os requisitos e as condições que a lei necessariamente deve observar. O art. 5º, XIII, que trata da liberdade do exercício profissional, estabelece ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Entretanto, toda reserva legal de um direito fundamental é, na verdade, uma "reserva legal proporcional", ou seja, deve a lei que impôs a restrição ser aprovada pelo crivo da proporcionalidade[3].

---

2 Conforme consta do voto do min. Gilmar Mendes no HC 82.424, rel. p/ o ac. min. presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17.9.2003, Plenário, *DJ* de 19 mar. 2004. Também ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297.

3 Voto do min. Gilmar Mendes no ADI 855, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6.3.2008, Plenário, *DJE* de 27 mar. 2009 [grifo nosso].

2. Os direitos sem reserva expressa: a reserva legal subsidiária e a "reserva geral de ponderação"

Há ainda direitos previstos na Constituição sem qualquer menção à lei restritiva. Mesmo assim, tais direitos *estão* sujeitos a uma *reserva legal subsidiária*, podendo o legislador regular esse direito em face dos demais valores constitucionais. Claro que a norma legal regulamentadora deverá sobreviver ao teste da proporcionalidade, demonstrando que a eventual limitação a direito previsto sem restrição expressa da Constituição atendeu, de modo proporcional, a realização de outros direitos constitucionais.

O exemplo sempre lembrado é o da regulamentação do sigilo de correspondência pela Lei n. 7.210/1984, que *permite* a violação da correspondência do preso (art. 41, parágrafo único), apesar de o art. 5º, XII, da CF/88 tratar da "inviolabilidade da correspondência" *sem qualquer ressalva* ou permissão de violação "nos termos da lei". A lei foi considerada válida, uma vez que a interceptação da correspondência dos presos foi justificada em nome da preservação do direito à segurança de todos, inclusive dos agentes penitenciários. Nesse sentido, decidiu o STF que:

> [...] a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/1984, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (HC 70.814, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 1º.3.1994, Primeira Turma, *DJ* de 24 jun. 1994).

Além da "reserva legal subsidiária", todos os direitos fundamentais – mesmo sem restrição expressa – submetem-se a uma "reserva geral de ponderação" (NOVAIS, 2003, p. 359), uma vez que esses *dispositivos estão sujeitos à ponderação* com outros valores previstos na Constituição, relacionados a outros direitos fundamentais em colisão.

3. As limitações dos direitos humanos pelas relações especiais de sujeição

Há limitações de direitos humanos que resultam da inserção do titular desses direitos em uma *situação de sujeição* especial do indivíduo perante o Poder Público. Essa sujeição ocorreria em razão do dever de atendimento a determinadas necessidades sociais, que, sem tal sujeição, não teriam como ser atendidas.

O exemplo maior seria o regime jurídico especial dos membros das Forças Armadas, submetidos a *hierarquia e disciplina próprias*, afetando os direitos dos militares, e que seriam indispensáveis para a boa organização castrense. A própria Constituição de 1988 impõe limites expressos aos direitos humanos dos militares, em especial no art. 5º, LXI ("ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente*

militar, definidos em lei"), e ainda no art. 142, *caput* e § 2º ("Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na *hierarquia* e na *disciplina* [...] § 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares").

Esse *atendimento a necessidades sociais diferenciadas* seria o fundamento para determinadas restrições ou mesmo supressões de determinados direitos existentes em situações análogas no seio da sociedade civil. Consequentemente, o regime jurídico dos direitos humanos de *militares, funcionários públicos, sentenciados, estudantes* e *internos* da *rede escolar pública*, entre outros, seria distinto, e poderiam ser seus direitos menos abrangentes do que os direitos dos demais indivíduos que não estivessem em tal situação.

O princípio da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* é a justificativa da legitimidade de tais restrições a direitos humanos dos submetidos a uma relação especial de sujeição. Contudo, não se justifica, na atualidade, a invocação *sem maior discussão* dessa supremacia do interesse público. Ao contrário, há hoje o critério da *proporcionalidade* que pode orientar a interpretação dos direitos desses indivíduos, no choque com os direitos de terceiros e bens constitucionalmente protegidos. Não cabe apenas invocar o regime de "relação especial de sujeição" para restringir determinado direito: é necessário que tal restrição seja *proporcional* e, com isso, resolva de maneira adequada o conflito entre o direito do indivíduo submetido a tal relação especial de sujeição e os direitos da comunidade. Por exemplo, será que o regime disciplinar das Forças Armadas – com o amesquinhamento do princípio da legalidade e tipicidade, permitindo amplíssima dose de discricionariedade na caracterização e na dosimetria de sanções disciplinares pelo superior hierárquico – é *proporcional* e atende as finalidades em uma sociedade democrática? Do nosso ponto de vista, não basta justificar esse regime (imposto pelo "Estatuto dos Militares", Lei n. 6.880/1980) apenas alegando a "relação especial de sujeição", mas deve ser analisado o conflito entre os direitos dos indivíduos (submetidos a tal poder) e os direitos dos terceiros, que são beneficiados pela existência de uma Força Armada preparada e eficiente.

4. A democracia apta a se defender e a teoria do abuso de direito

A limitação de direitos humanos por meio da *teoria do abuso de direito* é fonte de muitas polêmicas[4]. Esse instituto, originário do direito privado, consiste na proibição do exercício de determinado direito que tenha como objetivo a supressão de outros direitos humanos ou do regime democrático. Essa cláusula consta já da Declaração Universal de Direitos Humanos, que em seu artigo 30 estabelece que nenhum dispositivo da Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito a outrem de realizar atividades *tendentes* a supressão de qualquer outro direito ou liberdade[5].

4 Por todos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

5 Pouco tempo depois, a Lei Fundamental de Bonn estabeleceria que não tem direito à proteção

Assim, percebemos, de início, a polêmica. Não há proteção de direitos humanos para determinadas atividades que tenham como objetivo a destruição de outros direitos ou liberdades, em especial as referentes ao regime democrático. O passado totalitário europeu dos anos 1920 e 1930 (ascensão do nazismo, por meio de eleições na República de Weimar, entre outros) gerou a preocupação de evitar que o regime democrático cometesse suicídio ao proteger (pela liberdade de associação partidária, reunião, expressão etc.) aqueles que querem sua destruição.

O risco é permitir que maiorias decidam que determinadas *ideologias* não possam ser livremente discutidas (e quiçá apoiadas) no seio da arena democrática, pois seriam "antidemocráticas"[6].

Ora, a proteção internacional de direitos humanos visa, precipuamente, garantir direitos básicos aos seres humanos, mesmo contra Constituições ou leis locais. São as minorias que necessitam de proteção de direitos. Esse princípio *contramajoritário*, uma das peças angulares da proteção de direitos humanos, pode ser inócuo caso a teoria do abuso de direito no campo dos direitos humanos seja constantemente invocada (CARVALHO RAMOS, 2015).

A prática da Corte Europeia de Direitos Humanos é valiosa, pois a Convenção Europeia de Direitos Humanos conta com dispositivo similar, a saber, o artigo 17, que estabelece a *proibição do abuso de direito*[7].

Nos primeiros anos de funcionamento do sistema europeu de direitos humanos, a Comissão Europeia manifestou-se, em 1957, sobre a dissolução do Partido Comunista Alemão (KPD) pelo Tribunal Constitucional (BVG) da República Federal da Alemanha em 1956. Dito partido foi dissolvido por ter sido considerada a ideologia marxista-leninista "antidemocrática". Seus bens foram confiscados e proibiu-se a criação de outras associações que o substituíssem. Em sua defesa, o Estado alemão apelou ao artigo 21.2 da Lei Fundamental de Bonn, que permite a dissolução de partidos que atentem contra a ordem constitucional, e ainda ao artigo 17 da Convenção Europeia.

Em plena Guerra Fria, a Comissão Europeia de Direitos Humanos julgou a demanda improcedente[8], considerando ser plenamente compatível com a Convenção esse tipo de restrição à liberdade de associação e expressão. Foi levado em consideração que, embora o Partido Comunista não realizasse atividades reais de destruição do regime democrático (pelo contrário, buscava o poder pelas vias eleitorais), não havia renunciado formalmente à "revolu-

constitucional aquele que abusar de seus direitos para combater o regime democrático (artigo 18).

6 Ver mais em ROVIRA, José Antonio. *El abuso de los derechos fundamentales*. Barcelona: Peninsula, 1983.

7 "Artigo 17º Proibição do abuso de direito. Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção."

8 Não havia ainda o direito de *acesso direto* da vítima à Corte Europeia de Direitos Humanos.

ção bolchevique" ou à "ditadura do proletariado" do ideário comunista.

Assim, a Comissão não distinguiu atos materiais de discursos políticos (como é tradicional na jurisprudência norte-americana sobre liberdade de expressão) e arquivou a demanda. Parte da doutrina criticou duramente essa decisão por considerá-la desproporcional e destruidora do núcleo essencial da liberdade de expressão[9].

Após, no caso *Lawless* contra Irlanda, a Corte Europeia analisou a situação de um trabalhador de Dublin que havia estado preso durante quase seis meses em estabelecimentos militares, suspeito do crime de terrorismo, mas sem ser levado à presença de um juiz. O governo irlandês utilizou em sua defesa a "guerra contra o terrorismo" legitimada pelo artigo 17 da Convenção. Nesse caso, a Comissão Europeia decidiu processar o Estado e a Corte julgou desproporcionais as medidas da Irlanda, pois a violação do devido processo legal em nada auxiliava a luta do Estado contra o IRA.

O raciocínio da Corte foi simples: a teoria do abuso de direito era inaplicável ao caso, pois o Sr. Lawless[10], em teoria, teria abusado da liberdade de expressão e de associação, e o Estado restringiu direito totalmente diverso, o direito ao *devido processo legal*.

Em 1998, a Corte Europeia foi chamada a avaliar a conduta da França, que condenou, por apologia de crime de guerra e colaboração, os responsáveis pela publicação de anúncio pago no jornal *Le Monde*, no qual louvavam e pediam a reabilitação histórica e moral do Marechal Pétain, chefe do governo colaboracionista de Vichy na 2ª Guerra Mundial. O governo francês defendeu-se, alegando que teria existido abuso da liberdade de expressão. A França[11] invocou, então, aplicação do artigo 17 da Convenção, que excluiria os demandantes da proteção do artigo 10, referente à liberdade de expressão[12].

A Corte reconheceu que os fatos narrados se referiam à "página dolorosa" da história francesa, na qual um ex-herói da 1ª Guerra Mundial havia-se transformado em colaborador nazista. Contudo, para que o artigo 17 fosse aplicável, seria necessário que os atos impugnados incitassem ódio, violência ou meios ilegais para destruir os direitos previstos na Convenção, o que não se havia passado. Assim, para a Corte, a interpretação do artigo 17 deve ser estrita, pois as democracias devem tolerar visões díspares da história, sendo *desproporcional* o uso de sanções penais referentes ao crime

9 Ver mais em GARCIA ROCA, Javier. La problematica disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, p. 295 e ss., 2002.

10 O sobrenome da vítima é uma incrível coincidência com os fatos em debate.

11 Como já abordei em obra própria, o Estado responde por atos de seu Poder Judiciário. Ver CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

12 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Lehideux e Isorni vs. França*, julgamento de 23 de setembro de 1998. Saliente-se que, de início, a Corte distinguiu o caso em análise dos chamados "casos de revisionismo", nos quais a negação do holocausto judeu e dos campos de concentração não deveria merecer a proteção do artigo 10, pois a liberdade de expressão não garante a mentira histórica.

de apologia de crime de guerra para punir a conduta em questão[13].

No Caso *Vogt*, por sua vez, a Corte reconheceu que o princípio da "democracia apta a se defender" (*wehrhafte Demokratie*) é acolhido pelo artigo 17 da Convenção, mas é necessário que o Estado prove que suas medidas são coerentes com um juízo completo de proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)[14].

Nos últimos anos, a Corte Europeia avaliou várias dissoluções de partidos fundamentalistas turcos[15]. Em 2003, por decisão unânime de uma Grande Sala (17 juízes), a Corte considerou legítima a dissolução do Partido da Prosperidade (*Refah Partisi*) da Turquia por ser fundamentalista islâmico e, com isso, atentar contra os fundamentos da República *laica* turca[16]. É interessante observar que a Corte praticamente não cita o artigo 17 (invocado pelo Governo turco) e se apoia nos limites do artigo 11 (liberdade de reunião e associação), que não pode ser invocado por aqueles que não defendem a separação da Igreja e do Estado[17], tida como essencial para a garantia dos direitos humanos[18].

Esse julgamento reacendeu a polêmica da democracia militante e da visão *pro futuro* da eventual ameaça ao regime democrático. É certo que a teoria do abuso de direitos aplicada ao pluralismo político deve sofrer escrutínio estrito e ser considerada uma intervenção gravíssima nos direitos fundamentais, a ser justificada em poucas ocasiões, quiçá quando o partido for mera camuflagem de uma associação armada. Nem é preciso dizer que a dissolução de partidos políticos representativos de parcela da população frustra toda a espe-

13 Cabe salientar que a decisão do caso "Pétain" não foi unânime.

14 Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Vogt vs. RFA*, julgamento de 23 de setembro de 1995, Série A, n. 323.

15 Vide os casos do Partido Comunista Unificado (TKBP), do Partido Socialista (SP), do Partido da Liberdade e Democracia (OZDEP), do Partido do Trabalho do Povo (HEP), todos contra a Turquia. A linha de defesa do governo turco em todos eles foi a luta contra o terrorismo curdo e o fundamentalismo islâmico. Conferir em ALLUÉ BUIZA, Alfredo. Pluralismo político en Turquia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Europeos*, n. 34, p. 131-153, 2003.

16 Tal partido não era diminuto e contava, em 1996, com 156 dos 450 representantes da Assembleia Nacional. (Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Refah Partisi vs. Turkey,* julgamento de 13 de fevereiro de 2003).

17 O que também é polêmico e parece destinar-se apenas aos países islâmicos, nos quais os fundamentalistas são apoiados por parcela significativa do eleitorado, pois, em vários países tidos como democráticos, a Igreja Católica ainda possui tratamento privilegiado, inclusive com educação católica em escolas públicas, como na Espanha. A própria Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Otto Preminger Institut*, não condenou a Áustria por ter *censurado* a exibição de filme (*Das Liebeskonzil*, baseado em obra satírica de Oskar Panizza e seu julgamento por blasfêmia no século XIX) considerado ofensivo à religião católica, alegando que a maioria católica austríaca deveria ter sua sensibilidade respeitada. (Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso *Otto Preminger Institut vs. Áustria*, julgamento de 20 de setembro de 1994, Série A, n. 295).

18 Um mês depois, a Espanha dissolveu o Partido Henri Batasuna, considerado braço político do grupo terrorista ETA.

rança de tomada do poder por meios democráticos (GARCIA ROCA, 2005, p. 295 e ss.).

É patente que os novos desafios às democracias (em especial o terrorismo) não podem ser esquecidos. O papel da teoria do abuso de direito deve ser de reforço ao juízo de proporcionalidade das restrições *necessárias em uma sociedade democrática*, e nunca ser uma teoria autônoma ou um cheque em branco para que governos, mesmo que eleitos democraticamente, asfixiem ideologias minoritárias ou divergentes.

Cabe agora analisar um tema recorrente na proteção internacional de direitos humanos, que é o uso sistemático da tortura. Na atualidade, o cenário pós-11 de setembro de 2001 trouxe à tona práticas ambíguas de Estados Democráticos (como os Estados Unidos) no uso da tortura como instrumento de combate ao terrorismo, como veremos a seguir.

5. As situações de emergência e a tortura

O *direito à integridade física* consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento degradante, desumano ou tortura. Por sua vez, o direito à integridade *psíquica ou moral* implica a vedação do tratamento desonroso ou que cause sofrimento psíquico desnecessário ou odioso[19].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que "ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante" (artigo V). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, dispõe que: "Artigo 5º. [...] 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano". No Brasil, o direito à integridade física e moral decorre do art. 5º, III, da CF/88, que protege o ser humano contra a tortura e o tratamento degradante e desumano ("III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante").

A intangibilidade física também impede que haja condutas invasivas do corpo humano, sem a anuência do titular, salvo para proteção de outros valores constitucionais, como para salvar a vida.

No campo penal, a utilização contra a vontade do titular de partes do seu corpo para fins probatórios será enfrentada no comentário ao art. 5º, LXIII ("o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"), que concretiza o direito de não ser obrigado a se autoincriminar (garantia contra a autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*).

Além disso, a Constituição dispõe, no inciso III do art. 5º, que "ninguém será submetido à tortura". Logo depois, no inciso XLIII do mesmo art. 5º, impõe que a lei "considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da *tortura*, [...]", por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. Retomou-se, então, a previsão da Constituição Imperial de

19 Por todos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

1824, que em seu art. 179, XIX, estabeleceu: "Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis".

Assim, chegamos a um dos mais graves casos de limitação de direito por situações de emergência, que é o uso da tortura fundada em "razão de Estado", quer sejam Estados ditatoriais, quer sejam Estados Democráticos em momentos de "conjuntura de pânico".

No plano internacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984 (promulgada internamente pelo Decreto n. 40, de 15.2.1991), designa *tortura* como:

> [...] *qualquer ato* pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, *informações ou confissões*; de *castigá-la* por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de *intimidar* ou *coagir* esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em *discriminação de qualquer natureza*; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um *funcionário público* ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

A Convenção ainda determina que não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de *sanções legítimas*, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. Por sua vez, a Convenção da ONU, em seu artigo 5º, § 2º, estabelece o princípio do *aut dedere, aut judicare*, pelo qual o Estado contratante tem o dever de extraditar ou julgar o torturador que esteja sob sua jurisdição, não importando a nacionalidade do autor ou da vítima, ou o local em que a tortura tenha ocorrido. Também estabelece o artigo 5º o dever do Estado de criminalizar a tortura, na hipótese de ela ocorrer em seu território (princípio da territorialidade da lei penal), ou, caso ocorra fora do seu território, for seu nacional o *autor* (princípio da nacionalidade ativa, justificando a extraterritorialidade da lei penal) ou a vítima (princípio da nacionalidade passiva).

Assim, para essa Convenção, a tortura é ato que inflige *dores ou sofrimentos agudos* (físicos ou mentais), por agente público (direta ou indiretamente), para: 1) obter confissão; ou 2) obter informação; ou 3) castigar por ato próprio ou de terceiro; ou 4) para intimidar ou coagir; ou 5) por discriminação de qualquer natureza (por exemplo, torturar um homossexual por sua orientação sexual).

A Convenção de 1984 é criticada por ter adotado uma definição estrita de tortura, dando a entender que a tortura não pode ser cometida por omissão e negligência. Também foi alvo de polêmicas a menção a "sanções legítimas" que descaracterizam a tortura, exigência na época da negociação do tratado dos países que adotam castigos corporais. Essa menção a "sanções legítimas" pode ser utilizada de modo abusivo por países, como os Estados Unidos, interessados em justificar os seus meios de interrogatórios de suspeitos de prática de atos de terrorismo (ver mais sobre tratamento cruel e o artigo 16 da Convenção da ONU contra a Tortura a seguir).

Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 9 de dezembro de 1985 (promulgada internamente pelo Decreto n. 98.386/1989), dispõe que a tortura é "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". Tal convenção cria uma *figura equiparada de tortura*, ao dispor que *também* é 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*" (artigo 2º, parte final). A Convenção dispõe que não estarão compreendidos no conceito de tortura as dores ou os sofrimentos que sejam consequências unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Comparando a Convenção das Nações Unidas de 1984 com a Convenção Interamericana de 1985, temos as seguintes *convergências*:

a) ambas consideram tortura como "sofrimentos físicos e mentais"; e

b) para fins de investigação penal, intimidação, castigo pessoal.

As *divergências,* por sua vez, são as seguintes:

a) só a Convenção da ONU exige que a tortura seja feita por agente público ou com sua aquiescência;

b) só a Convenção da ONU exige que o sofrimento seja agudo;

c) a Convenção Interamericana tipifica como tortura o ato de imposição de sofrimento físico e psíquico com "qualquer fim";

d) a Convenção Interamericana admite que pode ser tortura determinada pena ou medida preventiva; e

e) a Convenção Interamericana criou a "figura equiparada", ou seja, são equiparadas a tortura medidas que não infligem dor ou sofrimento, mas diminuem a capacidade física ou mental.

Além dessas definições, cabe lembrar que o Estatuto de Roma (que criou o Tribunal Penal Internacional) definiu tortura como sendo

[...] *o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado*; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas (artigo 7.2).

O STF utilizou a *definição de tortura* prevista na Convenção da ONU de 1984 (incorporada internamente em 1991) para dar sentido ao tipo estabelecido no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente ("Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a *tortura*: Pena – reclusão de um a cinco anos" – HC 70.389/SP, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, *DJ* de 10 ago. 2001).

Resta agora analisarmos o uso de "situações de emergência" como justificativa adotada por Estados Democráticos para a tortura ou

o tratamento desumano e degradante, como se verá a seguir.

6. A "cultura da tortura" nos Estados Democráticos e a reação internacionalista

No seu artigo 2º, a Convenção da ONU contra a Tortura, tratamento desumano e degradante (1984) prevê que o Estado deve tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de *impedir* a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Circunstâncias excepcionais, tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, *não* poderão ser invocadas como justificação da tortura em nenhum caso, nem a ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública poderá ser invocada para justificá-la.

A proibição internacional do uso da tortura é, então, *absoluta*.

Contudo, essa mesma Convenção criou uma divisão entre "tortura" e outros atos que constituem tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, mas que *não são* considerados "tortura", tal como definida no artigo 1º. De acordo com o artigo 16, os Estados se comprometem a *coibir e punir tais atos,* quando forem cometidos por funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

A inspiração da redação do artigo 16 foi fruto de tratamento desumano a prisioneiros realizado em *plena* Europa *democrática*, no seio da luta antiterrorista britânica.

Em 1971, o Reino Unido deflagrou a "Operação Demetrius" para reprimir ativistas suspeitos de integrar ou apoiar o *Irish Revolutionary Army* (IRA), na Irlanda do Norte, e deteve quase 350 pessoas. Várias delas foram submetidas às chamadas "cinco técnicas" ("*five techniques*") de interrogatório, que consistiam em: obrigação de ficar de pé por horas e horas, usar capuz cobrindo toda a cabeça (retratada em foto célebre de prisioneiro iraquiano na prisão de *Abu Ghraib*, Iraque, feita por soldados norte-americanos), sujeição a ruído excessivo, privação de sono e privação de comida e água por prazo indeterminado. Tudo voltado para desorientar, enfraquecer, gerar privação de sentidos, intimidar, obtendo a total sujeição do prisioneiro para seus propósitos.

Essas técnicas são comumente conhecidas como "tortura invisível" e foram usadas também por diversas ditaduras no mundo. A Irlanda, então, processou o Reino Unido perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), na primeira demanda interestatal de todo o sistema europeu de direitos humanos[20]. Contudo, a Corte EDH, em julgamento de 18 de janeiro de 1978, considerou que tais técnicas não eram tortura, mas sim tratamento cruel e desumano proibido no artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

20 Sobre o sistema europeu de direitos humanos, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Por isso, em 1984, a Convenção da ONU quis evitar que Estados utilizassem essas técnicas (e outras) sob a alegação de que não se trataria de "tortura". Pelo artigo 16 da Convenção, o tratamento cruel, degradante e desumano também deve ser coibido e punido.

Em 1999, mostrando a evolução do sistema europeu de direitos humanos, a Corte EDH modificou sua posição, citando expressamente a Convenção da ONU contra a Tortura de 1984 no *Caso Selmouni* vs. *França*, e considerou que atos como submeter o prisioneiro a "corredor polonês" (fazê-lo correr entre duas fileiras de policiais e ser espancado), assediá-lo verbalmente pela sua origem árabe, colocá-lo como alvo de urina de um policial, obrigá-lo a simular sexo oral com um policial, ameaçá-lo com uma seringa pretensamente contaminada, entre diversas outras condutas descritas no caso, foram *além do tratamento degradante e consistiram em tortura*.

Para a Corte EDH, a tortura pode ser sintetizada em atos, com características *cruéis* e *severas*, de violência física e mental, *considerados em seu conjunto*, que causam dor e sofrimento agudo. Com isso, a Corte modificou seu posicionamento, uma vez que adota a *interpretação evolutiva* da Convenção Europeia de Direitos Humanos (tida como um "instrumento vivo"), sustentando que atos que hoje são caracterizados como degradantes ou desumanos podem, no futuro, ser caracterizados como tortura.

Se, do ponto de vista do Direito Internacional, há a *proibição absoluta do uso de tortura*, sendo considerada inaceitável sua prática como restrição à integridade física e psíquica, é notório que vários Estados Democráticos no século XXI voltaram-se para (i) defesa de tortura de prisioneiros na "guerra ao terror" ou para (ii) entrega desses prisioneiros a Estados ditatoriais amigos para que sejam submetidos à tortura (a chamada *rendição extraordinária* ou *tortura indireta*). Jackson (2007) adotou o termo "cultura da tortura" para designar esse tipo de ação dos Estados Unidos.

Essa "cultura da tortura" desenvolveu-se após o 11 de setembro de 2001, resgatando o dilema da "bomba-relógio acionada" [*ticking bomb* ou Situação de Bomba-Relógio (SBR)]. Esse dilema foi debatido intensamente em Israel, que utilizou, rotineiramente e por décadas, várias técnicas de tratamento desumano em interrogatórios de palestinos. Em 1971, consta do relatório do Comitê Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para investigar a conduta israelense em territórios ocupados o registro das seguintes práticas contra prisioneiros palestinos: (i) suspensão do detento pelas mãos e simultaneamente tração dos seus outros membros por horas – até a perda da consciência; (ii) queimadura de cigarro; (iii) golpes e apertos nos genitais; (iv) venda e amarras por dias; (v) uso de cães (mordidas); (vi) choques elétricos na boca, ouvido, testículos etc.[21]

Em 1987, após a morte de dois prisioneiros palestinos, o governo israelense estabeleceu uma *Comissão independente* para auditar tais práticas (*Comissão Landau*, de três membros, presidida por um antigo membro da Suprema

21 Ver "Report of the special committee to investigate israeli practices affecting the human rights of the population of the occupied territories", em especial § 107. Disponível em:<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/BC776349EAEE6F28852563E6005EDF08>. Acesso em: 13 out. 2014.

Corte de Israel, Moshe Landau). A Comissão concluiu que as forças de segurança de Israel utilizavam vários *métodos físicos de interrogatórios* de modo secreto e posteriormente mentiam para ocultá-los (cometiam perjúrio). Ocorre que a posição da Comissão Landau a favor da permissão de "pressão física moderada", desde que regulada pelo Poder Público, foi considerada uma violação da Convenção da ONU contra a Tortura, pelo Comitê contra a Tortura, que analisou o relatório do Estado israelense[22]. O governo de Israel, assim, adotou a visão do "mal menor" (*lesser evil*), ponderando a violação da integridade física e psíquica dos presos com o eventual valor da informação obtida para a defesa de outros direitos, em clara violação da proibição absoluta da tortura prevista no plano internacional (como vimos anteriormente). Em 1999, a Suprema Corte de Israel decidiu que, caso os interrogadores estejam em uma situação de "bomba-relógio acionada" e usem esses métodos de tortura (pressão física moderada, na visão judicial), sua responsabilização criminal posterior deve ser examinada diante da excludente do "estado de necessidade". Imseis (2001), em análise da temática, apontou, inclusive, que os prisioneiros vítimas desses interrogatórios, em geral, sequer eram processados por crime ou, caso fossem processados, eram alvo de processos crimes por posse de livros banidos, arremesso de pedras contra forças de segurança etc., realidade bem distante do que se esperaria de suspeitos de crimes graves.

22 Ver "Concluding observations of the Committee against Torture: Israel. 12/06/94. A/49/44, paras.159-171". Disponível em: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/C4421732035B02F185256B1E00701601>. Acesso em: 13 out. 2014.

A partir dos atentados de 11 de setembro de 2001, surgem novos debates sobre a utilização de tortura por Estados Democráticos em situações de emergência. Essas discussões e discursos públicos formam uma "*ideologia liberal da tortura*" (LUBAN, 2005), cujas principais características são: (i) *busca de normalização da tortura* por meio de normas internas dos Estados Democráticos, o que a tornaria não mais uma prática camuflada, evitando-se a insegurança jurídica e eventual persecução criminal dos perpetradores; (ii) identificação de um objetivo nobre (salvar milhões, combater terroristas etc.), tornando a tortura uma decisão justificada moralmente, mostrando que sua prática nos Estados Democráticos não visa subjugar, amedrontar ou punir inimigos políticos; (iii) caráter não sistemático voltado a casos extremos ("situação da bomba-relógio", por exemplo), o que tornaria a tortura uma prática excepcional e por isso limitada a alguns membros isolados da sociedade; e (iv) restrição dos métodos, evitando-se mortes, mutilações, lesões corporais permanentes e outras práticas de Estados ditatoriais, dando-se preferência a métodos mais sofisticados, como os de humilhação e esgotamento físico e psíquico (a chamada "tortura invisível" ou "tortura *light*"), o que teria a vantagem de obtenção do mesmo resultado sem a *comoção mediática* da tortura de estilo medieval.

A união dessas características torna o uso da "tortura invisível" cômoda para Estados Democráticos liberais, que, assim, ganhariam a vantagem retórica de separar a tortura tradicional (feita por ditaduras e regimes inimigos) da "nova tortura", que seria compatível com os princípios de promoção de direitos humanos das democracias.

Ocorre que, como se viu nas práticas do Reino Unido e de Israel, a separação entre a tortura tradicional e a tortura contemporânea praticada por esses Estados é meramente formal, pois não elimina o *intenso sofrimento e a crueldade* de todas essas práticas. Para fragilizar ainda mais a vítima, esses métodos deixam (propositalmente) poucos rastros visíveis ou evidências externas, retirando credibilidade do relato e dificultando a formação de rede externa de apoio, além de fazer com que a vítima seja vista como "instável" e "emocionalmente desequilibrada".

Sua introdução como conduta aceita acarreta, rapidamente, seu uso *sistemático*, contrariando o seu alegado cunho excepcional (para impedir um "mal maior"), como provam os casos de Israel (IMSEIS, 2001), do Reino Unido (CONROY, 2000) e dos Estados Unidos[23].

Assim, a "ideologia liberal da tortura" é um mito e apresenta somente a novidade de justificar a prática de tortura ou mesmo para exercício de *contorcionismo de linguagem*, para permitir que as autoridades públicas afirmem que se trata de interrogatório coercitivo, físico ou avançado[24].

Anteriormente, os Estados Democráticos simplesmente negavam a prática de tortura nos seus conflitos internos ou guerras coloniais, ou quando revelada, buscavam punição mesmo que o algoz pudesse ser visto como mero bode expiatório. Com essa nova ideologia, a diferença entre a tortura tradicional e a "tortura invisível" gerou a substituição do debate sobre a proibição absoluta da tortura pela discussão da proibição de alguns métodos de tortura. Ao mesmo tempo, foi mantido na aparência o compromisso político das democracias com a proteção dos direitos humanos, pois essa tortura seria uma tática emergencial – causadora de danos leves –, e não uma opção por sadismo e brutalidade[25].

Esse "pacto sinistro" das democracias para permitir o uso da tortura é combatido pela interpretação internacionalista dos direitos humanos, que mantém intacta a proibição *absoluta* da tortura, como se vê na declaração, de 2013, do relator especial sobre tortura e toda forma de tratamento degradante, cruel e desumano, Juan Méndez, do Conselho de Direitos Humanos da ONU, confirmando que as práticas de detenção indefinida, confinamento em solitária e alimentação forçada na prisão de Guantánamo podem ser consideradas tortura, cuja proibição é "absoluta e inderrogável"[26].

23 Sobre os casos de tortura sistemática a prisioneiros iraquianos, ver DEBATTO, David. A contrainteligência do Exército dos Estados Unidos e o processo de interrogatório em um ambiente tático: o serviço de informações do Exército e o Corpo Médico do Exército. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014. p. 241-251.

24 Sobre o contorcionismo da linguagem para alterar percepção da realidade pela Administração Bush, ver WOLFENDALE, Jessica. Tortura "light" e a normalização da tortura. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014. p. 69-96; em especial, p. 85.

25 Ver WOLFENDALE, Jessica. Tortura "light" e a normalização da tortura. In: CARDIA, Nancy; ASTOLFI, Roberta (Org.). *Tortura na era dos direitos humanos*. São Paulo: Edusp, 2014; em especial, p. 75.

26 *In verbis*: "Therefore, the Special Rapporteur considers the practice of indefinite detention, other conditions applied to them such as solitary confinement, as well as the use of force feeding as forms of ill-treatment that in some cases

Conclusão: a importância dos direitos humanos internacionais nas situações de emergência

Isaac Asimov, em conto publicado em 1957 (*The Gentle Vultures*), retrata a dúvida ética de uma raça extraterrestre pacifista, que observa a humanidade em plena Guerra Fria, no aguardo de uma esperada guerra atômica, o que destruiria ambos os lados e impediria que os seres humanos se lançassem ao espaço sideral com a sua agressividade intacta. Só que o previsível holocausto atômico não ocorria ano após ano, gerando uma dúvida ética entre esses seres pacifistas: deveriam eles mesmos lançar um artefato nuclear, disfarçadamente, em uma grande cidade da Terra, para desencadear uma guerra atômica entre os blocos e salvar o espaço de uma agressiva invasão humana? O final da história é a manutenção do ideal pacifista: eles se negam a jogar a bomba, pois isso implicaria corromper seus princípios e a destruição do seu modo de vida, da mesma maneira que – eventualmente – algum dia eles seriam destruídos pela invasão humana no espaço sideral.

Fazendo um paralelo com a "guerra ao terror", uma consequência despercebida do uso da tortura por parte dos Estados Democráticos no combate ao terrorismo é justamente a perda de identidade e a deformação dos valores de promoção de direitos humanos. Nesse momento, reafirma-se a importância da proteção *internacional* dos direitos humanos, que mostra uma decisiva baliza de *proibição absoluta do uso da tortura*, mesmo em situações de emergência e ainda que tais atos contem com o apoio silencioso e omisso da maioria (em pânico) de uma sociedade nacional.

De fato, a "ideologia liberal da tortura" mostra a importância da essência *contramajoritária* dos direitos humanos. Com efeito, os direitos humanos desenvolveramse no plano internacional para fornecer proteção ao indivíduo na *falha do Estado*. Por isso, as garantias possibilitam o acesso do indivíduo a órgãos internacionais após terem sido esgotados os recursos internos. A jurisdição internacional é subsidiária, porém sua existência fornece uma última esperança aos que foram ignorados no plano interno (CARVALHO RAMOS, 2015). O Estado fica obrigado a garantir direitos básicos a todos sob sua jurisdição, quer nacional quer estrangeira, mesmo *contra* a vontade das maiorias e as paixões de momento. Indiretamente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencialmente *contramajoritário*, pois as maiorias em geral são bemsucedidas no processo político e auferem a proteção pretendida. Não necessitam e não procuram a jurisdição internacional. Essa será acionada justamente pelos grupos vulneráveis, que não logram êxito no plano doméstico. Assim, as minorias (grupos não hegemônicos, mesmo que

---

can amount to torture. He recalls that torture is unacceptable and abhorrent from a moral and legal perspective, and that its prohibition is absolute and non-derogable. Torture exists at the far end of a continuum of maltreatment and lesser forms of ill-treatment are often a gateway to torture. This is why the international law prohibition and its absolute nature are equally applicable to torture and to all forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. States cannot limit the application of this prohibition under their domestic law for reasons of public emergencies, anti-terrorism measures or in the context of armed conflicts". Disponível em: <http://newsarchive.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13859&LangID=E>. Acesso em: 25 out. 2014.

numericamente superiores) têm dificuldade de fazer valer seus pontos de vista nas arenas política e judicial internas, exigindo uma alavanca: a proteção internacional dos direitos humanos.

A qualidade contramajoritária dos direitos humanos internacionais se revela na promoção de novas interpretações de direitos, em busca de tolerância e emancipação, em especial contra posições tradicionais (com viés cultural, social ou mesmo religioso) das maiorias. Não é possível esquecer que mesmo democracias consolidadas passam por *conjunturas de pânico* e podem sacrificar os direitos de minorias, como se viu na luta antiterror no pós-11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e em países europeus, o que torna *indispensável* a adesão dessas democracias aos direitos humanos internacionais e seu consequente monitoramento[27].

Referências

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1992.

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

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONROY, J. *Unspeakable acts, ordinary people*: the dynamics of torture. New York: Alfred A. Knopf, 2000.

GARCIA ROCA, Javier. La problematica disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, p. 295 e ss., 2002.

IMSEIS, Ardi. Moderate torture on trial: critical reflections on the Israeli Supreme Court judgement concerning the legality of General Security Service interrogation methods. *Berkeley Journal of International Law*, v. 19, p. 328 e ss., 2001.

JACKSON, Richard. Language, policy and the construction of a torture culture in the war on terrorism. *Review of International Studies*, v. 33, n. 3, p. 353-371, 2007.

LUBAN, David. Liberalism, torture and the ticking bomb. *Virginia Law Review*, v. 91, n. 6, p. 1425-1461, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

27 Sobre o monitoramento internacional, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.