

**AS REGRAS POR TRÁS DA  
EXCEÇÃO – REFLEXÕES SOBRE A  
TORTURA NOS CHAMADOS “CASOS  
DE BOMBA-RELÓGIO”**

**THE RULES BEHIND THE  
EXCEPTION: REFLECTIONS ON THE  
TORTURE PRACTICES IN THE SO-  
CALLED “TIME BOMB CASES”**

LUÍS GRECO

---

Assistente científico do Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann na  
Ludwig Maximilians Universität, Munique, Alemanha. Mestre e Doutor  
em Direito pela mesma instituição

## **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Exceções à proibição de torturar nos casos de bombas relógio?; 3. Exceções e regras, exceções como regras; 4. Crítica à regra da decadência; 5. Crítica à regra dos custos; 6. Conclusão

## RESUMO

O inimaginável já há muito se tornou realidade: está tendo lugar na Alemanha uma discussão doutrinária a respeito da legitimidade da tortura.<sup>1</sup> As reflexões que seguem querem explicitar algumas premissas, poucas vezes formuladas de modo claro, de que parte o ponto de vista segundo o qual a tortura seria legítima em casos excepcionais – a saber, as premissas de que a dignidade humana pode caducar e de que ela se encontra sujeita a uma reserva de custos – e, com isso, submeter esse ponto de vista a uma crítica fundamental.

**Palavras-chave:** tortura; dignidade humana; terrorismo; direito penal de emergência; proporcionalidade.

---

<sup>1</sup> Agora já é tarde demais para que o opositor da tortura possa manter-se calado no interesse da manutenção do tabu (propondo uma tal postura, por exemplo, KRAMER, "Wunsch nach Folter", *KritJ* (33), 2000, pp. 624 e ss., p. 625; ZIZEK, *Welcome to the desert of the real*, London/New York 2002, p. 103; HAMM, "Schluss der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!", *NJW*, 2003, p. 946).

## RESUMEN

Aquello que era inimaginable es desde hace mucho tiempo realidad: en Alemania tiene lugar una discusión sobre de la legitimidad de la tortura. Las siguientes reflexiones tienen por objeto desarrollar algunas de las premisas, que pocas veces se formulan con claridad, con respecto al punto de vista según el cual la tortura sería legítima en casos excepcionales –es decir, que la dignidad humana podría perderse y encontrarse sujeta a reserva de costes– y someter a crítica esta perspectiva.

**Palabras-clave:** tortura; dignidad humana; terrorismo; derecho penal de emergencia; proporcionalidad

## **ABSTRACT**

The unthinkable is once again real: There is an ongoing discussion in Germany about the legitimacy of torture. The following article tries to clarify and criticize some of the premises implicit to the point of view according to which torture might be lawful in exceptional cases, namely that human dignity may be forfeited and that it is subjected to a cost threshold.

**Key words:** *torture; human dignity; terrorism; balancing of rights*



## 1 INTRODUÇÃO

Torturar é proibido. O fundamento desta proibição está em que a tortura viola a dignidade humana. Quanto a estas duas afirmativas, em si carecedoras tanto de precisão quanto de justificação<sup>1</sup>, há amplo consenso, de maneira que, na presente sede, se cuidará de outra questão, a saber se a proibição da tortura, fundada na dignidade humana, deve ou não ser relativizada em certos grupos de casos. É este o objeto da intensa discussão atual, que, na Alemanha, foi acendida após o caso v. Metzler-

---

<sup>2</sup> A primeira questão que deveria ser esclarecida é o que se deve, exatamente, entender por tortura (no mesmo sentido HILGENDORF, “Folter im Rechtsstaat?”, *JZ*, 2004, pp. 331 e ss., p. 331). Apesar de amplamente aceita, a definição constante na Convenção Anti-Tortura da ONU é um tanto problemática. Segundo esta definição, a tortura é, fundamentalmente, a causação intencional pelo Estado de consideráveis dores ou sofrimentos, físicos ou psíquicos (art. 1º I 1). O primeiro defeito a apontar-se é que uma definição calcada na “dor ou sofrimento” fica presa numa perspectiva psicólogoico-naturalista (similar STOBBE, “Die Unmenschlichkeit der Folter”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (Eds.), *Rückkehr der Folter*, 2006, pp. 36 e ss., p. 40; nisso andou melhor a definição constante no art. 2º da *Convenção Interamericana para a prevenção e castigo da tortura, de 1985*, sobre ela BOSSUYT, “Two New Regional Conventions with Respect to the Prohibition of Torture”, em MATSCHER [Ed.], *Folterverbot sowie Religionsfreiheit im Rechtsvergleich*, 1990, pp. 81 e ss., pp. 86-87). Se formos conseqüentes, teremos de afirmar a tortura no caso de alguém que raspa a cabeça de uma modelo que faz fotos para shampoo, causando sofrimentos psíquicos enormes, ao mesmo tempo em que teremos de negar a tortura no caso em que alguém chicoteie o crente disposto ao martírio ou o masoquista. A insuficiência do modelo psicólogoico é percebida pela própria Convenção, que por isso complementou a definição mencionada com o disposto no objetável parágrafo 2º, o qual dispõe que dores e sofrimentos resultantes de sanções legais não são compreendidos pelo conceito de tortura. Essa limitação cria outros problemas, pois torna possível negar a existência de tortura por meio da cômoda alegação de que só se está impondo a sanção prevista em lei (cf. as fundadas críticas de TOMUSCHAT, “Rechtlicher Schutz gegen Folter”, em SCHULZ-HAGELEIT [Ed.], *Alltag-Macht-Folter*, 1989, pp. 95 e ss., p. 102; e de HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 334 – os quais, ainda assim, não chegam a perceber que o psicólogoico é a raiz do problema). Ao que parece, o aspecto decisivo da tortura não é a imposição de dor ou sofrimento, e sim o *exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa*, tendo relevância aqui o fato de que o torturado se encontra à mercê do Estado, isto é, em sua guarda ou posse (sublinhando o aspecto central da guarda JOERDEN, “Über ein vermeintliches Recht (des Staates), aus Menschenliebe zu foltern”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* [13], 2005, pp. 495 e ss., p. 517; relevando sobretudo o exercício de poder REEMTSMA, “Wir sind alles für Dich”, em REEMTSMA [Ed.], *Folter*, 1991, pp. 7 e ss., p. 13; vide também PARRY, “Escalation and Necessity”, em LEVINSON [Ed.], *Torture – A collection*, Oxford/New York 2004, pp. 145 e ss., p. 153, falando no que ele chama de perversidade da tortura, isto é, na inversão das concepções tradicionais de ação, consentimento e responsabilidade que a tortura provoca, uma vez que a tortura teria o significado de que o torturado, ao não cooperar, seria o próprio autor das ações de tortura).

Gäfigen-Daschner<sup>\*\*\*</sup> e, nos Estados Unidos, depois do atentado contra as torres gêmeas em Nova Iorque.<sup>3</sup> Em Israel, pelo contrário, já se discute

---

Em segundo lugar, dever-se-ia explicitar de modo mais preciso em que consiste exatamente a alegada violação da dignidade pela tortura. Só então será possível resolver a controvérsia a respeito de se a mera ameaça de imposição de dor física – como se deu no caso Daschner (vide a próxima nota) – representa já tortura (em sentido afirmativo, em geral subsumindo a ameaça sob o conceito de “dor psíquica” JESSBERGER, “Wenn du nicht redest, füge ich Dir große Schmerzen zu”, *Jura*, 2003, pp. 711 e ss., p. 714; GAEDE, “Die Fragilität des Folterverbots”, em CAMPRUBI [Ed.], *Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis*, 2004, pp. 155 e ss., p. 165; ELLBOGEN, “Zur Unzulässigkeit der Folter (auch) im präventiven Bereich”, *Jura*, 2005, pp. 339 e ss., p. 340; JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* [13], 2005, p. 521; R. MARX, “Folter: eine zulässige Polizeiliche Präventionsmassnahme?”, em GEHL [Ed.], *Folter – Zulässiges Instrument im Rechtsstaat?*, 2005, pp. 95 e ss., p. 102 [= *KritJ* (37), 2004, pp. 278 e ss.]; SCHILD, “Folter (androhung) als Straftat”, em GEHL [n. 2], pp. 59 e ss., p. 61; a respeito vide, ademais, KINZIG, “Not kennt kein Gebot?”, em GEHL [n. 2], pp. 11 e ss., p. 19 e s. e ROXIN, “Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?”, em *Festschrift für ESER*, 2005, pp. 461 e ss., p. 464; IDEM, “Rettungsfolter?”, em *Festschrift für NEHM*, 2006, pp. 161 e ss., p. 169, os quais, ao superarem o psicologismo, abrem novas perspectivas, afirmando que a ameaça de dor e a efetiva imposição desta se igualariam em seu efeito de quebrar a vontade; em sentido negativo HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 338 e s., e sobretudo HERZBERG, “Folter und Menschenwürde”, *JZ*, 2005, pp. 321 ss., y p. 325 e s.; KRETSCHMER, “Folter in Deutschland”, *RuP*, 2003, pp. 102 e ss., p. 107: não há tortura, mas sim tratamento degradante; SCHULZ, “Das Folterverbot der EMRK und seine Auswirkungen auf das Strafrecht”, em LENZEN [Ed.], *Ist Folter erlaubt?*, 2006, pp. 77 e ss., p. 87. Os importantes argumentos de HERZBERG demonstram, a meu ver, menos a inexistência de tortura nos casos de mera ameaça do que a necessidade de se superar a perspectiva psicologista acima criticada).

<sup>\*\*\*</sup> (Nota do Tradutor Eduardo Riggi): Neste mencionado caso, o diretor adjunto da polícia de Frankfurt am Main, *Wolfgang Daschner*, ordenou a um subordinado que, durante o interrogatório (levado a cabo no dia 1º de outubro de 2002) ameaçasse o detido, *Magnus Gäfigen* – que havia sequestrado, no dia 27 de setembro de 2002, um menino de 11 anos, *Jakob von Metzler* – para que Gäfigen revelasse onde ocultara o sequestrado. Se Gäfigen não cooperasse, lhe foi dito que sofreria dores inimagináveis. O detido, impressionado com a ameaça, acabou por revelar o paradeiro da criança, que já havia morrido antes do interrogatório, asfixiada pela fita isolante com a qual havia sido amordaçada. Em 20 de dezembro de 2004, *Wolfgang Daschner* e o agente de polícia que obrou sob seu comando foram condenados pelo delito do § 343 StGB, coação para obter uma declaração – Aussageerpressung). (cfr. LG Frankfurt, NJW (10), 2005, pp. 692-696; GÓNGORA MERA, “‘Ein bisschen Folter’: Alemania debate sobre la tortura”, disponível em [http://www.menschenrechte.org/beitraege/menschenrechte/debate\\_tortura.htm](http://www.menschenrechte.org/beitraege/menschenrechte/debate_tortura.htm)).

<sup>3</sup> Maiores detalhes a respeito da discussão americana no curso do texto. Veja-se R. MARX, “Globaler Krieg gegen den Terrorismus und territorial gebrochene Menschenrechte”, *KritJ* (39), 2006, pp. 151 e ss., p. 153 e s. para a visão do governo dos EUA sobre a tortura.

há pelo menos duas décadas a respeito da licitude da utilização da tortura na luta contra o terrorismo.<sup>4</sup>

Ainda que *prima facie* humanitária, a verdade é que a proibição absoluta pode resultar um tanto dolorosa em situações de necessidade. Pensemos no pior: uma cidade inteira como Munique, Nova Iorque, Barcelona ou Rio de Janeiro, desaparecerá do mapa se não se consegue fazer falar o terrorista responsável pela bomba e que acaba de ser capturado.

Apesar de um tanto raras, tais hipóteses – chamadas casos de bomba relógio (*ticking-time-bomb-cases*) – são de enorme relevância teórica, porque só elas oferecem ao defensor da proibição absoluta a oportunidade de testar a firmeza de sua convicção. Por isso, não se optará no presente trabalho por estratégias um tanto difundidas entre os que defendem a proibição no sentido de se esquivar do caso da bomba relógio, aludindo à diminuta probabilidade de sua ocorrência.<sup>5</sup> O caso será levado a sério, para perguntar se de fato não se deve defender uma exceção à proibição de torturar. E tampouco serão discutidos os detalhes do caso concreto ocorrido em Frankfurt.<sup>6</sup> O que nos interessa é a *questão abstrata do caráter absoluto ou não da proibição de tortura*. Este caráter absoluto só será submetido à prova de fogo se estivermos dispostos a defendê-lo mesmo diante do pior.

Por esta razão nos absteremos, ademais, de discutir a regulamentação jurídico-positiva da tortura. Ainda que o direito positivo, alemão ou brasileiro, pareça rechaçar de modo suficientemente claro e decidido qualquer exceção à proibição de torturar<sup>7</sup>, não parece despiendo fletir num nível mais jusfilosófico sobre os fundamentos dessa postura.

---

<sup>4</sup> Centrais para a discussão científica foram sobretudo o parecer da chamada Comissão Landau (resumo publicado em *Israel Law Review [IsLR]* [23], 1989, pp. 146 e ss., no qual, entre outras coisas, se opina pela juridicidade dos métodos de interrogatório do chamado Serviço Geral de Segurança [General Security Service, ou GSS], e a decisão do Tribunal Superior [resumo publicado em LEVINSON [n. 2], pp. 165 e ss.]. Sobre todo esse debate, resumidamente, EHRLICH/JOHANNSEN, “Folter im Dienste der Sicherheit?”, em HASSE e outros (Eds.), *Menschenrechte*, 2002, pp. 332 e ss.

<sup>5</sup> Assim, porém, RAESS, *Der Schutz vor Folter im Völkerrecht*, 1989, pp. 112 e s.; KRAMER, *KritJ* (33), 2000, p. 624; SCHLINK, em BRUGGER/SCHLINK, *Darf der Staat foltern? – Eine Podiumsdiskussion* HFR 2002, Beitrag 4, p. 6; SHUE, “Torture”, em LEVINSON (n. 2), pp. 47 ss.. p. 57 e s.; ao que parece também ZIZEK (n. 1), p. 104.

<sup>6</sup> A respeito, vide a decisão do LG Frankfurt, *NJW*, 2005, p. 692 e as referências na próxima nota.

<sup>7</sup> Para o direito brasileiro, cf. o art. 5º III CF e o art. 1º da Lei 9455/1997. Relevando o caráter unívoco do direito positivo alemão, por exemplo, DÜX, *ZRP*, 2002, p. 180;

## 2 EXCEÇÕES À PROIBIÇÃO DE TORTURAR NOS CASOS DE BOMBAS RELÓGIO?

O grupo de casos das bombas relógio tem o mérito de deixar transluzir todas as dificuldades do problema. Não são muitos os que conseguem resistir à tentação que o grupo de casos representa, qual seja, a de tolerar ou permitir a tortura, pelo menos nessas situações excepcionais. A atitude de REEMTSMA, que responde afirmativamente à pergunta luhmanniana – “você faria isso?” – ao mesmo tempo em que propugna uma firme defesa da proibição absoluta, é representativa da postura de muitos doutrinadores<sup>8</sup>. ROXIN, que tampouco tem qualquer dúvida a respeito da antijuridicidade de qualquer ação de tortura, considera “pensável” uma *exculpação* supralegal em tais situações catastróficas.<sup>9</sup> Não faltaram aqueles que, mesmo autodefinindo-se como opositores da

---

KRETSCHMER, *RuP*, 2003, p. 108; JAHN, “Gute Folter – Schlechte Folter?”, *KritV*, 2004, pp. 24 e ss., p. 35; ROXIN, “Rettungsfolter?” (n. 2), p. 163; SCHILD, “Folter einst und jetzt”, em NITSCHKE (Ed.), *Rettungsfolter im modernen Rechtsstaat?*, 2005, pp. 69 e ss., p. 80. Sobre a regulamentação jurídico-positiva alemã em detalhe (e, em parte, discutindo o caso de *Frankfurt*) HECKER, “Relativierung des Folterverbots in der BRD?”, *KritJ* (36), 2003, pp. 210 e ss., pp. 212 e ss.; JESSBERGER, *Jura*, 2003, pp. 712 e ss.; KRETSCHMER, *RuP*, 2003, pp. 102 e ss.; MERTEN, “Folterverbot und Grundrechtsdogmatik”, *JR*, 2003, pp. 404 e ss., p. 405 e s.; WELSCH, “Die Wiederkehr der Folter als das letzte Verteidigungsmittel des Rechtsstaates?”, *BayVBl*, 2003, pp. 481 e ss., p. 483 e s.; GAEDE (n. 2), pp. 161 e ss.; GUCKELBERGER, “Zulässigkeit von Polizeifolter?”, *VBIBW*, 2004, pp. 121 e ss.; JAHN, *KritV*, 2004, pp. 32 e ss.; NEUHAUS, “Die Aussageerpressung zur Rettung des Entführten: strafbar!”, *GA*, 2004, pp. 521 e ss.; ZIEGLER, “Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis”, *KritV*, 2004, pp. 50 e ss., p. 51 e ss.; ELLBOGEN, *Jura*, 2005, pp. 339 e ss.; ESSER, “Die menschenrechtliche Konzeption des Folterverbotes im deutschen Strafverfahren”, em GEHL (n. 2), pp. 143 e ss.; KINZIG (n. 2), pp. 12 e ss.; NOROUZI, “Folter in Nothilfe – geboten?”, *JA*, 2005, pp. 306 e ss.; HONG, “Das grundgesetzliche Folterverbot und der Menschenwürdegehalt der Grundrechte”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 24 e ss.; IPSEN, “Folterverbot und Notwehrrecht”, em LENZEN (n. 2), pp. 38 e ss.

<sup>8</sup> REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat*, 2005, p. 122; de modo similar ZIZEK (n. 1), p. 103. LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, 1993, p. 1 formulou a famosa pergunta se, diante do caso da bomba relógio torturar fosse a única saída, “você faria isso”?

<sup>9</sup> ROXIN, *Staatliche Folter* (n. 2), p. 469; também IDEM, *Rettungsfolter?* (n. 2), p. 172; IDEM, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed, 2006, § 22/169; de modo similar ROBINSON, “Letter to the Editor”, *IsLR* (23), 1989, pp. 189 e ss., p. 191; GROSS, “The Prohibitions on Torture and the Limits of the Law”, em LEVINSON (n. 2), pp. 229 e ss., p. 231, 240 e s., que descreve sua estratégia como a de um absolutismo pragmático e uma desobediência oficial; SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, em LEVINSON (n. 2), pp. 281 e ss., p. 282; BIELEFELDT, “Die Absolutheit des Folterverbots”,

tortura, defendem uma *justificação* nos casos de bombas relógio.<sup>10</sup> Entre os poucos que não duvidam –acertadamente, como veremos – da existência, no caso extremo, de um dever fundado em convicções morais de tolerar a própria morte se encontra o professor espanhol MOLINA FERNÁNDEZ.<sup>11</sup> Não é sem alguma razão, portanto, que os adversários da proibição absoluta se orgulham da honestidade de seu ponto de vista, o qual declara de modo aberto a licitude jurídica e moral da opção que, provável e compreensivelmente, se acabaria por tomar.<sup>12</sup> Esses autores acentuam, sobretudo, que a exceção à proibição de torturar que se está

---

em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 109 e ss., p. 114. O defensor da tortura DERSHOWITZ, “Is it Necessary to Apply “Physical Pressure” to Terrorists – and to Lie About It?”, *IsLR* (23), 1989, pp. 192 e ss., p. 200, queria inicialmente conceder, no máximo, uma exculpação. Partindo da teoria de sistemas tenta POSCHER, “Menschenwürde als Tabu”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 75 e ss., p. 83 e s., elaborar a racionalidade de uma proibição sem exceção que não será respeitada em casos de catástrofes (com modificações parciais, em IDEM, “Menschenwürde im Staatsnotstand”, em LENZEN (n. 2), pp. 47 e ss., p. 61 s.); LENCKNER, em SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB, 27ª ed., 2006, § 34/41e, opina que a pergunta nem sequer deveria ser formulada, porque aqui o Estado de direito chega a seus limites.

<sup>10</sup> SHUE (n. 5), pp. 57 e s.; NEUHAUS, GA, 2004, p. 525, n. 23 y p. 529 e s., que enfaticamente defende a punição de Daschner; JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 519 e pp. 522 e s., que por um lado se opõe à admissão geral da tortura, em razão de efeitos de ruptura de dique, por outro defende uma causa de justificação supralegal para o caso da bomba relógio. Cfr. ademais KADISH, “Torture, the State and the Individual”, *IsLR* (23), 1989, pp. 345 e ss., p. 354, defendendo que a proibição de tortura seria absoluta para o Estado, mas só relativa para o indivíduo. Um cavalo de Tróia entre o campo dos que defendem a proibição absoluta é POSNER, “Torture, Terrorism, and Interrogation”, em LEVINSON (n. 2), pp. 291 e ss., p. 296: a postura mais vantajosa seria a de conservar a proibição tradicional sem implementá-la na situação extrema (que compreenderia seguramente o caso da bomba e, talvez, também o caso do sequestro).

<sup>11</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?”, em CUERDA RIEZU (Ed.), *La respuesta del Derecho ante los nuevos retos*, 2006, pp. 265 e ss., pp. 283 e s..

<sup>12</sup> Assim, em particular, o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 183 (opinião contrária como o “caminho dos hipócritas”); DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works*, New Haven/London, 2002, pp. 150 e s.; IDEM, “Tortured reasoning”, em LEVINSON (n. 2), pp. 257 e ss., p. 266, declara: “A questão substancial não é tanto a tortura como a responsabilidade, a visibilidade e a honestidade em uma democracia que enfrenta uma opção entre dois males”; em particular, também, pp. 274 e s. DERSHOWITZ é famoso por sua proposta de uma ordem judicial de tortura (*torture warrant*) (cfr., por exemplo, *Why Terrorism Works*, p. 158; *Tortured reasoning*, p. 263). Veja-se, ademais, (substancialmente de acordo com DERSHOWITZ) LEVINSON, ““Precommitment” and “Postcommitment”: The Ban on Torture in the Wake of September 11”, *Texas Law Review* (81), 2003, pp. 2013 e ss., p. 2042.

introduzindo depende da ocorrência de situações verdadeiramente extraordinárias, de modo que, na prática, se teria uma proibição quase-absoluta de torturar.<sup>13</sup>

Quais as razões mencionadas em favor desta solução? No presente trabalho, não será possível examinar com igual profundidade os vários argumentos que se vêm oferecendo. Centraremos nossas atenções, assim, naqueles que têm obtido mais peso e reconhecimento na doutrina.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> BRUGGER, “Darf der Staat ausnahmsweise foltern?”, *Der Staat* (35), 1996, pp. 66 e ss., p. 95: “às proibições até então absolutas se acrescenta uma disposição excepcional para o grupo de casos aqui mencionado – mas apenas para estes casos!”. Veja-se, ademais, HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331: trata-se unicamente da questão de se se pode ou não torturar “em determinados casos excepcionais estreitamente delimitados”; LEVINSON, *Texas Law Review* (81), 2003, p. 2031: “A questão é se a tortura está justificada em um único caso, e não se a tortura sempre ou com frequência é legítima”; PARRY (n. 2), p. 159: “Para ser justificável, a tortura deve ser a exceção, e não a regra”; JEROUSCHEK, “Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimierter Zwangseinsatz?”, *JuS*, 2005, pp. 296 e ss., p. 300. Criticamente, com razão, BIELEFELDT, “Das Folterverbot im Rechtsstaat”, em NITSCHKE (n. 7), pp. 95 e ss., p. 101; mais detidamente abaixo item 3.

<sup>14</sup> Por outro lado, a comparação com o denominado disparo mortal final ([Nota de Eduardo Riggi]: entende-se por *finaler Todesschuss* ou por *finaler Rettungsschuss* - disparo final de salvamento - o uso mortal de arma de fogo pela polícia para salvar terceiros de perigos, por ex. nos casos em que se trata de liberar reféns, sendo que negociações e uso de armas não letais não oferecem qualquer perspectiva realista de sucesso) e o *argumento a maiore ad minus* que em seguida se propõe, de teor “se é lícito matar, tem de ser lícito torturar” (principalmente BRUGGER, *Der Staat* [35], 1996, p. 75 e s.; IDEM, “Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?”, *JZ*, 2000, pp. 165 e ss., p. 168; IDEM, em BRUGGER/SCHLINK [n. 5], p. 4; IDEM, *Freiheit und Sicherheit*, 2004, pp. 59 e s.; IDEM, “Das andere Auge. Folter als zweitschlechteste Lösung”, em NITSCHKE [n. 7], pp. 107 e ss., p. 111 e s.; de acordo ISENSEE, *Tabu im freiheitlichen Staat*, 2003, p. 60; OTTO, “Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte”, *JZ*, 2005, pp. 473 e ss., p. 480) é de fácil refutação, bastando negar que o disparo mortal seja mais grave que a tortura (por exemplo, porque o disparo mortal exigiria uma omissão, e a tortura uma ação positiva: WELSCH, *BayVBl*, 2003, p. 485; NEUHAUS, *GA*, 2004, p. 534; HECKER, *KritJ* [36], 2003, p. 215 n. 25 [cauteloso]; JAHN, *KritV*, 2004, p. 43; ENDERS, “Die Würde des Staates liegt in de Würde des Menschen – Das absolute Verbot staatlicher Folter”, em NITSCHKE [n. 7], pp. 133 e ss., p. 139; ou porque a tortura feriria justamente o que o ser humano tem de mais íntimo, GAEDE [n. 2], p. 184; SALIGER, “Absolutes im Strafprozeß?”, *ZStW* [116], 2004, pp. 35 e ss., p. 47; ROXIN, *Staatliche Folter* [n. 2], p. 464; IDEM, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 16/98; veja-se também CHRISTENSEN, “Wahrheit, Recht und Folter – Eine methodische Betrachtung”, em BLASCHKE y otros [Ed.], *Sicherheit oder Freiheit?*, 2005, pp. 133 e ss., pp. 149 e s.; ou também – o que seria o ideal – resolvendo primeiro o problema apontado na nota 2, de explicitar a maneira exata como a tortura viola a dignidade humana, para depois demonstrar que o caso do disparo mortal é diverso

Em primeiro lugar, argumenta-se que *aquele que deve ser torturado não é estranho à situação*, e sim precisamente o responsável por ela. “Tanto a valoração jurídica do comportamento do terrorista (antijurídica), como a da situação da vítima (conforme ao direito), estão bem claras”.<sup>15</sup> Uma proibição absoluta de torturar significaria que “se premia o sangue frio e a astúcia do terrorista”.<sup>16</sup> “Entre o jurídico e o antijurídico, não pode o Estado de Direito portar-se de modo neutro, tendo ele o dever de intervir em favor da vítima.”<sup>17</sup> “Em uma situação em que, faça-se o que se faça, o resultado será sempre a barbárie, deve o direito colocar-se ao lado da vítima e não do autor”.<sup>18</sup> “A tortura afeta um culpado, sua finalidade consiste em salvar um inocente”.<sup>19</sup> “Se o suspeito é de fato o terrorista que está pondo em perigo a vida de pessoas inocentes, é imperativo de justiça que seja ele quem arque com os custos da eliminação desse perigo”.<sup>20</sup> Por

---

[interessante aqui JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 517 n.90: nos casos de disparo de salvamento final, o sequestrador não se encontraria sob a guarda do Estado; similar KREUZER, “Zur Not ein bisschen Folter?”, em NITSCHKE (n. 7), p. 44; diversamente GEBAUER “Zur Grundlage des absoluten Folterverbots”, *NVwZ*, 2004, pp. 1405 e ss., pp. 1408 e s.: nos casos de tortura, o perigo de abuso é maior]. O argumento adicional de BRUGGER, segundo o qual o Estado não poderia reduzir a segurança de seus cidadãos a um nível mais baixo do que o do estado de natureza, no qual os cidadãos seguramente torturariam e se salvariam (BRUGGER em BRUGGER / SCHLINK [n. 5], p. 8; IDEM, *Freiheit* [n. 14], p. 66 e s.; IDEM, em NITSCHKE [n. 7], p. 114; de acordo FAHL, “Angewandte Rechtsphilosophie – “Darf der Staat foltern?””, *JR*, 2004, pp. 182 e ss., p. 189; em sentido similar ERB, “Nothilfe durch Folter”, *Jura*, 2005, pp. 24 e ss., p. 27; IDEM, “Notwehr als Menschenrecht”, *NStZ* 2005, pp. 593 e ss., p. 595), esbarra não só na questão preliminar quanto a se o particular tem mesmo um direito de “torturar” (contra, por ex. KRETSCHMER, *RuP*, 2003, p. 113; PERRON, “Foltern in Notwehr?”, *Festschrift U. WEBER*, 2004, pp. 143 e ss., p. 152 e s.; SCHILD [n. 2], p. 71), como – e decisivamente – pressupõe de modo inaceitável que a garantia da segurança é o último fundamento de legitimidade do Estado. Tal hobbesianismo, que, em razão de sua estrutura consequencialista, não tem qualquer lugar para limites insuperáveis, deve ser recusado pelas razões que abaixo serão explicitadas (principalmente nos itens 4 e 5).

<sup>15</sup> BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 81.

<sup>16</sup> BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 88.

<sup>17</sup> ISENSEE (n. 14), pp. 59 e s.

<sup>18</sup> BRUGGER, *JZ*, 2000, p. 173.

<sup>19</sup> HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 335. A rigor, não está claro se estas afirmações não são mera alusão a argumentos alheios. Ainda assim, se se levam em conta os resultados a que chega o autor (p. 338 s.: impossibilidade da tortura, mas apenas de *lega lata*), parece que, pelo menos ao final, ele acaba por acolhê-las.

<sup>20</sup> GUR-ARYE, “Can the War against Terror justify the Use of Force in Interrogations?”, em LEVINSON (n. 2), pp. 183 e ss., p. 193.

fim, esta idéia também é expressada por aqueles que admitem nas presentes hipóteses uma legítima defesa em favor de terceiro.<sup>21</sup>

A segunda consideração relevante não se refere a uma ação prévia daquele que deve ser torturado, mas sim àquilo que dessa ação pode vir a resultar: *um dano de dimensões desastrosas*. “A mais grave das torturas não é nada em comparação com a ameaça que o terrorista faz aos cidadãos, de sofrer uma morte atroz por meio da explosão de uma bomba”.<sup>22</sup> A proibição absoluta de torturar significa “nada menos que a imposição ao agredido de um dever de aceitar, sem resistência, a destruição antijurídica de sua existência física”<sup>23</sup>. Conseqüência disso seria “nada menos que uma barbárie contra os interesses superiores e justificados de milhões de afetados e, portanto, um escândalo ético”<sup>24</sup>. “É difícil imaginar um menosprezo mais patente à personalidade de um ser humano do que fazê-lo saltar pelos ares, contaminá-lo com radioatividade, envenená-lo com germes mortais, tudo com o mero fim de semear o terror.”<sup>25</sup> “Em relação à vítima, há uma forma qualificada de lesão à dignidade”<sup>26</sup>, noutras palavras, “uma perda de uma posição jurídica em princípio imponderável”.<sup>27</sup> Os princípios do Estado de Direito não deveriam

<sup>21</sup> ERB, em *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, § 32/173 e s.; IDEM, *Jura*, 2005, pp. 24 e ss.; IDEM, *NStZ*, 2005, pp. 593 e ss.; IDEM, em NITSCHKE (n. 7), pp. 149 e ss., pp. 154 e s.; IDEM, “Folterverbot und Notwehrrecht”, em LENZEN (n. 2), pp. 19 e ss., pp. 23 e ss.; FAHL, *JR*, 2004, pp. 186 e s.; JEROUSCHEK/KÖLBEL, “Folter von Staats wegen?”, *JZ*, 2003, pp. 619 e s.; MIEHE, “Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot”, *NJW*, 2003, pp. 1219 e s., p. 1220; SCHAEFER, “Freibrief”, *NJW*, 2003, p. 947; GUR-ARYE (n. 20), pp. 191 e s.; LACKNER/KÜHL, *StGB 25ª ed.*, 2004, § 32/17a; KÜHL, *AT*, 5ª ed., 2005, § 7/156a; JAEGER, “Folterdebatte – es gibt kein schwarz oder weiß”, em GEHL (n. 2), pp. 29 e ss., p. 34; JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, p. 300; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 7ª ed., 2004, § 8/59; IDEM, *JZ*, 2005, p. 481; BREUER, “Das Foltern von Menschen”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST, (n. 2), pp. 11 e ss., p. 21; J. SCHULZ (n. 2), p. 87; WAGENLÄNDER, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, 2006, p. 170. Também BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 83; IDEM, em BRUGGER/SCHLINK (n. 5), p. 8; MOORE, “Torture and the Balance of Evils,” em PLACING BLAME, Oxford, 1997, pp. 670 e ss., p. 715 e ISENSEE (n. 14), p. 59, tocam neste aspecto.

<sup>22</sup> BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 79.

<sup>23</sup> ERB, *Jura*, 2005, p. 27.

<sup>24</sup> TRAPP, “Individualrechte ernst – aber nicht unangemessen ernst genommen”, em NIDA-RÜMELIN/VOSSENKUHL (Ed.), *Ethische und politische Freiheit*, 1997, pp. 448 e ss., p. 463.

<sup>25</sup> ERB, *Jura*, 2005, p. 27.

<sup>26</sup> GÖTZ, „Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes”, *NJW*, 2005, pp. 953 e ss., p. 956.

<sup>27</sup> ERB, “Notwehr als Menschenrecht”, *NStZ*, 2005, p. 597; IDEM, em NITSCHKE (n. 7), p. 154; IDEM, em LENZEN (n. 21), p. 29.

converter-se em um “pacto suicida”.<sup>28</sup> “Números importam, mesmo em decisões de princípios”.<sup>29</sup> A justificação da tortura por meio das figuras dogmáticas do estado de necessidade<sup>30</sup> ou da colisão de deveres<sup>31</sup> é mais uma manifestação desta idéia.

Não se pode negar aos dois grupos de idéias que acabamos de expor alguma força intuitiva. Será correto dar-se por convencido e, com base nessas duas considerações, admitir a legitimidade da tortura unicamente para os casos de bomba relógio?

### 3 EXCEÇÕES E REGRAS, EXCEÇÕES COMO REGRAS

A resposta é negativa. E a razão disso é algo simples, mas pouco visto: em uma argumentação moral ou jurídica, inexitem aspectos que só valem excepcionalmente. Todo aspecto relevante, isto é, todo aspecto ao qual se atribui relevância moral diante de algum problema conserva essa relevância frente a qualquer outro problema equivalente. Dito com outras palavras: no mundo da argumentação moral e jurídica, não existem exceções, entendidas estas como aspectos que somente têm relevância setorial ou *ad hoc*. *Toda exceção expressa uma regra que lhe serve de base*, uma regra que regula, justamente, o que se deve fazer no caso da exceção. Infelizmente, esta regra nem sempre é formulada de maneira explícita, mas ela sempre poderá ser extraída dos argumentos com que

---

<sup>28</sup> Essa expressão, que tem a sua origem no voto do juiz JACKSON em 337 U. S. 1, 37 (1949) é retomada por DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), p. 191 e também, recentemente, por BRUGGER em NITSCHKE (n. 7), p. 117. De maneira similar FAHL, *JR*, 2004, p. 190 n. 105.

<sup>29</sup> DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), p. 189.

<sup>30</sup> Neste sentido principalmente o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, pp. 167 ss., pp. 184 e s., 186; e também ZAMIR, “Human Rights and National Security”, *IsLR* (23), 1989, pp. 375 e ss., p. 395 n. 43; MOORE (n. 21), pp. 724 e s.; MIEHE, *NJW*, 2003, p. 1220; SCHAEFER, *NJW*, 2003, p. 947; PARRY (n. 2), pp. 158 e s.; JAEGER (n. 21), pp. 34 e s.; ao que parece também ZELLER, “Not actual “necessity” but possible “justification”; not “moderate” pressure, but either “unlimited” or “none at all””, *IsLR* (23), 1989, pp. 201 e ss., p. 207, apesar de certas contradições (p. 211 e s.). Já o Tribunal Supremo de Israel, se bem que falou em “estado de necessidade” -*necessity defense*-, o fez mais no sentido de uma exculpação que de justificação (neste sentido também a leitura de GUR-ARYE [n. 20], pp. 188 e s.; já MOLINA FERNÁNDEZ, [n. 11], pp. 273 e s. fala, a meu ver erroneamente, em justificação).

<sup>31</sup> WITTECK, “Menschenwürde und Folterverbot”, *DöV*, 2003, pp. 873 e ss., p. 877; IDEM, “Menschenwürde als Foltererlaubnis?”, em GEHL (n. 2), pp. 37 e ss., p. 45; IDEM, “Achtungs- gegen Schutzpflicht? Zur Diskussion und Menschenwürde und Folterverbot”, em BLASCHKE entre outros (n. 14), pp. 161 e ss., p. 171.

se sustenta a exceção, e isso por considerações que aqui não precisam ser discutidas em profundidade.<sup>32</sup>

Quais as regras que se encontram implícitas nas justificações da exceção à proibição da tortura acima mencionadas? Se, apesar de a tortura violar a dignidade humana, é permitido torturar porque, nos casos de bomba relógio, o candidato à tortura provocou de maneira responsável a situação, acabou-se por propor implicitamente uma regra de seguinte teor: *a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio* (“regra da decadência”). Quem se comporta mal perde, por causa de seu mau comportamento, a pretensão de não ser torturado e de que a sua dignidade seja respeitada. Segundo esse entendimento, a dignidade humana seria algo disponível, que se pode perder dependendo das decisões que anteriormente se tomem. O ser humano não seria portador de dignidade *per se*, pelo mero fato de ser um ser humano. A dignidade seria uma qualidade externa, que se agrega aos seres humanos que a merecem, e que, por isso, também pode ser deles retirada ou sujeita a uma condição resolutive cuja verificação transformaria o afetado num indivíduo de segunda categoria.<sup>33</sup> Uma vez aceita a regra da decadência, abre-se um flanco que permite legitimar a pena de morte,<sup>34</sup> a castração

---

<sup>32</sup> Para tentativas de fundamentar essa pretensão de universalidade dos argumentos morais cf. por exemplo HARE, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, pp. 137 e ss., pp. 158 e s.; IDEM, “Ethical Theory and Utilitarianism”, em SEN/WILLIAMS (Eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982, pp. 23 e ss., p. 25, que a reconduz ao próprio significado de expressões morais como “bem” e “dever”; HABERMAS, “Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm”, em *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 7ª ed., 1997, pp. 53 e ss., p. 97, para o qual esta pretensão é um pressuposto pragmático transcendental da argumentação moral; e ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, pp. 234 e s., p. 237, para quem ela se trata de uma regra fundamental do discurso prático geral. Veja-se extensamente a respeito WIMMER, *Universalisierung in der Ethik*, 1980. Na metaética mais recente, o chamado “particularismo”, que nega a pretensão de universalidade de razões morais, vem ganhando cada vez mais seguidores, por exemplo, NORRIS LANCE/LITTLE, “Defending Moral Particularism”, em J. DREIER (Ed.), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Malden, 2006, pp. 305 e ss., p. 307, com mais referências. Uma discussão dessa postura superaria, contudo, o marco aqui traçado.

<sup>33</sup> Bastante claro MOORE (n. 21), p. 719: “se o bote salva-vidas está afundando e alguém tem de deixá-lo para que os outros se salvem, os assassinos conhecidos entre os passageiros seriam bons candidatos a serem os primeiros que deveriam ser lançados ao mar”.

<sup>34</sup> Corretamente observado por HECKER, *KritJ* (36), 2003, p. 217. Na verdade, a morte *per se* não é ainda um atentado à dignidade. O que faz da pena de morte algo absolutamente inaceitável não é, a rigor, a morte, mas sim as circunstâncias em que essa morte ocorre, a saber, uma situação em que alguém se encontra sob a guarda do Estado, entregue à mercê deste sem possibilidade de defender-se.

obrigatória de delinquentes sexuais<sup>35</sup> ou, inclusive, os assassinatos seletivos de terroristas conhecidos.<sup>36</sup> Da mesma maneira, o reconhecimento da regra da decadência torna mais fácil que se justifique o desrespeito aos direitos fundamentais no trato com a criminalidade organizada.<sup>37</sup>

Se essa primeira regra tem caráter deontológico, vez que determina o correto com independentemente de qualquer cálculo de conseqüências, por meio de aplicação de considerações gerais (quais sejam, o comportamento prévio do beneficiário da proibição), a segunda regra, que subjaz ao segundo grupo de argumentos acima mencionados, é conseqüencialista, isto é, referida a conseqüências.<sup>38</sup> O segundo aspecto favorável à tortura nos casos de bombas relógio é o que se reporta à dimensão do dano esperado. Pois bem, se isso é relevante para permitir que se viole a dignidade humana, então se está aceitando implicitamente a seguinte regra: *a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite (“regra dos custos”)*. Se os demais tiverem um interesse suficientemente intenso em que se viole a dignidade de um sujeito, essa violação estaria permitida. Não se reconheceria, assim, qualquer núcleo da personalidade absolutamente protegido contra intervenções de terceiros. O ser humano poderia, em sua totalidade, ser instrumentalizado para fins alheios, se os demais considerarem estes fins suficientemente valiosos. Uma vez admitida a regra dos custos, não há mais razões para que somente se torture o terrorista e não também, por exemplo, seus filhos,<sup>39</sup> se esta for a única maneira de fazê-lo falar.

Observe-se que, até agora, não demonstramos que as duas regras que acabamos de tornar explícitas sejam incorretas. O que fizemos foi

---

<sup>35</sup> Realçado por LÜDERSSEN, “Die Folter bleibt Tabu”, em Festschrift für RUDOLPHI, 2004, pp. 691 e ss., p. 702; de modo similar MOLINA FERNÁNDEZ (n. 11), p. 281.

<sup>36</sup> Extremo que é justificado de modo coerente por DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), p. 183.

<sup>37</sup> Veja-se por exemplo TRAPP (n. 24), pp. 470 e s., que, partindo de uma variante do utilitarismo por ele formulada, qualifica estes direitos de “liberal-fundamentalistas”.

<sup>38</sup> Sobre a distinção entre conseqüencialismo e deontologismo cfr. BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 2003, p. 113 e ss.; NEUMANN, “Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik”, *ARSP* (44), 1991, pp. 248 e ss., pp. 250 e s.); IDEM, “Die Moral des Rechts”, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (2), 1994, pp. 81 e ss., pp. 82 e s. Segundo LÜBBE, “Konsequenzialismus und Folter”, em LENZEN (n. 2), pp. 67 e ss., p. 70, o argumento central dos defensores da tortura teria caráter deontológico. Isto só é parcialmente correto, como adiante se verá.

<sup>39</sup> Assim também KREMNITZER, “The Landau Commission Report”, *IsLR* (23), 1989, pp. 216 e ss., p. 234; MARX (n. 2), pp. 119 e s.; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 11), p. 280; veja-se o caso do terrorista, Mohammed, de alto escalão dentro da Al-Qaeda, que foi preso pelos EUA (para más detalhes, DERSHOWITZ, *Terrorism* [n. 12], p. 270).

apenas desenvolver um modesto *argumento de coerência*: não é possível compatibilizar o reconhecimento dessas regras com outras regras constitutivas e fundamentais para a nossa compreensão tradicional do Direito. A nossa tradição se baseia – contrariamente à regra da decadência – na idéia de que existe algo como uma dignidade inalienável e direitos humanos inalienáveis, dignidade e direitos que não podem ser negados nem ao pior dos criminosos,<sup>40</sup> e que o indivíduo – contrariamente à regra dos custos – não está nem à disposição da utilidade do Estado, nem da dos demais cidadãos.<sup>41</sup> Enquanto sustentarmos estes princípios, teremos de manter firme o repúdio à tortura, também e precisamente em situações excepcionais.<sup>42</sup>

Poucos dentre os defensores da solução flexibilizadora terão a coragem de romper de modo expresso com os princípios que se acaba de mencionar. Não é por acaso que as duas regras que explicitamos praticamente nunca tenham sido defendidas de maneira aberta e que o *topos* do direito penal do inimigo em sua versão legitimadora-afirmativa, que pode ser entendido como uma tentativa de articular ambas as regras, tenha provocado fundada indignação.<sup>43</sup> Como já foi acima dito, em geral

---

<sup>40</sup> Veja-se, por exemplo, DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, *AöR* (81), 1956, pp. 117 e ss., p. 126; BADURA, “Generalprävention und Würde des Menschen”, *JZ*, 1964, pp. 337 e ss., p. 341; HÄBERLE, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, em ISENSEE/KIRCHHOF (Ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. I, 1987, § 20/44; BVerfGE 87, 228.

<sup>41</sup> Por todos DÜRIG, *AöR* (81), 1956, pp. 127 e ss. (chamada *Objektformel*); BVerfGE 87, 228.

<sup>42</sup> Muito similar R. MARX (n. 2), p. 121.

<sup>43</sup> A respeito do direito penal do inimigo veja-se JAKOBS, “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, *HRRS*, 2004, pp. 88 e ss.; *Idem*, “Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW* (117), 2005, pp. 839 e ss.; criticamente GRECO, “Über das sogenannte Feindstrafrecht”, *GA*, 2006, pp. 96 e ss., pp. 104 e s. (= “Sobre o chamado direito penal do inimigo”, *RBCC* 56 [2005], p. 80 e ss.); ROXIN, *AT*, t. I, § 2/127 e s.; SALIGER, “Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?”, *JZ*, 2006, pp. 756 e ss.; SCHÜNEMANN, “Feindstrafrecht ist kein Strafrecht”, *Festschrift für NEHM*, 2006, pp. 219 e ss. Traçando, com razão, conexões entre o *topos* do direito penal do inimigo e a tentativa de legitimar a tortura GAEDE (n. 2), pp. 175 e s.; JAHN, *Das Strafrecht des Staatsnotstandes*, 2004, p. 234; FRANKENBERG, “Kritik des Bekämpfungsrechts”, *KritJ* (38), 2005, pp. 370 e ss., pp. 383 e s.; BIELEFELDT (n. 13), pp. 103 e s.; BEESTERMÖLLER, “Folter – Daumenschrauben an der Würde des Menschen”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 115 e ss., p. 115; BRUNKHORST, “Folter, Würde und repressiver Liberalismus”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2) pp. 88 e ss., pp. 92 e s. O próprio JAKOBS, *ZStW* (117), 2005, p. 849 numa recente declaração, que é no mínimo ambígua e seguramente acrítica, diz que o Estado ao interrogar terroristas tem de ultrapassar os limites do § 136a da Strafprozessordnung (que proíbe, entre outras coisas, o uso de coação no interrogatório).

se prefere tentar vender a ilusão de que se está apenas prevendo uma exceção para um caso excepcional.<sup>44</sup>

Ainda assim, seria possível que o defensor da opinião criticada defendesse as duas regras de modo aberto. Neste caso, não seria mais suficiente o argumento da coerência até agora desenvolvido, tornando-se necessário estabelecer que as duas regras são também em si errôneas.

#### 4 CRÍTICA À REGRA DA DECADÊNCIA

A dignidade é algo que se pode perder por comportamento inadequado: assim reza a primeira regra. Já dissemos que isso não se compatibiliza com a nossa concepção de dignidade. A tarefa a que agora nos voltamos é a de demonstrar que a nossa concepção de dignidade tem de ser mantida, que não é defensável modificar nosso conceito. A rigor, teríamos de descer aos fundamentos da filosofia política para esclarecer as razões últimas que alicerçam a proibição de violar a dignidade mediante a tortura. No presente marco, será possível apenas um esboço.

O *Estado* detém o monopólio do exercício da violência em determinado território. Em outras palavras, ele é a instância superior de poder em determinado território. Nisso ele não se diferencia, porém, do bando de ladrões agostiniano, pois este também é a instância mais poderosa em determinado espaço. Ainda assim, o Estado declara-se diferente do bando de ladrões, porque afirma exercer não apenas poder, e sim *poder legítimo*. O Estado se vê, assim, diante da necessidade de fundamentar jurídica e moralmente essa pretensão. Dito de outro modo: o Estado tem de apresentar um *título* que explique por que o poder estatal pode pretender ser jurídica e moralmente legítimo.

Tempos atrás, os Estados faziam valer como título, por exemplo, uma ordem divina ou uma tradição familiar. Em certos casos, que felizmente permaneceram excepcionais, este título foi mesmo a chamada

---

<sup>44</sup> Vejam-se referências supra nota de rodapé 13. Além da estratégia de manter silêncio sobre as duas regras, é muito comum a estratégia de negá-las sem qualquer justificação, como, por exemplo, ΟΤΤΟ, *JZ*, 2005, p. 481: “mas ele (o torturado) tampouco fica privado de seus direitos em razão de seu comportamento”. Vide também o parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, p. 184, que se por um lado diz que “organizações que têm como seu objetivo o terrorismo não tem o direito moral de exigir do Estado que mantenha diante delas o respeito às tradicionais liberdades civis”, reitera, contudo, na próxima frase o compromisso de respeito aos direitos humanos. Entre os poucos que mencionam claramente a regra da decadência estão BREUER (n. 21), p. 22, e JAKOBS, *ZStW* (117), 2005, p. 843 n. 8.

a que se fundasse uma sociedade racialmente homogênea ou sem propriedade privada. O estado atual, sob cujo poder nós vivemos, exhibe um outro título: *ele diz exercer seu poder em nosso nome*. Por conseguinte, ele fundamenta seus direitos e tenta obrigar jurídica e moralmente os destinatários do exercício de seu poder não mais apelando a Deus ou à tradição, mas sim a estes próprios destinatários.

Para que a legitimidade do Estado se converta em algo mais do que uma simples afirmação, ele deve levar realmente a sério aqueles em cujo nome pretende falar. Isto não significa apenas que o Estado deve ter certa consideração por aquilo que os cidadãos querem, mas, ainda mais fundamentalmente, que *o Estado tem de levar a sério o fato de que os cidadãos são capazes de querer, de que são seres capazes de vontade*. O título de legitimidade estatal pressupõe que existam seres humanos que tenham uma vontade, de modo que o Estado que se valha deste título se vê vinculado a respeitar esse primeiro dado básico. Uma representação que desconhece por completo o representado, porque este sequer é tido como portador de uma vontade, não é uma verdadeira representação. Em tal caso, não se cria qualquer dever moral ou jurídico de respeitar as medidas provenientes dessa instância de poder, porque, da perspectiva dos afetados, não há nada que as diferencie das ações do bando de ladrões.

Esclarecendo: o Estado não promete atuar segundo todo e qualquer conteúdo da vontade de seus cidadãos. Isto seria mais próprio de uma relação entre a avó e seu neto mimado que da relação entre o Estado e o cidadão. O Estado promete, portanto, respeitar não o conteúdo da vontade, mas o próprio fato de que os cidadãos têm uma vontade. Isso é mais fundamental e constitui a chave tanto para explicar por que a tortura está proibida, como por que nenhum comportamento incorreto pode derrogar essa proibição.

Dessas modestas reflexões se pode deduzir, primeiramente, a *inadmissibilidade da tortura*: a tortura nega o fato de que o ser humano tenha uma vontade, o que é pressuposto de qualquer exercício de poder legítimo.<sup>45</sup> Não se trata, portanto, de que alguém sofra algo que não quer,

---

<sup>45</sup> De modo similar ENDERS (n. 14), p. 142; MARX (n. 2), pp. 118 e s.; mais aprofundadamente BRUNKHORST (n. 43), pp. 92, 99 e REEMTSMA (n. 8), p. 125, que vêem na destruição da vontade do cidadão um cancelamento das condições do exercício legítimo de poder. Isso não é enxergado por ERB, em NITSCHKE (n. 7), p. 162; IDEM, em LENZEN (n. 21), p. 32, que vê na tortura nada mais do que um delito de constrangimento ilegal executado mediante vis compulsiva. Próximo à posição aqui desenvolvida, mas ainda insuficiente SPIRAKOS, *Folter als Problem des Strafrechts*, 1990, p. 196 que considera a "participação no Estado" o bem lesionado pela tortura, o que deveria fazê-lo chegar à conclusão (por ele negada, p. 229 e ss.) de que se poderia torturar se houvesse perigo de que o Estado deixasse de existir, não mais se podendo participar nele.

mas sim de que alguém seja submetido a um tratamento que se mostra completamente indiferente em relação ao fato de que o afetado tenha uma vontade. A tortura elimina a vontade, e o faz de maneira tão completa que o torturado não mais pode constar entre aqueles em cujo nome o Estado pretende atuar. A tortura está proibida porque é um ato de exclusão, porque ela exclui o indivíduo do círculo de cidadãos em cujo nome o Estado pode pretender atuar.

Ainda assim, seria cabível a pergunta quanto a se o cidadão não pode auto-excluir-se,<sup>46</sup> se não é possível levar em conta a sua vontade de já não ser representado pelo Estado, vendo no comportamento antijurídico prévio uma razão para torturar. A resposta é negativa. Como se afirmou, o mal da tortura não é que ela seja incompatível com o conteúdo do que se quer, mas sim que ela declara irrelevante o próprio fato de que se possa em absoluto querer. Por meio da tortura, o Estado declara a vontade de um cidadão algo inexistente. Portanto, parece contraditório recorrer ao conteúdo da vontade – da mesma vontade que, independentemente de seu conteúdo, é declarada, já como tal, irrelevante pelo ato de torturar – e extrair dele a decadência da pretensão de não ser torturado.

Além disso, como *objeção adicional* à regra da decadência, poderia acrescentar-se (que uma das circunstâncias que tornam ainda menos provável a ocorrência do caso da bomba relógio é que se tenha descoberto o terrorista que instalou a bomba. A regra da decadência é imprecisa no que se refere à determinação de quem deve ser considerado responsável e, portanto, perder a pretensão de respeito à dignidade. Se partirmos das regras jurídico-penais de imputação de responsabilidade, não apenas quem colocou a bomba poderá ver decair sua pretensão de não ser torturado. O mesmo talvez se passe com todo partícipe a título de instigação ou cumplicidade e mesmo com qualquer pessoa que tenha conhecimento de onde se encontra a bomba. Pois o *não-garante portador de tal conhecimento* – por ex., o aliado que não participa, o advogado, ou inclusive a namorada ou a mãe do terrorista – ainda que não intervenha na explosão nem como autor, nem como partícipe, é em certo sentido um responsável, a saber, a título de omissão de socorro. Por isso, defensores

---

<sup>46</sup> JAKOBS, *ZStW* (117), 2005, p. 849, em suas últimas declarações sobre o direito penal do inimigo enfoca este aspecto: a exclusão do terrorista seria uma autoexclusão. De acordo POLAINO-ORTS, *Derecho Penal del Enemigo*, Lima, 2006, pp. 97, 99 e s., 102, 106: “O inimigo o é porque quer sê-lo”.

conseqüentes da regra da decadência defendem a admissibilidade da tortura de tais terceiros não-garantes que tenham apenas conhecimento da situação.<sup>47</sup> Isso acaba por tornar questionável se a admissibilidade da tortura de fato dependeria de um comportamento prévio. Afinal, estaria permitido torturar praticamente todo sujeito que, sem ter intervindo na colocação da bomba, obtenha qualquer conhecimento que possa ser de utilidade para evitar as más conseqüências que se temem.<sup>48</sup> Já que qualquer um, e não apenas quem colocou a bomba, pode ser “responsável”, então qualquer um, e não apenas quem colocou a bomba, pode ver decair a sua dignidade. Com isso, o argumento da perda da dignidade é quase reduzido *ad absurdum*, vez que ele começa deontologicamente, calcando-se na idéia de responsabilidade, para ao final não se diferenciar-se em praticamente nada de uma postura conseqüencialista, que se apóia exclusivamente em custos. De uma perspectiva conseqüencialista, tampouco se torturaria uma pessoa que não soubesse como evitar o dano, pois uma medida como esta de nada serviria para evitar a catástrofe.

O argumento decisivo contra a regra da decadência é, portanto, o seguinte: a negação fundamental da vontade não pode ser justificada por meio de qualquer recurso à vontade. A regra da decadência acaba não só sendo falsa, como também quase hipócrita, porque ela finge observar a vontade do torturado para submeter esta mesma vontade à mais profunda negação. Como argumento adicional não deve passar inadvertido que a regra da decadência é quase impassível de limitações, vez que o responsável pela bomba é não somente o terrorista que a coloca, mas em última análise qualquer um que tenha dela conhecimento (por causa da omissão de socorro).

---

<sup>47</sup> Assim, principalmente MOORE (n. 21), p. 717; em sentido contrário GUR-AYRE (n. 20), p. 193. DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), pp. 174 e s. também propõe que se abandone a distinção que faz o direito internacional entre combatentes e não-combatentes, de modo que qualquer um que se beneficie do terrorismo tenha de suportar os custos da luta contra ele (contrariamente, com razão, o já bastante concessivo IGNATIEFF, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Edinburgh, 2005, p. 94).

<sup>48</sup> O único grupo de casos em que surge uma diferença é aquele em que as pessoas que têm o conhecimento são irresponsáveis – por ex., a filha de 12 anos do terrorista sabe de tudo. Se levarmos em conta que a irresponsabilidade destas pessoas deriva comumente de insuficiências intelectuais, a importância prática dessa diferença acaba sendo insignificante.

## 5 CRÍTICA À REGRA DOS CUSTOS

Uma crítica mais profunda à regra dos custos já foi fornecida no ponto 4. Esta regra submete o respeito da dignidade humana a uma reserva de custos, o que é incompatível com a idéia de que o Estado pretenda exercer seu poder em nome de todos os destinatários. Submeter a dignidade humana a uma reserva de custos é, na verdade, renunciar à dignidade, vez que dignidade significa, primariamente, um valor intrínseco completamente independente dos interesses dos demais. Em outras palavras, o respeito à dignidade humana é uma consideração deontológica (em sentido kantiano), cuja obrigatoriedade é de todo independente das boas e más conseqüências que o atendimento desta exigência pode ter.<sup>49</sup> O próprio estabelecimento da segunda regra já contradiz estas

---

<sup>49</sup> Explicado claramente por NEUMANN, “Die Tyrannei der Würde”, *ARSP* (84), 1998, pp. 153 e ss., p. 154, e HRUSCHKA, “Die Würde des Menschen bei Kant”, *ARSP* (88), 2002, pp. 463 e ss., (pp. 478 e s.: a incompatibilidade entre dignidade e consequencialismo), e com relação direta ao problema da tortura GAEDE (n. 2), pp. 173 e s.: “Para o utilitarismo não é possível pensar em algo absoluto no sentido de um direito absoluto” e JAHN, *KritV*, 2004, p. 47. Nesta linha também HASSEMER, “Unverfügbares im Strafprozeß”, em *Festschrift für MAIHOFFER*, 1988, pp. 183 e ss., pp. 200 e s. Por isso, são coerentes TRAPP (n. 24), p. 459; IDEM, “Wirklich Folter oder nicht vielmehr selbstverschuldete Rettungsbefragung?”, em LENZEN (n. 2), pp. 95 e ss., pp. 97, 113 e ss. e JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 515, que, partindo de perspectivas utilitaristas, não admitem regras ou direitos sem exceção, e BRUGGER, *JZ*, 2000, p. 172; IDEM, *Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht*, 2005, pp. 166 e s., que em suas publicações mais tardias professa expressamente o consequencialismo. Veja-se já a defesa da tortura realizada por BENTHAM, “Of Torture; Of Compulsion and herein of Torture”, em TWINING/TWINING, *Northern Ireland Legal Quarterly* 24 (1973), p. 305 ss., pp. 312 e s., 330 e s. Os autores que falam de um conflito “dignidade contra dignidade” (así BRUGGER, *Der Staat* [35], 1996, pp. 79 e s.; IDEM, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, 1997, pp. 23 e s.; IDEM, *JZ*, 2000, p. 169; IDEM, em BRUGGER /SCHLINK [n. 5], p. 4; IDEM, *Freiheit* [n. 14], pp. 61, 63 e s.; IDEM, em NITSCHKE [n. 7], p. 112; ISENSEE [n. 14], p. 59; WITTECK, *DöV* 2003, pp. 878 e s.; IDEM, em GEHL [n. 2], pp. 50 y ss; IDEM, em BLASCHKE [n. 14], pp. 177 e s. [com uma réplica pouco convincente pp. 179 e s.], que fala em lesão à dignidade só em casos específicos, e não já quando houver perigo de vida; GÖTZ, *NJW*, 2005, p. 955; WAGENLÄNDER [n. 21], p. 167; ao que parece também BIRNBACHER, “Ethisch ja, rechtlich nein – ein fauler Kompromiss?”, em LENZEN [n. 2], pp. 135 e ss., pp. 142, 145 e 147; solução diferenciadora em STEINHOFF, “Warum Folter manchmal moralisch erlaubt, ihre Institutionalisierung durch Folterbefehle aber moralisch unzulässig ist”, em LENZEN [n. 2], pp. 173 e ss., p. 185, que se vale do argumento apenas para fundamentar a moralidade, e não a juridicidade da tortura; indo além LENZEN, “Folter”, *Menschenwürde und das Recht auf Leben*, em LENZEN [n. 2], pp. 200 e ss., pp. 210 e ss., para o qual a vida da vítima já vale mais do que a dignidade do autor]) desconhecem que a dignidade não é um bem que se deve – de modo consequencialista — maximizar, e sim uma limitação deontológica à

considerações, pois a segunda regra reinterpreta a dignidade de modo conseqüencialista, ou seja, tornando-se dependente das conseqüências.

Ainda que possamos, teoricamente, dar-mo-nos por satisfeitos com esse esclarecimento, suponhamos, *ad argumentandum*, que as coisas sejam como afirmam os partidários da exceção à proibição de torturar, de maneira que se possa deixar de respeitar a dignidade humana para evitar danos de dimensões catastróficas. Decorreria daí a admissibilidade da tortura em casos como o que aqui se discute?

Contrariamente ao que supõem os defensores da exceção à proibição de torturar, uma resposta afirmativa parece no mínimo duvidosa. É verdade que estas dúvidas não se referem àquilo que ocorreria se não se evitasse a explosão da bomba. Não se pretende negar que esse dano teria, de fato, dimensões catastróficas. O que parece *questionável* é a *avaliação dos defensores da tortura, segundo a qual esse dano seria maior do que o que se produziria se a tortura fosse permitida*. Esta afirmativa, que se vende como empírica, é a rigor amplamente ideológica. A repetida advertência de que permitir a tortura gera perigos de ruptura do dique ou um declive escorregadio (*slippery slope*) é, no mínimo,

---

maximização de qualquer bem. Se o deontologismo for capaz de fundamentar deveres de ação, e não apenas de omissão (neste sentido por ex. HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990, p. 189), fica claro que os últimos permanecem prioritários em caso de conflito (no mesmo sentido, referindo-se ao caso da tortura MERTEN, *JR*, 2003, p. 407; WELSCH, *BayVBI*, 2003, p. 484; NEUHAUS, *GA*, 2004, p. 533; SALIGER, *ZStW* [116], 2004, p. 47; SCHILD [n. 2], p. 72; WOLBERT, “Ausnahmsloses Verbot der Folter?”, em GEHL [n. 2], pp. 93 e s.; ademais MARX [n. 2], pp. 120 e s., e ROXIN, *Staatliche Folter* [n. 2], p. 466; IDEM, *Rettungsfolter* [n. 2], p. 164; IDEM, *AT*, t. I, 4ª ed., § 16/99: os deveres de proteção persistem unicamente dentro dos limites do possível em um Estado de Direito). Recorde-se, ademais, a importante advertência jurídico-positiva de HONG (n. 7), p. 26, y CHRISTENSEN (n. 14), p. 138, segundo a qual deveres de proteção por si sós tampouco bastam para legitimar uma intervenção na liberdade dos cidadãos, sendo necessário, muito mais, lei que o faça expressamente. Cfr. no mesmo sentido, mas sem relação com o debate sobre a tortura, WAHL/MASING, “Schutz durch Eingriff”, *JZ*, 1990, pp. 553 e ss., pp. 557 e s.

A estrutura deontológica do *topos* da dignidade humana é desconhecida também por aqueles que querem determinar o conteúdo da dignidade do ser humano mediante uma ponderação (por exemplo SCHLEHOFER, “Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes – absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt?”, *GA*, 1999, pp. 357 e ss., pp. 362 e s.; NEUHAUS, *GA*, 2004, pp. 529 e s.; JEROUSCHEK/KÖLBEL, *JZ*, 2003, p. 618; HERZBERG, *JZ*, 2005, pp. 323 e s., especialmente p. 324), ou que concebem a proibição deontológica referida à dignidade como resultado de uma “ponderação de segunda ordem” (assim SALIGER, *ZStW* [116], 2004, p. 65), ou que entendem a dignidade como um ideal que deve ser alcançado (WETZ, “Die Würde des Menschen – Ein Phantom?”, *ARSP* [87], 2001, pp. 311 e ss., p. 323).

plausível.<sup>50</sup> A admissão da tortura, ainda que para uma situação excepcional, significa que se reabilita uma estratégia de solução de problemas que deveria permanecer exilada do âmbito daquilo que sequer se pode levar em consideração.

E é, à primeira vista, surpreendente que esses perigos passem despercebidos por quase<sup>51</sup> todos os defensores da flexibilização da proibição absoluta de torturar,<sup>52</sup> ou que estes autores no máximo se preocupem em contestá-los com argumentos no mínimo ingênuos.<sup>53</sup> Essa

---

<sup>50</sup> KREMNIETZER, *IsLR* (23), 1989, pp. 260 e s.; RAESS (n. 5), pp. 112 e s.; MORGAN, "The Utilitarian Justification of Torture", *Punishment and Society* (2), 2000, pp. 181 e ss., pp. 191 e ss.; EHRLICH/JOHANNSEN (n. 4), pp. 358 e s.; ZIZEK (n. 1), p. 104; HAURAND/VAHLE, "Rechtliche Aspekte der Gefahrenabwehr in Entführungsfällen", *NVwZ*, 2003, pp. 514 e s., p. 521; KRETSCHMER, *RuP*, 2003, p. 114; WELSCH, *BayVBl*, 2003, p. 485; GEBAUER, *NVwZ*, 2004, pp. 1408 e s.; ZIEGLER, *KritV*, 2004, p. 62; GROSS (n. 9), pp. 234 e s.; ELLBOGEN, *Jura*, 2005, p. 342; GUSY, "Christian Thomasius: Über die Folter, 1705", *NJW*, 2005, pp. 239 e ss., p. 240; KREUZER (n. 14), p. 44; MARX (n. 2), pp. 113 e s.; ROXIN, *Staatliche Folter* (n. 2), pp. 467 e s.; IDEM, *Rettungsfolter?* (n. 2), pp. 171 e s.; K. GÜNTHER, "Darf der Staat foltern, um Menschenleben zu retten?", em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 101 e ss., pp. 106 e s.; HASSEMER, "Sicherheit durch Strafrecht", *StV*, 2006, pp. 321 e ss., p. 330; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 11), pp. 280 e s.; VON DER PFORDTEN, "Ist staatliche Folter als fernwirkende Nothilfe ethisch erlaubt?", em LENZEN (n. 2), pp. 149 ss., p. 168; POSCHER, *Menschenwürde* (n. 9), pp. 50 e ss., p. 53; STEINHOFF (n. 49), pp. 194 e ss.; também JAHN (n. 43), p. 255 e WOLBERT (n. 49), pp. 90 e s.; que estes perigos fornecem, no máximo, um argumento adicional, é relevado corretamente por GAEDE (n. 2), 190 e BIELEFELDT (n. 9), pp. 112 e s.

<sup>51</sup> As raras exceções são JEROUSCHEK/KÖLBEL, *JZ*, 2003, pp. 618 e s. (diferente, contudo, JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, pp. 301-302), e JOERDEN, *Jahrbuch für Recht und Ethik* (13), 2005, p. 519, que por isso fundamentam a flexibilização da proibição absoluta de modo mais cauteloso.

<sup>52</sup> Parecer da Comissão Landau, *IsLR* (23), 1989, pp. 173 e s.; BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 97, chega a discutir as "conseqüências mais distantes" da relativização da proibição de torturar, sem dar resposta ao problema; e especialmente IDEM, em NITSCHKE (n. 7), pp. 114 e s. (apesar do título do apartado se chamar "ruptura do dique para dentro e para fora?"); IDEM, *Kreuz* (n. 49), 167; DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), pp. 144 e s.; BREUER (n. 21), p. 91.

<sup>53</sup> Cfr. principalmente ERB, *NStZ*, 2005, p. 601; IDEM, em NITSCHKE (n. 7), pp. 166 e s.; IDEM em LENZEN (n. 21), pp. 35 e s., também POSNER (n. 10), pp. 294 e s.; FAHL, *JR*, 2004, 189; WAGENLÄNDER (n. 21), pp. 167 e s. Chega a ser escandaloso o comentário de POSNER cit., para quem os efeitos corruptores da tortura não se produziriam se ela só for praticada no estrangeiro. Deve entender-se como provocação jocosa a inversão do argumento da ruptura do dique proposta por BRUGGER, segundo a qual a proibição absoluta de torturar teria efeitos negativos incontroláveis (BRUGGER, *Freiheit* [n. 14], p. 70; IDEM em NITSCHKE [n. 7], p. 116), enquanto a afirmação de WITTECK de que por "razões de princípio" não interesam as conseqüências quando se trata de salvar a dignidade da vítima (em BLASCHKE e outros [n. 14], p. 186), representa uma contradição com as próprias - e talvez inconscientes - premissas conseqüencialistas.

surpresa desaparece, entretanto, se refletirmos a respeito da carga emocional – ou, mais precisamente, ideológica – do exemplo da bomba relógio. O exemplo não é problemático nem por se tratar de uma situação extraordinária, tampouco por nos induzir, com sua retórica, a que tomemos uma decisão apressada e irrefletida, como se estivéssemos a escutar o tique-taque da bomba.<sup>54</sup> Na verdade, o problemático é que, apesar de bandeira conseqüencialista que o exemplo ostenta, ele induz a uma infração de um princípio fundamental da mais importante espécie de conseqüencialismo, qual seja, o utilitarismo: o *princípio da imparcialidade*.<sup>55</sup> Somos nós que sofremos o dano decorrente da bomba relógio;<sup>56</sup> já os danos decorrentes da tortura são sofridos por outras pessoas. O caso da bomba nos leva a pensar apenas nos danos diretamente decorrentes da explosão e que deixemos em segundo plano todos os outros danos que podem indiretamente derivar da autorização da tortura. Não é surpresa que quem defenda uma tal análise custo-benefício pela metade acabe por considerar “desumana”<sup>57</sup> a proibição absoluta da tortura. Porque caso a tortura venha a ser permitida, ainda que em situações excepcionais, não seremos nós quem terá de viver com medo de ser torturado, e sim os membros de grupos étnicos minoritários,<sup>58</sup> cujos interesses, ao que parece, não são computados no cálculo de custo-benefício. Belo balanço custo-benefício, em que nós desfrutamos dos benefícios e os outros arcam com os custos.

---

<sup>54</sup> E, por isso, tampouco que o exemplo se centre numa comunicação gráfica, o que é apontado por ULBRICH, “Die normative Kraft der Bilder: Zur Funktion des Bildhaften in der Diskussion über die Zulässigkeit staatlicher Folter”, em NITSCHKE (n. 7), pp. 119 e ss., pp. 122 y 130-131.

<sup>55</sup> Cfr., por exemplo, os conseqüencialistas HARE em SEN/WILLIAMS (n. 32), p. 25; TRAPP (n. 24), p. 456; PETTIT, “The Consequentialist Perspective”, em BARON/PETTIT/SLOTE, *Three Methods of Ethics*, Malden entre otros, 1997, pp. 92 e ss., pp. 141 e s., 148; GESANG, *Eine Verteidigung des Utilitarismus*, 2003, pp. 98 y 123. Referindo-se ao problema da tortura e do parecer Landau KREMNIETZER, *IsLR* (23), 1989, p. 277: “Só quem for capaz de enxergar-se em ambos os pares de sapatos – no do torturador e no do torturado – e continuar aceitando a conclusão da comissão (no sentido da permissão da tortura em situações de necessidade – LUÍS GRECO) é um verdadeiro defensor do parecer”.

<sup>56</sup> Por isso não surpreende que BRUGGER inicie suas novas versões do caso da bomba relógio da seguinte maneira: “O caso se passa na cidade natal do leitor” (*JZ*, 2000, p. 165).

<sup>57</sup> Neste sentido ERB, *Jura*, 2005, p. 30.

<sup>58</sup> KAISER, “Folter, Misshandlung und krimineller Machtmissbrauch heute”, *KrimJ* (35), 2003, pp. 243 e ss., p. 254.

Mas há uma segunda razão para a facilidade com que, numa situação como a que discutimos, se considera a tortura a alternativa mais benéfica. Esta razão é a mudança de atitude face ao Estado, mudança que também é refletida nas pesquisas de opinião pública sobre a tortura.<sup>59</sup> Uma sadia desconfiança face ao Estado parece ser quase constitutiva do pensamento liberal.<sup>60</sup> O Estado não é visto nem como o âmbito em que o ser humano realiza e aperfeiçoa sua natureza,<sup>61</sup> nem como a realização da idéia ético-moral objetivamente racional,<sup>62</sup> e sim, em primeira linha, como o Leviatã,<sup>63</sup> ou seja, como uma ameaça constante para os direitos de seus subordinados. Ainda assim, especialmente nos países que gozam de amplo bem-estar, essa *atitude distanciada em relação ao Estado parece estar sendo substituída por uma considerável confiança*, de modo que o objeto primário da sensação de medo não é mais o Estado, e sim grupos criminosos ou terroristas dele desvinculados.<sup>64</sup> Também por isso, a análise custo-benefício proposta pelos partidários da exceção à proibição de torturar se revela só aparentemente empírica, e predominantemente ideológica, vez que ela pressupõe a premissa, repetidamente refutada pela história, segundo a qual *se deve temer mais aos particulares do que ao Estado*. Assim, de fato, se manifesta DERSHOWITZ nas primeiras páginas de seu livro: “Um princípio importante das liberdades civis era que os mais intensos perigos para a liberdade vinham do estado poderoso. (...) O fenômeno relativamente novo

---

<sup>59</sup> Veja-se a respeito SCHNORR/WISSING, *ZRP*, 2003, p. 142, que tomam estes resultados corretamente como “expressão de uma decadência de valores”.

<sup>60</sup> Corretamente FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 5ª ed., Roma/Bari, 1998, p. 927.

<sup>61</sup> Neste sentido a interpretação tradicional de ARISTOTELES, *Politik* (trad. por Rolfes), 1995, 1º Livro Cap. II, e de Christian WOLFF, *Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem Gemeinen Wesen*, Ed. Arndt, Hildesheim/New York, 1975, §§ 215 e ss., 218, 224; IDEM, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts*, ed. Thomann, Hildesheim/New York, 1980, especialmente o § 9.

<sup>62</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986, § 259. Contra essa interpretação tradicional de HEGEL como filósofo do Estado antiliberal (por todos, POPPER, *The Open Society and its Enemies*, t. 2, 5ª ed., New Jersey, 1966, pp. 27 e ss. e HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, Indianapolis, 1952, pp. 367 e ss., especialmente p. 399), há quem defenda uma releitura de HEGEL como liberal (por exemplo RAWLS, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge entre otros, 2000, pp. 352 e ss.) ou como politicamente neutro (PAWLIK, “Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen”, *Der Staat* [41], 2002, pp. 183 e ss., pp. 193 e s.).

<sup>63</sup> HOBBS, *Leviathan*, ed. Tuck, Cambridge, 1996, *passim*.

<sup>64</sup> Relevado com acerto por LÜDERSSEN (n. 35), p. 696: “as pessoas... se desacostumaram a sentir medo do Estado”; K. GÜNTHER (n. 50), p. 105; REEMTSMA (n. 8), p. 100.

dos grupos terroristas – organizações que, em si mesmas, não são Estados, mas que, ainda assim, fazem guerra e procuram acesso a armas de destruição – desafia pela primeira vez esse paradigma. O novo paradigma – grupos terroristas capazes de causar um estrago de dimensão que, anteriormente, só os Estados conseguiam provocar, mas que não são responsáveis como os Estados – exige dos defensores dos direitos civis que repensemos o nosso foco na ação do Estado”.<sup>65</sup> BRUGGER começa um de seus primeiros artigos com a pergunta quanto a se a proibição absoluta de torturar seria também válida, “quando o Estado não é autoritário nem totalitário, mas se encontra organizado segundo o princípio democrático e do estado de direito e, no caso concreto, persegue propósitos que, em si, parecem legítimos”.<sup>66</sup> É possível mencionar inúmeras manifestações nesse sentido.<sup>67</sup> Tais opiniões parecem simplesmente incompreensíveis se se

---

<sup>65</sup> DERSHOWITZ, *Terrorism* (n. 12), pp. 10 e s.

<sup>66</sup> BRUGGER, *Der Staat* (35), 1996, p. 68 (cita), p. 82.

<sup>67</sup> Por exemplo, HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331: “De qualquer forma, não se deveria olvidar que hoje não se discute o regresso a um Estado torturador totalitário”, ou WAGENLÄNDER (n. 21), pp. 167 e s., segundo o qual a permissão excepcional da tortura não seria perigosa em um Estado de Direito.

Também a frequente afirmação segundo a qual hoje não se estaria debatendo a tortura tradicional, mas tão somente a “tortura salvadora” – para a qual se cunhou o termo alemão *Rettungsfolter* – (por exemplo, JEROUSCHEK/KÖLBEL, *JZ*, 2003, pp. 614 e s.; HILGENDORF, *JZ*, 2004, p. 331; BREUER [n. 21], pp. 16 e s.; JEROUSCHEK, *JuS*, 2005, pp. 297 y 300; neste sentido ademais SCHROEDER, *ZRP*, 2003, p. 180; WOLBERT [n. 49], p. 85; IPSEN [n. 7], p. 39; indo além ISENSEE [n. 14], p. 60; LENZEN [n. 49], pp. 200 e s. [“tortura entre aspas”]; TRAPP [n. 49], pp. 99 e ss., pp. 103 e ss., para quem nos casos de salvamento sequer haveria tortura, mas apenas um interrogatório de salvamento por culpa do interrogado [“selbstverschuldete Rettungsbefragung”]. Mas o ovo de Colombo foi encontrado por ERB em NITSCHKE [n. 7], pp. 163 e s.; IDEM, em LENZEN [n. 21], p. 33, para o qual as convenções de direito internacional não haviam pensado nos novos grupos de casos), tem caráter ideológico, pois sugere que se teria uma nova espécie de tortura desconhecida de nossos antepassados, à qual não se aplicaria o juízo tradicional de condenação (crítico também SCHILD [n. 7], p. 78). Até mesmo a tortura de bruxas foi, ao final, uma instância de tortura salvadora, pois o que se almejava era combater os perigos para a alma de cada indivíduo que provinham daqueles que, por terem feito um pacto com o demônio, integravam o exército dos inimigos de Deus (vide SCHILD [n. 7], p. 75 e s., 78 e s.). As proibições jurídico-positivas impassíveis de exceção são, isso sim, uma resposta a estratégias argumentativas desde há tempos conhecidas, que queriam justificar a tortura alegando a imprescindibilidade desta para o salvamento de bens importantes (assim também KREMNITZER, *ISLR* [23], 1989, p. 242; HECKER, *KritJ* [36], 2003, p. 213; JAHN, *KritV*, 2004, pp. 37 e s.; DORFMAN, “The tyranny of terror”, em LEVINSON [n. 2], pp. 3 e ss., p. 16; ENDERS [n. 14], p. 145; KINZIG, [n. 2], p. 19; HONG [n. 7], p. 25; MOLINA FERNÁNDEZ [n. 11], p. 280).

levam em conta as atrocidades cometidas pelos Estados no curso de sua história e, principalmente, na primeira metade do séc. XX. Comparados com elas, não só o 11 de setembro – cuja importância não se quer aqui minimizar – como mesmo a nossa bomba relógio parecem algo um tanto pequeno. As ameaças terroristas até agora histórico-empiricamente verificadas não oferecem fundamento para crer na análise custo-benefício defendida pela opinião que ora recusamos.

Note-se, por fim, que as considerações que acabamos de formular contra a análise custo-benefício sustentada pela opinião contrária são especulações empíricas, que se encontram, assim, sujeitas a uma espécie de cláusula rebus sic stantibus. Uma proibição de tortura inviolável quaisquer que sejam as circunstâncias e, assim, absoluta, somente pode ser fundamentada por quem argumente de uma perspectiva deontológica e, por isso, independente de qualquer empirismo. De qualquer maneira, podemos concluir que nem mesmo os anteriores argumentos conseqüencialistas autorizam os defensores da tortura a suas conclusões.

## 6 CONCLUSÃO

É insustentável distinguir entre situação normal e situação de emergência e postular regras distintas para a situação normal e para a situação de emergência, porque toda regra transcende à situação. Mais do que isso: só a exceção demonstra o verdadeiro sentido que damos à regra. Ninguém percebeu esse fato mais claramente do que o filósofo da exceção, Carl SCHMITT, apesar de sua afirmação de que todo direito é direito da situação, cuja vigência dependeria de determinada situação de normalidade<sup>68</sup>: “O normal não significa nada, a exceção prova tudo. Ela não apenas confirma a regra, a regra vive unicamente da exceção”.<sup>69</sup> Não se pode escapar disso propondo uma ética do excepcional<sup>70</sup>, um dever do estadista de abrir-se à dimensão trágica de sua missão e de sujar as

---

<sup>68</sup> SCHMITT, *Politische Theologie*, 8ª ed., 2004, p. 19.

<sup>69</sup> SCHMITT (n. 68), p. 21.

<sup>70</sup> Veja-se especialmente M. WALZER, *Emergency Ethics, em Arguing about War*, New Haven/London, 2004, pp. 33 e ss., p. 40; de acordo LEVINSON, *Texas Law Review* (81), 2003, p. 2032; similar GROSS (n. 9), p. 239, que diferencia entre uma “perspectiva de política geral” e uma “perspectiva do caso catastrófico”, e ZUCKERMANN, “Coercion and the Judicial Ascertainment of Truth”, *IsLR* (23), 1989, pp. 357 e ss., pp. 372 e s.; ademais TRAPP (n. 24), p. 459.

mãos<sup>71</sup>, ou uma diferenciação entre o trato com cidadãos e o combate aos inimigos<sup>72</sup>.

“A exceção prova tudo”. Por isso, é inadequado criticar a opinião aqui defendida, chamando sua disposição de deixar morrer seres humanos por amor de certos “princípios abstratos” um *fetichismo de regras*.<sup>73</sup> Toda posição que se defenda será composta de certas regras ou “princípios abstratos”. Também os defensores da exceção defendem regras, apenas outras, a saber: de que a dignidade do ser humano pode decair ou de que ela está sujeita a uma reserva de custos; regras que, em geral, nem mesmo são defendidas abertamente, porque elas tampouco se mostram defensáveis. A questão não é se obedecemos a regras, e sim a que regras obedecemos: às regras do Estado de direito, que conhece limites absolutos no trato com seres humanos, ou às regras do bando de ladrões, que pode esquivar-se sem maiores preocupações com tais obstáculos. O Estado de direito tem de resistir, inclusive e principalmente face ao pior. Como afirma ROXIN: “a sua superioridade moral em relação ao delinquente consiste no fato de que o Estado não se vale dos mesmos métodos que ele”.<sup>74</sup>

“A regra vive unicamente da exceção”: na discussão sobre os casos da bomba relógio, não se trata do nosso comportamento hipotético numa situação imaginária, que oxalá nunca venha a ocorrer, mas sim de nosso comportamento presente – isto é, de nossa renúncia à tortura e de nossa

---

<sup>71</sup> Veja-se aqui outra vez M. WALZER, “Political Action: The Problem of Dirty Hands”, *Philosophy & Public Affairs* (2), 1972, pp. 160 e ss., pp. 166 e s.; também MOORE (n. 21), p. 720; ISENSEE, (n. 14), p. 61; e, adicionalmente, ELSHTAIN, “Reflection on the Problem of “Dirty Hands””, em LEVINSON (n. 2), pp. 77 y ss., p. 83.

<sup>72</sup> Veja-se acima n. 43.

<sup>73</sup> Neste sentido, porém, FRANKE, “Wie verbindlich ist das Folterverbot für den Rechtsstaat”, em NITSCHKE (n. 7), pp. 51 e ss., p. 61; veja-se, ademais, ERB, *Jura*, 2005, p. 30; IDEM, *NStZ*, 2005, pp. 600 e s.; IDEM, em NITSCHKE (n. 7), p. 165; IDEM, em LENZ; BRUNKHORST (n. 21), p. 34 s., que fala aqui levemente de “totalitarismo”; mais refinado, mas mesmo assim inaceitável ELSHTAIN (n. 71), pp. 83, 86 e s., que reconduz a opinião aqui sustentada à tradição teológica do pietismo rígido, e defende a tradição católica de uma casuística da responsabilidade concreta.

<sup>74</sup> ROXIN (n. 2), p. 466; também IDEM, *AT*, t. I § 16/99. Vejam-se ademais HASSEMER (n. 49), p. 200; RAESS (n. 5), p. 112; CHRISTENSEN (n. 14), p. 159; BIELEFELDT (n. 13), p. 102: “Um Estado de Direito não pode entrar numa corrida de barbárie”; ENDERS (n. 14), pp. 147 e s.; BRIESKORN, “Folter”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), p. 52; HETZER, “Ist Freiheit durch Sicherheit korrumpierbar?”, em *StraFo*, 2006, pp. 140 e ss., p. 144. Similar também a argumentação fundada em nossa identidade como Estado de Direito em REEMTSMA, “Zur Diskussion über die Re-Legitimierung der Folter”, em BEESTERMÖLLER/BRUNKHORST (n. 2), pp. 71 e s.; IDEM, (n. 8), pp. 81, 87 e s., pp. 91 e s., pp. 99, 117, 122 e s. e p. 129.

condenação a esta prática – e das razões que realmente o sustentam. Propor uma exceção à regra da proibição de torturar significa que recusamos esta prática não porque ela lesiona a dignidade de um ser humano, e sim porque ele ainda não se comportou mal, ou porque não temos ainda nenhum interesse suficientemente forte em torturar essa pessoa. Para o Estado de Direito, o que deve importar é a dignidade.

\*Artigo publicado conforme enviado pelo autor.

### **Comentário ao estudo de Luís Greco\***

**Bernd Schünemann\*\***

**Resumo:** O autor dirige algumas considerações céticas à argumentação de Greco e à doutrina dominante.

**Palavras-chave:** tortura; dignidade humana; terrorismo; direito penal de emergência; proporcionalidade.

**Resumen:** El autor formula consideraciones escépticas a los argumentos de Greco y de la doctrina dominante.

**Palabras-clave:** tortura; dignidad humana; terrorismo; derecho penal de emergencia; proporcionalidad

**Abstract:** The author makes sceptical remarks on the arguments proposed by Greco and by the majority opinion.

**Key words:** torture; human dignity; terrorism; balancing of rights

1. O artigo de GRECO não apenas documenta e sintetiza de modo completo o debate, que vem sendo travado com uma intensidade até então desconhecida, sobre a valoração jurídica da tortura salvadora em situações extremas, como também contribui para a maior clareza da discussão, e isso de três maneiras: primeiramente, no que atine ao *conceito de tortura* (com a alusão, feita infelizmente apenas de passagem, ao critério do “exercício da dominação mais completa que se pode imaginar sobre uma pessoa,” nas notas 2 e 15); em segundo lugar, esclarecendo que o conceito de “exceção”, freqüentemente usado no presente debate como

---

\* Tradução, por LUÍS GRECO, do original “Kommentar zur Abhandlung von Luís Greco”, publicado em GA 2007, p. 644 e ss.

\*\* Prof. Dr. Dres. h. c. Universidade Ludwig Maximilian, Munique.

difuso subterfúgio, não se refere apenas a casos individuais, e sim a uma *norma de exceção* que impõe uma restrição à proibição geral de torturar; e, em terceiro lugar, reconduzindo as possíveis razões para uma tal norma de exceção a dois princípios, que GRECO chama de “regra da decadência” e “regra dos custos” (com o sentido de uma ponderação de bens e de interesses). De certa maneira, as duas regras representam uma transferência do tradicional debate sobre as teorias da pena à questão da tortura, uma vez que a regra da decadência, como a chamada teoria absoluta, trata de uma legitimação valorativo-racional em face afetado, enquanto a regra dos custos trata da necessidade teleológico-racional segundo o modelo das teorias relativas. Se tentarmos levar esse modelo de legitimação binário, que é a teoria correta para a justificação do direito penal,<sup>1</sup> deste setor para a tortura salvadora e procedermos a uma exame da tortura salvadora com base neste modelo, sem nos deixarmos desorientar pela montanha de idéias produzida pela dogmática tradicional, parece que chegaremos a uma conclusão surpreendente, uma vez que a legitimação valorativo-racional e a necessidade teleológico-racional da pena, se comparadas ao caso da bomba relógio a respeito do qual reflete GRECO, se mostram altamente duvidosas: a admissão do poder-agir-diversamente, pressuposto do juízo de reprovação da culpabilidade,<sup>2</sup> pressupõe num nível geral uma tomada de posição um tanto problemática em favor do indeterminismo e num nível especial uma ousada capacidade psiquiátrica, e tendo em vista o depressivo balanço de custos e benefícios da execução da pena privativa de liberdade, a necessidade teleológico-racional se fundamenta no altamente controvertido cálculo da prevenção geral pela cominação da pena, que se mostra implausível justamente nos casos mais graves (como o homicídio praticado num estado de emoção ou paixão contra o parceiro amoroso).<sup>3</sup> Se pensarmos na *prisão preventiva*,

---

<sup>1</sup> A respeito SCHÜNEMANN, “Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie”, em SCHÜNEMANN/v. HIRSCH/JAREBORG (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 109 e ss. (114 e ss.). (N. T.: Há versão espanhola “Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva”, em SILVA SÁNCHEZ [ed.], *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 89 e ss.)

<sup>2</sup> Mais detalhes em SCHÜNEMANN, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld”, in: *Festschrift für Lampe*, 2003, p. 537 e ss. (547 e ss.). (N. T.: Há versão espanhola “La Culpabilidad: Estado de la Cuéstion”, em: SILVA SÁNCHEZ [ed.], *Sobre el Estado de la Teoría del Delito*, Madrid, 2000, p. 91 e ss.).

<sup>3</sup> Para o estado atual da investigação empírica sobre a prevenção especial e geral cf. KAISER, *Kriminologie*, 3ª ed. 1996, p. 258 e ss., 265 e ss.; P.-A. ALBRECHT, *Kriminologie*, 3ª ed. 2005, p. 48 e ss., 58 e ss.; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2ª ed. 2002, p. 30 e ss., 34 e ss.

que se encontra entre os clássicos instrumentos da justiça penal e que, apesar da existência de modernas alternativas como o monitoramento eletrônico, até hoje é preservada pelos juízes com bastante astúcia por causa da comprovada eficácia em obter coativamente confissões e possibilitar uma transação penal, veremos que já no dia-a-dia de nossa justiça penal há algo que pode ser subsumido sob o conceito de tortura de GRECO, e esse instrumento é usado apenas para a garantir a execução da pena, algo cuja utilidade social é tamanhamente questionável.

Em comparação, parece até trivial justificar a tortura para salvar vidas em face do terrorista responsável. Em primeiro lugar, inexistente prospectivamente qualquer dúvida quanto à possibilidade de evitação (como paralelo ao poder-agir-diversamente, necessário para a pena). Em segundo lugar, a contraposição entre o salvamento de um sem-número de pessoas inocentes, cujo assassinato é planejado pelo cálculo misantrópico do terrorista, e a passageira intervenção na integridade física deste faz com que a análise custo-benefício tenha resultado positivo, o que fica ainda mais evidente em comparação com os questionáveis argumentos que se aceitam tanto para a pena, quanto para a prisão preventiva. Se tomarmos como ulterior base de comparação o direito de matar em legítima defesa quem está cometendo um roubo, direito esse indiscutidamente reconhecido em nosso ordenamento jurídico, ou a menção que se faz de passagem na dogmática do risco permitido, no sentido de que se aceita a morte de milhares de vítimas em razão do interesse no funcionamento do tráfego rodado, surge a grave suspeita de que a tese claramente dominante em favor do “tabu da tortura para salvar vidas” (vide as completas referências no texto de GRECO) não passe de ideologia ou, no caso dos autores que esperam que a proibição abstratamente defendida seja violada em casos de emergências, com o que acabam em segredo considerando a tortura algo correto, mesmo de hipocrisia.

2. Será essa comparação *prima-facie* uma reação a uma aporia ocultada pela doutrina dominante com admirável esforço retórico, ou será ela mesma uma falsa intuição capital? É compreensível que, na discussão sobre a tortura salvadora, haja uma enorme dificuldade de superar as associações com os bestiais porões de tortura dos regimes totalitários (em que a rigor se perseguiram finalidades diametralmente diversas), razão pela qual a sóbria análise de GRECO se mostra extraordinariamente valiosa, valor esse que não é diminuído pelo fato de que ela acabe, a meu juízo provavelmente sem querer, desconstruindo de modo inevitável a doutrina dominante até a exposição de seu fundamento último, que é de caráter religioso.

a) GRECO quer refutar a “regra da decadência” atribuindo-lhe uma contradição interna, uma vez que a tortura “desconsidera de modo absoluto” a vontade do cidadão (destruindo, assim, a indispensável base de legitimidade do estado), de modo que ela não poderia ser justificada fazendo referência à vontade má do autor. Esta objeção faz recordar – apesar de que sua finalidade seja exatamente inversa – de modo surpreendente as teorias absolutas da pena, que supõem deduzir a consequência jurídica pena de uma contradição com o ordenamento jurídico implicitamente declarada pelo comportamento do autor ou mesmo de uma contradição lógica que se manifesta no próprio comportamento.<sup>4</sup> Mas supor que exista uma tal contradição é, na verdade, um “feitiço de nosso entendimento por meio da linguagem”,<sup>\*</sup> produzida por um processo de abstração questionável e até deformador do fenômeno real: recusar o respeito, por ex., à vontade de um terrorista que quer por um motivo fútil assassinar milhões de pessoas, deixando também de considerar a correlata vontade de omitir a ação salvadora juridicamente obrigatória, tem (dito abstratamente) como consequência prática a execução dessa obrigação jurídica. Só se teria uma contradição, se se estivesse violando uma vontade juridicamente merecedora de respeito.<sup>5</sup>

b) Com muito menos razão posso reconhecer na recusa à “regra dos custos” algo logicamente necessário. Esta recusa me parece muito mais uma conclusão circular. Se *per definitionem* se fixa um conceito de dignidade humana, segundo o qual no seu bojo não é possível qualquer ponderação, está claro que não ocorrerá mais ponderação alguma – mas aqui se vê com clareza que um tal conceito só pode ser proposto

---

<sup>4</sup> Em “Aporien der Strafrecht in Philosophie und Literatur”, *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 327 e ss. (329) falei com intenções levemente polêmicas na tentativa de se valer da pena com o mero objetivo de possibilitar uma “homoestase hermenêutica”(N. T.: há tradução para o espanhol em *InDret* 2/2008 Nr. 531); para uma tentativa de refutar o delito partindo-se dele mesmo, com base no exemplo do furto, cf. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. 1798, p. 229 e s.; HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 100; SCHMITZ, *Zur Legitimität der Kriminalstrafe*, 2001, p. 116 e ss. \* (N. T.): Trata-se de uma alusão a uma famosa passagem do § 109 das Investigações Filosóficas de WITTGENSTEIN.

<sup>5</sup> Ainda que a tortura continua com a peculiaridade de desumanizar de um modo específico, a saber dobrando o entendimento e a vontade por meio de uma exploração de um aspecto mais primitivo de nossa condição, qual seja a sensibilidade do corpo à dor. Mas como também a existência do prisioneiro é reduzida à de uma criatura mantida numa jaula, temos na tortura (apenas) um incremento quantitativo, o que não pode legitimar o salto qualitativo para o mundo do absoluto (em forma de uma imponderabilidade), do qual não fazem parte quaisquer coisas terrenas.

pressupondo-se uma concepção do absoluto religiosamente fundada, que é mesmo absurda face a uma sociedade voltada para as questões finitas deste mundo e ao direito que a ela se restringe: basta que se estenda o caso hipotético da bomba relógio, imaginando a situação já não de todo fantasiosa em que exista o perigo de uma guerra nuclear que levaria o fim de toda a humanidade,<sup>6</sup> e com isso se verá o impressionante paralelo que existe entre a opinião dominante e a teoria absoluta da pena, em especial reconhecível na afirmação de IMMANUEL KANT, de que “se desaparecer a justiça, não há mais valor algum na existência de seres humanos sobre a terra”.<sup>7</sup>

3. Observe-se que a presente crítica metodológica à opinião dominante não implica uma tomada de posição no que se refere à questão em si, o que seria ademais inadequado num breve comentário. O que me interessa é advertir contra o empobrecimento da análise jurídica, que, ao negar a existência do caso extremo, acaba deixando a pessoa que se vê deparada com um tal caso sem qualquer orientação a respeito de como deve agir. Uma vez que a afirmativa categórica segundo a qual *nunca* se pode ser justificada a tortura salvadora – afirmativa essa que a doutrina dominante estende, como no caso Daschner, à mera ameaça de tortura<sup>8</sup> – não pode estar correta, a tarefa que se impõe à doutrina é formular, ao invés da mera cláusula genérica que teme LÜDERSEN,<sup>9</sup> uma regra excepcional tanto bem estreita sob o aspecto material, quanto dotada de amplas garantias processuais, levando-se assim em conta a desconfiança que GRECO acertadamente vota àqueles a cujas mãos se confia o exercício

---

<sup>6</sup> Mencione-se que não é de hoje que existem nas três grandes religiões círculos fundamentalistas que poderiam integrar um tal cenário sem maiores dificuldades em sua visão de mundo escatológica. Também a destruição do clima, na procede a sociedade industrial apesar de todas as manifestações políticas em sentido contrário, torna pensável uma tal situação apocalíptica e demonstra que essa possibilidade ao menos deveria ser levada em conta na análise dogmática.

<sup>7</sup> *Die Metaphysik der Sitten* (nota 4), p. 227.

<sup>8</sup> Em sentido contrário a crítica a meu ver convincente de HERZBERG, “Folter und Menschenwürde”, *JZ*2005, p. 321 e ss. (328). Ainda que se veja nesta ameaça apenas um blefe, ele pode ser psicologicamente eficiente. E quem, com a opinião dominante e a jurisprudência, considerar a mentira que aí resta injustificável mesmo numa situação do mais amargo estado de necessidade para a vida de uma criança, está na verdade caindo na posição acadêmica de IMMANUEL KANT em seu escrito “Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade” (1797), posição essa com acerto predominante recusada.

<sup>9</sup> “Die Folter bleibt Tabu”, em *Festschrift für Rudolphi*, 2004, p. 691 e ss. (704, 712).

do poder estatal. Isso acabou sendo intuitivamente feito pelo próprio Tribunal Constitucional na decisão sobre a Lei de Segurança no Espaço Aéreo (Luftsicherheitsgesetz): apesar de que inicialmente o Tribunal se tenha valido do argumento circular de que o abate de uma aeronave que está sendo usada por terroristas como arma de aniquilamento faria dos passageiros meros objetos de uma ação de salvamento do estado e seria incompatível com a sua natureza de sujeitos dotados de dignidade e de direitos indisponíveis, o Tribunal acrescentou algo que, ao lado desta afirmativa categórica, seria a rigor dispensável, mas na verdade é extraordinariamente correto, a saber uma crítica aos pressupostos de imposição da medida previstos no então vigente § 14 da Lei de Segurança no Espaço Aéreo.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> BVerfGE 115, 118 (154 e ss.) = NJW 2006, 751, 758 (nm. 124 e ss.).