

# UMA REFLEXÃO SOBRE A TORTURA NA ERA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Jorge Luís Câmara<sup>1</sup>

*Só um leitor estranho ao mundo poderia consolar-se, depois de ouvir os protestos de Beccaria, dizendo que se trata de atrocidades dos tempos bárbaros, que os séculos já corrigiram; os séculos passaram, a técnica dos códigos se aperfeiçoaram, porém os angustiosos problemas morais que constituem o centro de toda esta matéria dos delitos e das penas, continuam o mesmo ponto<sup>2</sup>.*

## ÁREA DE DIREITO

Penal; Direitos Humanos

## RESUMO

Este artigo se propõe a colocar em discussão a prática da tortura como instrumento destinado a obter informações de interesse à proteção da coletividade. Resultado de dois anos de pesquisas, a questão desdobra-se em discussões complementares sobre relativismo ético e funcionalismo simbólico penal. Da análise desta temática resulta a necessidade de escolha entre afirmar concretamente os direitos humanos fundamentais ou apenas declará-los formalmente, sem reais implicações, tendo, nas situações cotidianas do direito penal e nas emblemáticas questões de direito penal internacional, o cenário ilustrativo desta situação. A única solução possível é fundar um caráter unívoco, evidenciador da escolha pela firmação histórica e contemporânea destes direitos.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito penal; tortura; funcionalismo; utilitarismo; valores; fenomenologia.

## ABSTRACT

This article intends to place for discussion the practice of torture as a tool to obtain information concerning the collective protection. Result of two years of research, the issue unfolds in further discussions on ethical relativism and criminal symbolic functionalism. The analysis of this issue is clear the need to choose between particular affirm the fundamental human rights or just declaring them formally without real implications, and, in everyday situations of criminal law and the flagship issues of international criminal law, the illustrative scenario of the situation. The only possible solution is to establish a univocal character, disclosing the choice between historical and contemporary firmation of this rights.

## KEYWORDS

Criminal law; torture; functionalism – utilitarianism; social standarts; phenomenology.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da UERJ e do Centro Universitário La Salle.

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Guimarães Torrieri. Curitiba, editor Hemus.

## SUMÁRIO

Introdução; 1. A prática da tortura como instrumento contra o inimigo; 2. O utilitarismo penal; 3. O valor da dignidade humana; 4. A modernidade e os valores essenciais da humanidade; Conclusão.

## OBSERVAÇÃO

Este artigo foi escrito com a colaboração dos alunos do grupo de pesquisa institucional do curso de Direito do Centro Universitário La Salle, Niterói; Eric Cale; Fred Muniz; Guido Ferola Guida Benício e Pedro Szermann.

## INTRODUÇÃO

A história da ‘justiça criminal’ se mostra coeva com a prática da tortura. Desde a antiguidade temos relatos sobre seu uso. Embora por vezes eu uso tenha sido restrito a estrangeiros ou a escravos, fato é que a imposição de aflição aos réus e condenados permeia a história da civilização ocidental. E esta trajetória se fez, sempre, acompanhada da crença da relatividade de seu fins. Dizia Publílio Sirio “*Etiam innocentes cogit mentiri dolor.*”<sup>3</sup>. Assim seu uso, seja como meio de obtenção de prova, seja como forma de expiação pelo crime, acompanha o desenvolvimento do direito no ocidente sempre dispondo dúvidas sobre a validade de sua utilização, pois, em ambas as hipóteses, jamais se teve a segurança de seu valor. Du Marseis em suas “Ouvres” dizia, a respeito das aflições utilizadas como forma de prevenção de crimes, “até hoje nada autoriza a crença de que alguém tenha deixado de pecar, se realmente assim o quis, por temor ao inferno e seus tormentos”, que dizer então do martírio imposta a título de pena. É certo que, na era moderna, se aponta com algum sucesso a prática do massuismo<sup>4</sup> como bem sucedida no combate empreendido pelo governo francês ao argelinos. Tal consideração deve ser vista com ressalvas, haja visto que a Argélia viria, efetivamente, a se tornar independente.

A reflexão quanto a tortura na modernidade deve levar em consideração mais do que simples abordagens de caráter utilitário. Esta consiste no fato de, por influência do movimento de humanização do direito penal e de politização das sociedades ocidentais, nas quais os súditos passaram a condição de cidadãos, a repulsa a tortura tornou-se sacralizada. Vemos no libelo de Voltaire uma veemente condenação da prática da tortura judicial e, com ela, o nascimento na sociedade ocidental, do movimento político que tem na *convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, de 1984, seu

---

<sup>3</sup> [http://www.hkocher.info/minha\\_pagina/dicionario/e05.htm](http://www.hkocher.info/minha_pagina/dicionario/e05.htm)

<sup>4</sup> <http://advivo.com.br/comentario/re-o-debate-sobre-a-tortura-21>

apogeu com a formalização do repúdio da comunidade de nações a esta prática. É certo que ainda temos um número de ratificações (162) que não corresponde a totalidade dos estados-membros, bem como, de se lamentar a existência de ressalvas generalizadas a sua ratificação, como p. ex. no caso dos EUA, onde, sobretudo em razão das emendas V, VIII e XIV a constituição americana que, com observância do devido processo legal e das garantias a ele inerentes, permite a manutenção da pena de morte em seu país<sup>5</sup>. Mesmo assim, deve-se reconhecer que se formou um consenso no âmbito da civilização que emerge do pós-guerra quanto ao reconhecimento de limites claros à busca da verdade através do processo penal e a natureza das sanções penais.

### 1. A PRÁTICA DA TORTURA COMO INSTRUMENTO CONTRA O INIMIGO

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida por Günther Jakobs, um dos penalistas mais respeitados do mundo, professor da Universidade de Bonn, Alemanha. Jakobs trabalha o tema Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht, em alemão) desde 1985, mas foi após os eventos catastróficos de 11 de setembro de 2001 que a teoria foi ganhando seus contornos atuais. Para o professor alemão, a pena não deve ser vista como retribuição, mas, sim, como a única forma de prevenção geral positiva. Para ele, o que o Direito Penal protege não é um bem jurídico, mas, sim, as expectativas normativas.

Jakobs desenvolveu o discurso da prevenção geral positiva para legitimar a pena criminal, agora concebida como estabilização das expectativas normativas, um fenômeno de psicologia social definido pela sociologia de LUHMANN, a qual inspirou a teoria jurídico-penal de JAKOBS (JAKOBS. Strafrecht. Duncker-Humblot, 1992).

Niklas Luhmann sustenta que o direito é uma estrutura que orienta a sociedade. Se vivemos em um estado de direito devemos nos orientar pelas normas. Para ele, as sociedades modernas são muito complexas, conseqüentemente, difíceis de se lidar, para se reduzir essas complexidades se criam sistemas. Uma das criações desses sistemas são as chamadas expectativas. Ou seja, as pessoas podem viver normalmente em sociedade com a expectativa de que as outras pessoas façam o mesmo, esta expectativa engendra o princípio da confiança: agimos corretamente com os outros na confiança de que outras pessoas também atuem corretamente conosco. A norma seria uma generalização dessas expectativas da sociedade. Com isso, diz Niklas Luhmann, o direito tem que criar mecanismos para que os cidadãos

---

<sup>5</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en)

continuem acreditando nessas expectativas. Essa é a Teoria dos Sistemas e entendê-la é extremamente importante para entender a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

Luhmann defende existirem duas formas de expectativas, as cognitivas e as normativas. Nas expectativas cognitivas, há a relação do homem com a natureza. Por exemplo, quando um evento da natureza destrói uma casa, não há como se manter a expectativa sobre a casa, pois o que ocorreu foi um evento da natureza, não há como alterar o comportamento da natureza, então, por isso, quem deve mudar de comportamento é a pessoa. Se a casa for destruída por uma enchente, um desmoronamento, não há nada que se possa fazer, apenas construir uma nova casa. De forma diferente são as expectativas normativas. Nas expectativas normativas há uma relação do homem com os demais integrantes da interação social. Em resposta à defraudação de uma expectativa normativa, se aplica uma sanção penal ao defraudador como forma de manutenção da expectativa. Ou seja, quando alguém pratica uma infração, aplica-se uma sanção penal para demonstrar para o restante da sociedade que eles podem seguir suas vidas normalmente com a expectativa de que não mais haverá prática de infrações. O Estado mostra para os cidadãos que, apesar daquela expectativa ter sido defraudada, todos podem continuar vivendo normalmente, pois aquilo não deverá voltar a ocorrer, é a chamada expectativa contrafática. Surge, então, a sanção penal como forma de manutenção do contrato social e é a partir daí que Jakobs começa o seu pensamento.

Com o atentado de 11/09 na cidade de Nova Iorque, iniciou-se, no âmbito da política externa norte-americana o período do que se denominou por ‘guerra ao terror’<sup>6</sup>. Em seu primeiro discurso sobre o estado da nação, posterior ao atentado, o então presidente americana George W. Bush afirmou que *“Our nation will continue to be steadfast, and patient and persistent in the pursuit of two great objectives. First, we will shut down terrorist camps, disrupt terrorist plans and bring terrorists to justice. And second, we must prevent the terrorists and regimes who seek chemical, biological or nuclear weapons from threatening the United States and the world”*<sup>7</sup>. Como consequência deste compromisso, o então presidente Bush solicitou ao departamento de Justiça um parecer sobre os limites de interpretação da convenção sobre tortura. Este memorando, conhecido como memorando bybee Ele foi elaborado pelo então conselheiro do advogado-geral, Jay Bybee, um juiz federal com notórios estudos em direito administrativo e constitucional. No texto ele discorre a respeito dos métodos de extração de informações de prisioneiros de guerra, e o que pode ser

---

<sup>6</sup> When I called our troops into action, I did so with complete confidence in their courage and skill. And tonight, thanks to them, we are winning the war on terror. <http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/01.29.02.html>

considerado tortura de acordo com a legislação americana, a convenção de Genebra e a convenção para repressão a tortura. Como a legislação considera que “tortura” só pode ser praticada por quem esteja a serviço da lei e com a intenção “específica” de infligir “severo” dano físico ou mental, que seja vedado por lei, logo a questão ficaria quanto ao grau do dano infringido, se houve intenção específica de simplesmente causar sofrimento, e se foi praticada fora de território americano. O relatório foi altamente controvertido e, a medida que mudavam os advogados-gerais, novos memorandos foram publicados, ora desautorizando o original, ora corroborando com especificidades deste. Em 2009, 2 dias após tomar posse no cargo de Presidente, Barack Obama repudiou o memorando e ordenou que não fossem levadas em consideração as opiniões ali presentes, assim como assegurou que atos praticados na vigência daquelas orientações não seriam julgados porque os agentes que os houvessem praticados estariam apenas mal informados juridicamente. No mesmo ano, porém, o departamento de Justiça declarou que todos que houvessem praticado atos que *excedessem* “técnicas” aprovadas, estariam igualmente sujeitos a julgamento. Ou seja, as técnicas desenvolvidas sob a ótica do memorando, estariam preservadas de gerar qualquer tipo de responsabilidade. Inequívoca a associação deste entendimento com a ideia de que o inimigo não merece o arcabouço de garantias que foram erigidas, dentre outras razões, para repudiar a tortura como prática recorrente da justiça criminal.

## 2. O UTILITARISMO PENAL

O liberalismo moderno, de marcante influência na construção de um direito penal privado de garantias ao réu/cidadão, concebeu uma fórmula de percepção da relação humana com a sociedade em que vive, onde “a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número de pessoas”<sup>8</sup> seja a finalidade ética a que se sujeita a organização política. Este pensamento propõe, assim que a utilidade seja determinada pelos motivos que levem o homem a agir e não mais por um sentido de destinação deste homem. A noção de ser ético, até então predominante no pensamento filosófico, cede a noção de utilidade de acordo com o interesse, como fundamento. Esta associação se caracteriza pela negação de qualquer implicação metafísica à existência e destinação do homem, submetendo-o ao relativismo das situações. É no rastro desse pensamento que a questão da tortura se imiscuiu de volta ao pensamento jurídico-político. Uma série de questionamentos hipotéticos se apresentaram para

---

<sup>7</sup> Idem

<sup>8</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2000. Página 986

justificar a utilização de métodos como afogamento simulado ou tortura psicológica como forma de evitar ataques terroristas de larga escala. Mais do que uma teoria, hoje se sabe, tal prática foi largamente utilizada na já mencionada “guerra ao terror”. Recente relatório do senado americano, porém, comprova que sequer no âmbito utilitário tais métodos atingiram objetivos significativos e mais, demonstram que a proporção de danos causados para se alcançar algum resultado ultrapassa, em muito, a crença comum<sup>9</sup>. Com isso, a questão que se coloca é: a tortura seria válida se seus objetivos fossem alcançados? A resposta é igualmente uma resposta a ideia de um direito penal do inimigo. Se admitimos que a validade das ações promovidas pelo Estado se dê segundo uma utilidade demonstrada a partir da quantidade de bem que possa produzir, seremos tentados a concordar com tal prática. Não só na tortura, mais nos chamados danos colaterais percebemos uma certa concordância, sobretudo por parte dos governos, com esta prática. As ações militares, desde o final da primeira guerra mundial, deixaram de visar objetivos puramente militares e passaram a igualmente, visar vítimas civis. Seja no bombardeio promovido pelos alemães contra Londres durante a batalha da Inglaterra, seja no ataque dos mil aviões a Dresden na Alemanha, as vítimas são civis. São eles os alvos visados. Esta prática tem se dado de forma crescente ao ponto de na operação limite protetor, deflagrada pelo estado de Israel contra a faixa de Gaza, o número de vítimas militares de ambos os lados (considerando então os 64 soldados israelenses mortos – ainda que cinco tenham sido vítimas de “fogo amigo”), segundo estimativa da ONU, representar menos de 10(dez) por cento do de vítimas civis, incluindo três israelenses. Este não é uma exclusividade do conflito palestino-israelense, os drones são acusados de causar a morte de quatro vítimas civis para cada combatente militar morto. Na verdade não se trata de uma questão de governo, mas um pensamento de estado, ditado pelo utilitarismo que domina a produção de sentidos no mundo moderno. A ideia de matar civis para alcançar terroristas é vista com naturalidade.

Outra consequência inevitável deste pensamento seria a de reconhecer que, se um certo número de vítimas civis é tolerado, quanto mais a tortura do terrorista o seria. Desta forma, embora se produzam repúdios ante divulgação pública de dados, há uma aceitação velada a esta realidade. Nem poderia ser de outra forma, visto estarmos presos a uma forma de pensar que visa maximizar o bem do maior número de pessoas, ainda que a custa de um sacrifício, muitas vezes absoluto, de um número menor. Outro aspecto perverso deste raciocínio é que sequer estamos diante de uma questão realmente quantitativa, pois a percepção neste caso conta mais e esta percepção é ditada pela ordem de valores

---

<sup>9</sup> <http://www.hrw.org/news/2014/12/10/us-senate-report-slams-cia-torture-lies>

predominante. Quanto mais somos capazes de nos identificar com as vítimas mais relevantes seus interesses se apresentam para nós. Assim nos identificamos com as vítimas do terror muito mais do que com as da tortura. Porém a questão de fundo deve ser colocada de outra forma.

### 3. O VALOR DA DIGNIDADE HUMANA

Sabe-se que a noção de valor está intimamente ligada a necessidades humanas. Damos valor ao de que necessitamos. As necessidades, em uma sociedade complexa e plural como a moderna, são múltiplas e conflitantes. Neste sentido é que se costuma dizer que não existem valores absolutos. Tendo por exemplo a vida humana, costuma-se dizer que esta pode ser sacrificada em uma ação de legítima defesa (aí temos a doutrina da legítima defesa preventiva, preconizada por muitas políticas de Estado para justificar ações como a operação limite protetor). Fato é que tal percepção parte de uma premissa errada. Confunde-se o valor com o objeto sobre o qual ele recai. O valor vida recai sobre o objeto vida de A, de B ou de C, mas não se confunde com ele. Desta forma, ao matar a B para salvar A, não se está relativizando um valor, esta se afirmando este valor. Não se trata de um cálculo quantitativo, mas valorativo. Dizer que se mata 20, para eliminar 01 que poderia matar 100 é falacioso pois concretamente se está matando 21. Os 100 a serem preservados se acham na dimensão hipotética. Tais reflexões acirram o caráter utilitário das questões colocadas. Se nos ativermos a eles, seremos forçados a concordar que cálculos de proporções ensejam ações como a morte de inocentes ou a tortura de culpados e inocentes. Porém, tais reflexões nos põe ao desabrigo do processo civilizatório em que nos engajamos com o advento da modernidade.

### 4. A MODERNIDADE E OS VALORES ESSENCIAIS DA HUMANIDADE

A modernidade penal se caracteriza pelo advento do pensamento liberal utilitarista, mas também pelo humanismo de natureza axiológica. Kant ao enfatizar sua crítica a visão instrumental do direito penal, embora a usa-se para afirmar o retributivismo absoluto, não deixa de enunciar um aspecto essencial da natureza humana, o da sua eticidade. O ser humano representa um valor em si. Isto se dá por ser ele o doador de sentidos e valores ao mundo circunstante. Cabe ao ser humano a determinação não só das utilidades, mas sobretudo das necessidades a que se acha submetido fora da ordem natural. Esta condição se realiza na espiritualidade humana. O espírito humano é seu intelecto, sua inteligência que permite

associar objeto reais, hipotéticos ou ideais e atribuir-lhes funções. Nesta realidade correspondente a sua essência, o homem ordena o mundo de sentidos em que habita. Para tanto se vale, naturalmente da preexistência de referências como cultura e linguagem. Na cultura este homem afere os paradigmas em que evidenciará o direito, na linguagem as formulações de significação com que as expressará. A estas esferas, nas quais a noção de necessidade e utilidade fazem sentido, sobrepõe-se o espírito como identificador da essência humana. Nesta esfera, que nos atribuía a possibilidade de definir sentidos, determinar valores e necessidades, encontramos a noção de justiça como referência de valor absoluto. Afinal podemos aceitar realizar ações dignas ou indignas, mas não nos permitimos legitimar o que seja injusto. A dignidade humana coabita este âmbito com a justiça. Por digno temos que seja nossa própria humanidade. Nossa capacidade de nos percebermos como membros da espécie humana que tem na alteridade de um sujeito de conhecimento com outro sujeito o ponto de evidenciação da humanidade. É minha capacidade de me identificar com o outro que me torna membro desta humanidade. Tal escopo ultrapassa a utilidade com que percebo a obrigação de potencializar o bem ao maior número de pessoas possível. Na realização dos objetivos úteis a espécie não posso ultrapassar a noção de humanidade. Neste caso, no caso de ultrapassar este limite, eu estaria negando a mim mesmo. Negando minha humanidade. Violando a compromissos que nos identifica uns com os outros através dos vínculos civilizatórios que estabelecemos antropologicamente na nossa evolução enquanto espécie.

## CONCLUSÃO

Por tudo vemos que a funcionalização do direito, que por princípio permite que certas conceituações dogmáticas erigidas a guisa de garantia do sujeito e da sociedade, sejam relativizadas em benefício comum, tende a seguir uma perspectiva utilitarista na modernidade. Tal se dá em razão do incrível apelo ao bem estar, a segurança, às condições pressupostas para o desenvolvimento que nossa sociedade cultua. Tal processo, conquanto natural e não necessariamente prejudicial deve ser adotado com limites rigorosos. A imposição destes limites visa reafirmar o compromisso com nossa essência. Eideticamente somos seres éticos pois voltados para nossa realização mais do que para nossa atualidade. Somos devir, e o repúdio a penas de caráter perpétuo, salvo quando sujeito a injunções histórico-políticas, serve para reafirmar este compromisso. Nestes aspectos não podemos ceder espaço a utilitarismos e relativismos sob pena de negarmo-nos a nós mesmos. Neste campo é que o repúdio a prática da tortura, seja sob a justificativa que for, seja sob a forma que for, se faz coeva com o

desenvolvimento do atual estágio civilizatório da humanidade. Embora mesmo sob os aspectos utilitaristas, a prática seja questionável, aceitá-la seria negar a nós mesmos. Tal atitude corresponde a crime de lesa humanidade se praticado pelo Estado e, como bem se tem colocado modernamente, não pode se abrigar sob o guante de anistias, indultos ou mesmo utilidades.

#### Referências

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Guimarães Torrieri. Curitiba, editor Hemus.

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2000.