

UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DESCULPABILIDADE DE
ATOS DE TORTURA PREVENTIVA EM SITUAÇÕES LIMITE
NO SEIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

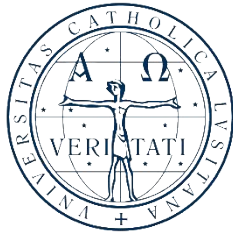
Margarida Correia Fortes

Orientador: Professor Doutor **Germano Marques da Silva**

Mestrado em Direito Forense

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Lisboa, março de 2023



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DESCULPABILIDADE DE
ATOS DE TORTURA PREVENTIVA EM SITUAÇÕES LIMITE
NO SEIO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

DISSERTAÇÃO

Para a obtenção do grau de Mestre em Direito Forense

Redigida por **Margarida Correia Fortes**

Aluna n.º 142721096

Sob a Orientação do Doutor **Germano Marques da Silva**

Mestrado em Direito Forense

Faculdade de Direito | Escola de Lisboa

Lisboa, março de 2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família pelo apoio incondicional. Um agradecimento especial à minha mãe e à minha avó, por todo o carinho, dedicação, compreensão e motivação, não só nesta reta final, mas em toda a minha vida: um obrigado não chega por sempre me terem incentivado - e possibilitado - a seguir os meus sonhos.

Agradeço aos meus amigos - aos meus conterrâneos e aos que agora também levo no peito sempre que cruzar o Atlântico - pela amizade e amparo e por fazerem com que tudo se tornasse um bocadinho mais fácil. E a todos os que, de uma maneira ou de outra, acrescentaram valor à minha jornada pessoal e académica.

Agradeço ao meu professor e orientador, hoje e sempre, - Dr. Germano Marques da Silva - que, mesmo sem saber, através dos debates eloquentes proporcionados nas aulas de Crimes Contra as Pessoas, serviu de inspiração para a construção de todo este debate, quer pela emoção que transmite, quer pelo arrojo de endereçar debates sensíveis partindo da realidade fáctica e não de *tabus* normativos. Um sincero obrigado por todo o companheirismo, disponibilidade e boa disposição.

Uma menção de agradecimento honrosa à Dra. Bárbara Sousa Brito, por ter tido o prazer de ser sua aluna e ter sido contagiada pelo seu entusiasmo pela área de Ciências-Jurídico-Criminais numa fase bastante precoce do meu percurso académico, paixão que nutro até hoje.

A São Miguel, que me viu nascer e crescer.

E a Lisboa que me viu florescer.

Obrigada.

“Se é a razão que faz o Homem, é o sentimento que o conduz.”

JEAN-JACQUES ROUSSEAU

RESUMO:

Os novos contornos da criminalidade moderna reacenderam o atual debate sobre a legitimidade do uso da tortura em situações excepcionais. Numa frente moderada, reafirmando o carácter absoluto da proibição de tortura na ordem internacional, e não podendo desatender a todo o desvalor ético associado a esta conduta após épocas de abuso e instrumentalização probatória sistemática, pretende-se, neste estudo, compatibilizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais com os desafios securitários do sec. XXI - muitas vezes apresentados sob o paradigma de casos bomba-relógio. Enraizando, desta vez, o debate em causas de desculpa, procura-se, aqui, aferir, à luz de que instrumentos seria inteligível a não responsabilização do agente pela prática de atos de tortura em situações-limite quando não lhe seja exigível adotar outra conduta.

Palavras-chave: Tortura. Casos Bomba Relógio. Justificação. Desculpabilidade. Inexigibilidade.

ABSTRACT:

The new profile of modern criminality has reignited the on-going debate on the legitimacy of the use of torture in exceptional situations. On a moderate front, reaffirming the absolute nature of the prohibition of torture in the international order, and not being able to disregard all the ethical devalue associated with this conduct after times of abuse and systematic evidentiary instrumentalization, in this study, it is aimed to reconcile the essential core of fundamental rights with the security challenges of the 21st century - often presented under the paradigm of ticking time bomb scenarios. This time, focusing the debate in causes of excuse, it was intended, here, to assess, in the light of which instruments it would be intelligible not to blame the agent for the practice of acts of torture in limit situations when he is not required to adopt an alternative conduct.

Keywords: Torture. Ticking time bomb scenarios. Justification Defences. Excuses Defences. Inexigibility.

SIGLAS E ABREVIATURAS:

A. – Acesso

Ac. - Acórdão

Art./Arts. – Artigo(s)

APT – Associação para Prevenção da Tortura

C. - Caso

CC.- Código Civil

CP- Código Penal

CDFUE – Carta Dos Direitos Fundamentais Da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem

Cf. – Confira

CIT- Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura

CONUCT- Convenção (da ONU) Contra a Tortura e Outros Tratamentos Degradantes

CP- Código Penal

CPP – Código De Processo Penal

CRP – Constituição Da República

DUDH – Declaração Universal Dos Direitos Do Homem

Et al. – E outros

Ed. – Edição

e.g - *Exempli Gratia* / Por Exemplo

ETPI – Estatuto Do Tribunal Penal Internacional

ibid. – Ibidem / Na mesma obra

id. – *Idem* / (D)o Mesmo Autor

i.e. - *Id Est* / Por Outras Palavras

Nº - Número

Op. Cit. – *Opus citatum* / Obra Citada

PIDCP – Pacto Internacional Dos Direitos Civis E Políticos

P./Pp. – Página(s)

Ss. – Seguintes

StGB – Strafgesetzbuch

TRC – Tribunal da Relação da Coimbra

TRG – Tribunal Da Relação De Guimarães

v. - *Versus*

Vide – conforme

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO	9
II. DA PROIBIÇÃO ABSOLUTA DA TORTURA NO DIREITO INTERNACIONAL E DA REALIDADE PRÁTICA DAS ORDENS INTERNAS	11
II.1. Conceito de tortura e alcance da proibição absoluta da tortura no direito internacional	12
II.2. As ordens internas de Direito e os modelos “legitimantes” de tortura	16
II.3. A DOCTRINA DA JUSTIFICAÇÃO E DESCULPABILIZAÇÃO DA TORTURA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	20
III. DOS PRESSUPOSTOS DOS TICKING TIME BOMB SCENARIOS À SUA RELAÇÃO COM A ATUALIDADE CRIMOGÉNEA	31
III.1. Pressupostos epistémicos de um ticking time bomb	31
III.2. Caso <i>Daschner</i> : uma aproximação da realidade criminógena ao debate teórico	34
III.3. Modelo misto de “inexigibilidade”: combinação das características marcantes do cenário ticking time bomb e do caso <i>Daschner</i>	38
IV. DA (I)LICITUDE E DA (DES)CULPA	43
IV.1 Da aplicabilidade da Legítima Defesa e do Direito de Necessidade enquanto causas de exclusão da ilicitude	43
IV.1.1. Reserva de legítima defesa	43
IV.1.2. Estado de necessidade justificante	47
IV.2. Da aplicabilidade do Estado de Necessidade Desculpante enquanto causa de exclusão da culpa	50
IV.3. Reflexões sobre a inexigibilidade como cláusula geral de exclusão da culpa, criação de um novo tipo desculpante e a aplicabilidade de circunstâncias atenuantes da pena: soluções para o futuro?	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

I. Introdução

A proibição absoluta da tortura como conquista do Direito Internacional visou pôr fim aos abusos estatais sistemáticos que outrora revestiam de legalidade o ato de tortura como meio de obtenção de prova. Se o caráter inviolável desta proibição é manifesto, a reestruturação global da atividade criminosa também o é, como os atentados terroristas do século XXI vieram corroborar.

Simultaneamente, a modernidade disseminou um discurso concretizador do Direito Penal do Inimigo – com a qual não se pretende simpatizar nesta exposição - que contribuiu vivamente para a abertura ao diálogo sobre a legalidade e a necessidade de ações antiterroristas.

Assim, fruto deste mediatismo penal, assistimos, hoje, ao reacender do debate entre a proibição absoluta da tortura e a necessidade impreterível de impedir novos atos que põem em causa a vida de um grande número de inocentes e até a própria dinâmica securitária internacional.

Este delicado binómio entre a ponderação dos bens em perigo e o tamanho do dano a infligir abre a discussão, em sede de investigação criminal, quanto à legitimidade e legalidade do uso da tortura preventiva em situações excecionais - apesar da proibição absoluta da tortura na ordem internacional.

De forma implícita, procura-se responder à seguinte questão: será, então, possível, esgotados todos os outros recursos disponíveis, correr o risco de submeter um inocente à tortura se este ato for justificado em termos de prevenção?

Para tal cumpre começar por analisar o cenário académico paradigmático “*Ticking Time Bomb*” que reúne, em hipótese, as condições epistémicas que teriam de estar verificadas para se aferir a desculpabilidade do ato de tortura e confrontá-lo com a realidade prática apresentada pelo Caso *Dashener* na Alemanha que fixou como escopo da discussão moderna da tortura a possível justificação ou desculpa de atos de tortura preventiva para obtenção de informações policiais relevantes em situações extremas.

Feita esta análise, só se tornará admissível, neste sentido, suscitar algumas considerações numa frente mais moderada desta reflexão. Confrontando a ordem moral e a ordem jurídica e não apelando à institucionalização da tortura, e mesmo

até reforçando a prática de tortura como um ato indubitavelmente ilícito que não é passível de justificação, não seria, sob certas circunstâncias desculpável?

Se é verdade que os tratados internacionais reconhecem de forma perentória a proibição de tortura e de tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos - como emanção do Princípio da Dignidade Humana -, também o Direito à Vida e Autodeterminação merecem consagração expressa nestes instrumentos.

Nesta dissertação cabe averiguar, numa situação limite, como compatibilizar a dignidade humana do perpetrador de uma agressão a um grande número de bens jurídicos com o respeito pela dignidade humana, autodeterminação e própria Vida das pessoas colocadas em perigo por esta mesma agressão e do próprio torturador, se colocado em situação de limite.

Numa etapa posterior, cabe indagar ao abrigo de que institutos será, então, possível desculpar a atuação do torturador quando verificadas certas condições epistémicas muito específicas, nomeadamente em sede de inexigibilidade. Estará, nesta ótica, a proibição da tortura limitada por uma reserva de legítima defesa - *in casu*, de excesso não censurável- ou de direito de necessidade - *in casu*, desculpante - como acontece nas disposições que versam sobre o homicídio e ofensas corporais quando enquadradas no presente debate?

Alternativamente, torna-se também aqui relevante desenvolver se esta lógica de compatibilização de direitos conflitantes, poderá, por via alternativa, passar pela criação de uma figura mista, inspirada nas já codificadas, que institua um novo tipo desculpante, ou ainda, se seria possível vir a aplicar a inexecutabilidade da ação enquanto cláusula geral de exclusão de culpa para desculpar o, à partida, indesculpável.

Ora, o abrir de exceções no tocante à responsabilização do agente pela prática de atos de tortura em situações-limite, uma vez admitido para combater criminalidade altamente organizada comporta sérios riscos no que concerne à sua utilização para fins análogos distintos, o que, para muitos autores, pressupõe, *per se*, a instrumentalização do Homem e o admitir, quase tacitamente, de uma presunção antecipada de culpa, incompatível com o ideal democrático.

Paralelamente, representa idêntico perigo a falta de reação do Direito Penal quanto à elaboração de uma resposta preventiva atual e eficaz, em situações extremas, quando esgotadas todas as outras hipóteses:

É admitir que a dignidade de um único torturado, que aliás é responsável ou solidariamente responsável por uma ação ilícita e que, em hipótese, possui os meios para travar esta mesma ameaça, não pode ser beliscada, mas é tolerável que a dignidade e vida das vítimas dessa ameaça e do próprio agente que se vê numa situação ingovernável seja sacrificada.

É admitir que é urgente promover este delicado debate.

II. Da Proibição Absoluta da Tortura no Direito Internacional e da Realidade Prática das Ordens Internas

O ato de tortura nem sempre causou repúdio: a verdade é que seguindo a evolução dos tempos, desde a sua génese, a tortura revestiu-se ora de legalidade ora de ilegalidade, de forma tão mutável quanto as crenças da sociedade.

Delimitando o escopo da discussão sobre o conceito de tortura ao seu aspeto interrogativo (não ao seu aspeto punitivo ou purgativo), esta prática – que possuía um carácter estritamente jurídico - foi acolhida, durante séculos, como justificável e coerente com o objetivo que se almejava alcançar: a confissão; principalmente quando à confissão era atribuído o título de “rainha das provas”.¹

A definição moral, e porventura, sentimental de tortura só começou a ser construída recentemente, por influência dos ideais iluministas e subsequente abolição oficial da tortura por toda a Europa durante o séc. XVIII e princípio do séc. XIX, passando a ser vista como uma prática hedionda. No entanto, o debate sobre a legitimidade do uso da tortura encontra-se longe de se dar por encerrado – tanto na ordem moral como na jurídica.

Não descurando do atual desvalor ético associado à conduta, no campo da teoria moral, ou da Ética, a discussão da legitimidade e legalidade do uso de tortura

¹ Vide Sánchez, G. M. (2012). *Torture and Impunity: The U.S. Doctrine of Coercive Interrogation*. University of Pennsylvania Press, p.35 e ss; Kellaway, R. (2007). *The History of Torture*. Crabtree Publishing Company, p.78 e ss; Peters, E. (1996). *Torture*. Penn State Press. p.112.

em situações excepcionais acaba por opor a deontologia kantiana² (absolutista) à deontologia utilitária³.

Daqui resulta, para os absolutistas, uma proibição moral absoluta que assenta sobre uma ação consciente e deliberada, onde o sujeito - torturador - é sempre moralmente responsável, e para a qual não são admitidas exceções ou desculpas.

Já sob a lógica utilitária é mais flexível quanto à desculpabilidade moral da tortura sob certas circunstâncias excepcionais, uma vez que a melhor ação será aquela que se demonstrar mais útil, ou seja, a que produzir o maior quantum de bem-estar ao maior número de pessoas, não existindo assim imperativos invioláveis – principalmente quando a própria proibição de matar admite exceções morais e legais até.

Resta transpor esta sensível discussão para a ordem jurídica.

II.1. Conceito de tortura e alcance da proibição absoluta da tortura no direito internacional

No plano legal, por sua vez, deparamo-nos com uma proibição integral e sem reservas da tortura a título internacional: desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) - art. 5º-, à Convenção da ONU Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, doravante, CONUCT, passando pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – art. 3º- , pelo Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) – art. 4º e 7º- , pela Carta dos Direitos Fundamentais (CDFUE) - art 4º- ou até pela Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura (CIT) - art. 2º.

Atente-se que a CCT, no seu primeiro artigo, cristalizou a definição universal de tortura como:

² Nesta ótica, sendo defensível que os limites à dignidade humana são pautados pelo próprio desvalor da ação não pelo desvalor das consequências: “os limites à dignidade humana são pautados pelo próprio desvalor da ação não pelo desvalor das consequências” (KANT, 1993, p.21)

³ Já nesta ótica, a interdição da justificação da tortura para evitar a morte de um conjunto de pessoas representa uma ofensa maior da dignidade humana do que deixar que essa morte ocorra para não beliscar o tabu da tortura.

“qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito”

Tendo esta definição tripartida reunido consenso no cerne dos instrumentos internacionais e até nacionais, com maior ou menor grau de concretização⁴. Veja-se, em sentido semelhante, as Convenções de Genebra, tanto no diploma principal -art. 3º- bem como no seu Protocolo I – art. 2º - e Protocolo II – art. 5º, parágrafo 2 e) e arts. 6º e 7º - sustentam o alcance da proibição da tortura.

O próprio Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ETPI), na letra do art. 7º/2/e), acentuando a relevância do elemento da intencionalidade, adota uma interpretação mais ampla tendo-se por tortura *“o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controlo do arguido”* sendo que *“este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente”*.

Deste modo, analisando os textos internacionais, houve uma clara intenção do legislador em proteger o núcleo de tal proibição. Desde já, a própria valoração das provas obtidas sob tortura é considerada como uma verdadeira e própria

⁴ Neste sentido, a CIT engloba ainda na definição de tortura *“a aplicação sobre uma pessoa de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir a sua capacidade física ou mental”* mesmo que estes *“não causem dor física ou angústia física”*. Ainda, na lei penal portuguesa – art 243º.3 do CP - o conceito abarca expressamente a inflicção de *“cansaço físico ou psicológico grave”* ou o *“emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais, com intenção de perturbar a capacidade de determinação ou a livre manifestação de vontade da vítima”*, aproximando-se da concretização interamericana.

violação do Direito Internacional, pelo que está inerente à proibição material da tortura a proibição processual de valoração da prova obtida.

A ordem internacional abriu, ainda, portas para que a própria ameaça de tortura pudesse vir a ser valorada, per si, como uma verdadeira violação desta provisão.^{5 6}

Mais se diz, nos termos do art 15º.2 da CEDH, esta proibição não pode ser afastada em caso de guerra ou outras situações de emergência, concretizando o art. 2.º 2 da CONUCT, que “*nenhuma circunstância excepcional, qualquer que ela seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura*”⁷.

O art. 5º do *United Nation’s Code of Conduct*, assim como o próprio art. 2º nº2 do PIDCP tecem as mesmas considerações, ficando ainda vedada a justificação da violação da proibição de tortura por via de ordens de superiores hierárquicos ou de autoridades públicas.

Na conceção de SILVA DIAS (2009), e seguindo o entendimento dominante, o *telos* desta construção normativa aponta claramente para a rejeição absoluta de qualquer forma de tortura sendo que a lista de enumeração das situações excepcionais [que não podem ser invocadas para justificar atos de tortura], que por sua vez é exemplificativa e não taxativa, contempla, em si, a proibição da invocação

⁵ “*The Court further reiterates that a threat of conduct prohibited by Article 3, provided it is sufficiently real and immediate, may fall foul of that provision. Thus, to threaten an individual with torture may constitute at least inhuman treatment*” .In. C. GÄFGEN v. GERMANY (2010).

⁶ Não obstante, a jurisprudência internacional, nomeadamente através do C. Irlanda v. Reino Unido, revestiu o conceito de ato de tortura de tal gravidade concretos, que tornou quase indisponível a caracterização de condutas profundamente vexatórias e atentatórias da dignidade humana como atos objetivos de tortura, quando, à luz das convenções internacionais poderiam ser subsumidos como tal.

⁷ No entanto, o artigo 31 (3) do Estatuto de Roma [“*At trial, the Court may consider a ground for excluding criminal responsibility other than those referred to in paragraph 1 [mental disease, intoxication, self-defence and justificatory necessity] where such a ground is derived from applicable law as set forth in article 21.*”] “é indiciário da possibilidade de abertura da discussão do alcance desta proibição em sede de desculpa e não de justificação.

de causas gerais de justificação, por pertença genérica ao grupo de situações de necessidade.

A proibição de torturar reúne, desta forma, um certo consenso quanto à sua aceitação como norma *jus cogens* na comunidade internacional.

No entanto, ERB (2006) diverge parcialmente desta conclusão, reivindicando um direito natural à legítima defesa, enraizado na dignidade da pessoa humana, que não pode ser restringido por nenhum instrumento internacional.⁸

GAETA PAOLA (2004), por sua vez, também defende que a proibição absoluta de tortura não deve ser vista como necessariamente incompatível com o reconhecimento de uma defesa de necessidade⁹. Sendo ainda certo não haver, expressamente, um artigo que proíba a invocação de estado de necessidade como mecanismo justificante ou desculpante da tortura¹⁰, facto sobre o qual o *Committee Against Torture* já expressou a sua preocupação.¹¹

Assim, os instrumentos internacionais, tal como as suas transposições para lei interna - com mais ou menos nuances¹²- parecem reiterar o carácter

⁸ Volker, Erb. (2006). Folterverbot und Notwehrrecht. In Wolfgang Lenzen (Ed.), *Ist Folter erlaubt?* (pp. 28 e ss., 34 e ss.). Mentis.

⁹ Gaeta, Paola (2004) May necessity be available as a defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? *Journal of International Criminal Justice* 2, pp. 785-794.

¹⁰ Cf. AMBOS, Kai, Terrorismo, tortura y Derecho penal: Respuestas en situaciones de emergencia, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2009, pp. 22 e ss e DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 695-705,

¹¹ Disponível em:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhshvVcmWTul6%2fu%2bW19YGTVqAeD4pL34HQG56eSfMxfjZgNtaes%2fp7FYamfAD3QsSFIDWreYepTGYxCCHZpmeOZeTuxTis%2bd6fVG6GBCgpzbS> (A.: 18/11/2022)

¹² Entre nós, os arts. 243º e 244º do Código Penal (CP), em estreita ligação com o art. 25º da Constituição da República Portuguesa (CRP), reproduzem o texto consagrado na CONUCT, abarcando até uma conceção de tortura de âmbito mais vasta no tocante aos métodos subversivos da liberdade e autodeterminação da vítima. Na lei interna é, pois, de constatar um reforço adjetivo da proibição da tortura implícito por uma proibição de prova imposta pelo art. 32º.8 da CRP e 126º1 do CPP, esta considerada absoluta pela doutrina maioritária.

tendencialmente absoluto da proibição da tortura, sendo claras as objeções à matéria, que se prendem com a instrumentalização do homem e com os abusos sistemáticos do “passado”.

Mas não será demasiado utópico afirmar que estes abusos se circunscreveram ao passado? Não será mais racional assumir que, não arcando o risco de promover um debate pela sua escala de sensibilidade e tabu, a atualidade apenas revestiu esta prática de clandestinidade e criativos esquemas de contorno legal?

II.2. As ordens internas de Direito e os modelos “legitimantes” de tortura

Apesar da proibição absoluta é certo que cada Estado de direito, mesmo que Democrático, pratica atos que podem ser objetivamente considerados tortura¹³, mas fazem-no fora do espectro da lei, sob pretexto de um conceito primitivo de segurança: o que abre portas para a introdução da prática de atos objetivos de tortura na condução do procedimento criminal camuflados sob a denominação de “métodos especiais de investigação”, e para a prática de esquemas legais que contornam o escopo de aplicação das Convenções de que são signatários. Veja-se o caso de Israel e dos EUA.

Israel foi o primeiro regime democrático a empregar (aquilo que se consideraria) tortura de forma legal, sob o pseudónimo de “*métodos especiais de investigação*”, para fins de prevenção de ataques terroristas, sendo de delinear que nunca as informações obtidas através do emprego destes métodos foram utilizadas em tribunal com força confessória.

O Supremo Tribunal de Israel deixou ainda aberta a hipótese de, em caso de um cenário *ticking time bomb*, o agente que ordena ou aplica a tortura poder invocar o estado de necessidade para justificar atos de “verdadeira tortura”, mas até à data nenhum caso suscitou a aplicação desta figura, ou até mesmo no limite, não foi

¹³ In: <https://www.amnistia.pt/5-formas-de-tortura-que-tem-de-ser-abolidas/>.

registado nenhum caso iminente ¹⁴ de *ticking time bomb scenario*, não sendo de excluir que este não venha a acontecer num futuro próximo.

A instituição de um “modelo de tortura legalizada” pela Comissão de Landau de 1987 foi reconfirmada pela Suprema Corte Israelense em 1999 por meio de um processo burocrático de descriminalização caso a caso.

Se a Comissão de Landau foi inicialmente nomeada para dirigir um inquérito e apurar responsabilidades quanto aos escândalos internacionais em que as autoridades israelitas (GSS/*Shabak*) se viam envoltas em virtude do peso desproporcional do uso da força, o relatório final emitido acabou não só por concluir pela permissão do uso de força moderada por membros do *Shabak* em razão da aplicação do estado de necessidade previsto na lei penal.

Tal decisão assentou numa lógica de ponderação de bens entre os danos causados pelo uso da tortura e os danos causados por atos terroristas ¹⁵, independentemente da iminência do atentado em questão, como ainda se propôs a oferecer linhas de orientação para o emprego de métodos especiais de investigação:

*"First, **disproportionate exertion of pressure on the suspect is inadmissible; the pressure must never reach the level of physical torture or maltreatment of the suspect or grievous harm to his honour which deprives him of his human dignity.** Second, the possible use of less serious measures must be weighed against the degree of anticipated danger, according to the information in the possession of the interrogator. Third, the physical and psychological means of pressure permitted for use by an interrogator must be **defined and limited in advance**, by issuing binding directives. Fourth, there must be strict supervision of the implementation in practice of the directives given to GSS interrogators. Fifth, the*

¹⁴ Cf. FELLER, S. Z., «Not actual ‘necessity’ but possible ‘justification’, not ‘moderate’ pressure, but either ‘unlimited’ or ‘none at all’», In: *Israel Law Review*, Vol. 23, No. 2 e 3, 1989, pp. 201-215.

¹⁵ Assim, MOLINA FERNÁNDEZ, F. La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura? In: *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*. Madrid: s.e., 2005: “en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor”.

interrogator's superiors must react firmly and without hesitation to every deviation from the permissible, imposing disciplinary punishment, and in serious cases by causing criminal proceedings to be instituted against the offending interrogator."

No caso norte-americano, a onda de insegurança levantada pelos eventos de 11 de setembro, começou a refletir-se numa relação bastante conturbada entre a defesa da segurança e a defesa dos direitos humanos.

Assistimos a uma mudança na administração de Bush, tendo este adotado práticas controversas que se encontram alinhadas com uma “*expensive theory of executive power*” que garante ao presidente e à administração poderes mais amplos na prossecução da guerra ao terror.

Desde logo, a aprovação do USA *Patriot Act*, a 24 de outubro de 2001, como resposta direta aos ataques às torres gémeas e cujo objetivo passava pela criação de procedimentos para deter e punir o terrorismo, seguindo-se a promulgação presidencial da *Military Order N°1* a 13 de novembro de 2001. Por meio do *HomeLand Security Act of 2002*, foi também criado o *Department of Homeland Security*, um gabinete adstrito à prevenção de ataques terroristas. Estava assim instaurada uma guerra ao terror, que ganhou mediatismo com os excessos cometidos em Guatanamo Bay.

O país que, em tempos, proporcionou ao mundo a criação do Tribunal de *Nuremberg* e da Organização das Nações Unidas e contribuiu em grande medida para a redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é hoje conhecido por instituir um modelo de tortura sistemática de prisioneiros e de detenção sem acusação e/ou julgamento de “*forever prisoners*”, que põe em causa todo o axioma *nulla culpa sine judicio*.

O complexo prisional de Guantánamo, apesar de todas as tentativas ¹⁶ e promessas ¹⁷, de encerrar o centro de detenção, alberga suspeitos de terrorismo ou

¹⁶ Veja-se, neste sentido a petição da Amnistia, disponível em <https://www.amnistia.pt/eua-20-anos-11-9-guantanamo-violacoes-direitos-humanos/>. (A.:10/02/2023)

¹⁷ Nomeadamente pela assinatura da *Executive Order 13492*, intitulada de “*Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*”,

prisioneiros de guerra, muitos detidos sem qualquer acusação formal ou julgamento, estando os mesmos sujeitos a práticas que objetivamente constituem tortura, mas que se encontram legitimadas por lei interna.

Estas práticas apresentam-se listadas pela CIA como “técnicas de interrogatório avançadas”, das quais constam manipulação de dieta, privação do sono, *walling*, submissão a posições de stress, confinamento ou *waterboarding*.

A par, foi instaurado todo um esquema de contorno legal dos instrumentos a nível global. Assim sendo, os prisioneiros de Guantánamo não se encontram protegidos nem pelo escopo da lei dos EUA e respetivas garantias constitucionais, nem protegidos pelas garantias da (terceira) Convenção de Genebra.

Cabe explorar melhor este último ponto uma vez que os Estados Unidos são efetivamente signatários da Convenção; no entanto, fruto de construção conceptual presidencial os detidos em Guantánamo, essencialmente compostos por membros da Al-Qaeda, foram rotulados como “*unlawful combatants*”¹⁸, negando a estes as proteções inerentes ao estatuto de prisioneiro em clima de conflito instituído pela ordem internacional - art 4º.2 (A) da Convenção de Genebra - e consequentemente contornando qualquer violação do artigo 3º do mesmo diploma.

Embora os EUA se tenham socorrido de engenhosas construções normativas, é impensável num Estado Democrático que se diz transparente continuar-se a assistir a uma das maiores violações dos direitos humanos, tendo esta

pelo Presidente dos Estados Unidos Barack Obama, a 22 de janeiro de 2009. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-200900005/html/DCPD-200900005.htm>

¹⁸ “ii. On this basis, “none of the provisions of [GC III] [Geneva Convention] apply to our conflict with al Qaeda in Afghanistan or elsewhere throughout the world because, among other reasons, al Qaeda is not a High Contracting Party”. iii. Although the conduct of the Taliban regime justified the President in suspending GC III as between the USA and Afghanistan, he declined to exercise his authority in this respect. iv. Common Article 3, which applied only to “armed conflict of a non-international character”, did not apply, as the relevant conflicts were international in scope. v. Taliban detainees were “unlawful combatants and, therefore, do not qualify as” prisoners-of-war (POWs) under GC III, on account of their failure to respect the laws and customs of war. vi. Al Qaeda detainees did not qualify as POWs because GC III did not apply to the USA’s conflict with Al Qaeda.”. Disponível em: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10994&lang=EN>, secção § 14. (A.: 10/11/2022)

já sido sinalizada tanto por organismos internacionais ¹⁹, como, na ordem interna pelo *Center for Constitutional Rights*, nomeadamente por constituir uma séria transgressão à *Due Process Clause* da Quinta e da Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

II.3. A doutrina da justificação e desculpabilização da tortura: uma análise crítica

A sensibilidade política, social e securitária que se instaurou após os ataques de 11 de setembro em torno da criminalidade organizada e do evento terrorista impulsionou o criação de modelos que desafiam, ou pelo menos, questionam ou tentam relativizar a proibição absoluta da tortura.

Há um apelo à prossecução de estratégias de neutralização do desvalor ético da tortura em situações em que o impedimento de um ato terrorista iminente (ou pelo menos próximo,) só se conseguirá (com elevada probabilidade) à custa da inflicção de algum tipo de tortura.

Vejamos, DERSHOWITZ apresentou-se como pioneiro na formulação de uma doutrina legitimante da tortura por meio de *Torture Warrants*: mandatos que seriam emitidos “*com base na estrita necessidade de obter informações imediatas, a fim de salvar vidas, juntamente com a causa provável de que o suspeito tinha tais informações e não está disposto a revelá-las*” ²⁰.

Este autor, enquanto defensor da tortura legal, aceita a inflicção de formas moderadas e não letais de tortura se este for o único meio idóneo de prevenir um ataque terrorista de grandes proporções.

Desta forma, a regulamentação da tortura só teria lugar aquando da especial ocorrência de um cenário ticking time bomb, uma vez que “*a decisão pela tortura*

¹⁹ Ibid., secção §3: “(...) *international legal opinion – notably in the form of UN human rights protection mechanisms, the Inter-American Commission on Human Rights, the International Committee of the Red Cross and the European Commission for Democracy through Law – has concluded that US policy and actions in relation to Guantánamo are unlawful*”.

²⁰ Dershowitz, A. M. (2002). Want to Torture? Get a Warrant. The San Francisco Chronicle. [tradução]

é uma decisão trágica, de escolha entre dois males”²¹ e sua execução condicionada a ordem judicial.

Estes mandatos sendo produzidos *ex ante facto* permitiriam, segunda esta teoria, regulamentar e delimitar com mais precisão as exceções à proibição de tortura enquanto fazia face às necessidades securitárias da população: assim seria até menos lesivo para um Estado de Direito regular o uso excecional de técnicas de tortura por via judicial²², do que deixar esse juízo de mérito para a posterioridade nas mãos dos agentes da autoridade.

Esta teoria foi alvo de severas críticas. Ora, sendo aplicável aos cenários *ticking time bomb* e havendo, por conseguinte, o pressuposto da iminência da ameaça, esta proposta torna-se pouco coesa com a realidade prática: não há tempo para um mandato responsável e fundamentado que seja suficientemente garantístico – e este tem de o ser, dada tamanha ingerência “qualificada” em direitos fundamentais.

Mais se acrescenta que esta teorização não se propõe a restringir esta prática a situações excecionais, abrindo uma grande margem abstrata de aplicabilidade (ou possibilidade de aplicabilidade).

Se, à priori, uma legitimação *ex ante* dos factos acabaria por trazer mais segurança jurídica à conduta do torturador, esta falha por não corresponder à realidade prática dos pressupostos da iminência.

Constate-se: se existe tempo útil para um juiz decidir de forma ponderada pela emissão de um mandato de tortura, então também existiria tempo para outra conduta alternativa, então a ameaça não era eminente e, conseqüentemente, a ação das forças de investigação de torturar não é necessária, sendo certo que a atuação penal deve ter por base o princípio da intervenção mínima.

Retomando à sua pedra de toque, DERSHOWITZ abraça o pressuposto que continuando a ser aplicadas formas não letais de tortura no combate ao terrorismo

²¹ Cf. Moore, M. S. (1989). Torture and the balance of evils. *Israel Law Review*, 23, 280-344.

²² “By expressly limiting the use of torture only to the ticking bomb case and by requiring a highly visible judge to approve, limit and monitor the torture, it will be far more difficult to justify its extension to other institutions. (...) The goal of the warrant would be to reduce and limit the amount of torture that would, in fact, be used in an emergency. This is an issue that should be discussed now, before we confront the emergency”. In: DERSHOWITZ, Op. Cit

no quadro fáctico atual, em situações em que encontramos em ponderação, de um lado a segurança e vida dos cidadãos e do outro direitos e liberdades básicos, é preferível optar pela via do controlo judicial da tortura a permitir a sua prática clandestina.

Apesar de se simpatizar com a raiz desta posição - “*The real question is not whether torture would be used -- it would -- but whether it would be used outside of the law or within the law.*”²³-, não é possível demonstrar o mesmo acolhimento para com as formas moderadas de tortura defendidas por DERSHOWITZ, tais como o soro da verdade, a infiltração de agulhas esterilizadas debaixo das unhas, a extração ou perfuração de dentes sem anestesia e o *waterboarding*, por não transparecerem moderação suficiente na forma de inflição de sofrimento .

Nem é possível sustentar que a tortura apenas fere a integridade física, desconsiderando a integridade pessoal no seu todo e a própria dignidade do torturado ²⁴.

Já autores como POSNER ²⁵, ELSHTAIN ²⁶, ADDICOTT, e ABRAMS defendem a tortura como solução extralegal e extraoficial da tortura. É a corrente que mais contrasta com os ideais do Estado de Direito, corrompendo a conceção moral e pragmática de um Estado Democrático e representando o abrir tácito de uma porta para a instituição sistemática da tortura enquanto método de investigação.

Este modelo defende que continue a existir uma proibição formal instituída pelos diplomas e convenções, mas um certo entendimento prático que, em

²³ Dershowitz, A. M. (2002). *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. Yale University Press, p. 120.

²⁴ Em Dias, A. S. (2009). Torturando o Inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. In M. da Costa Andrade, S. Aires de Sousa, & M. J. Antunes (Eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Vol. I, pp. 207-254). Coimbra Editora. destaca-se a perversidade da doutrina de DERSHOWITZ, satirizando que esta tem “*o intuito de abolir no torturado a «dimensão humana do próximo» e de radicalizar nele a dimensão objectual, pois a «eliminação» do sofrimento derruba a última barreira à manipulação total*”.

²⁵ Cf. Posner, R. A. (2004). *Torture, interrogation, and terrorism*. In S. Levinson (Ed.), *Torture: A collection* (pp. 67-82). Oxford University Press.

²⁶ Cf. Elshain, J. B. (2004). *Reflections on the problem of "dirty hands."* In J. B. Elshain (Ed.), *Torture: A collection* (pp. 119-133). Oxford University Press.

circunstâncias extremas, mesmo sem a devida incorporação desta prática nos quadros legais seria possível recorrer à tortura.

Isto, como se de uma cegueira deliberada se tratasse, quase como quem *“despe o torturador das vestes públicas e, conseqüentemente, retira de cena a proibição da tortura e o Estado que a promove, varrendo para debaixo do tapete os reais problemas que a tortura suscita.”*²⁷

Esta solução, apesar de reconhecer a necessidade do emprego da tortura em situações limite, distancia-se do núcleo da anterior por considerar que esta prática não deveria ser reconhecida ou justificável pelo sistema jurídico ou legitimada pelo controlo judicial.

O que, por levantar dúvidas incontornáveis quanto ao nível de escrutínio público expeável de um Estado de Direito, deve ser uma corrente a desconsiderar, por não se inserir no debate transparente que se pretende desenvolver: existindo a prática, o seu devido tratamento dentro da ordem jurídica – e nunca o seu camuflar.

Numa frente mais moderada, mas ainda controversa, é-nos apresentada a teoria da avaliação ex post facto que incidiria sobre a adequação – ou não - do comportamento do torturador ao caso excepcional, avaliação essa a ser conduzida por juiz em sede de audiência (SCARRY e SHUE).

Neste sentido, existem autores que, verificados certos pressupostos de adequação e proporcionalidade, consideram o estado de necessidade passível de ser invocado, com extrema cautela, para atenuar ou dispensar a pena do agente torturador (IGATIEFF, PARRY, COHAN, GAETA).

Outros que, por sua vez, encontram a solução em sede da teoria da desculpa no Direito Penal. (GROSS) ou que, não sendo aceite qualquer uma destas opções, em sede de aplicação de circunstâncias especialmente atenuantes em casos limite, i.e., em que um agente é coagido por superior a cometer tortura.²⁸

Ora, apesar de não ser possível conferir um amplo nível de segurança jurídica à conduta do torturador e definir os limites da mesma no momento da atuação, como almejado pelo recurso a mandatos na teoria de *Dershowitz*, é certo que a conduta a ser analisada após a cessação da atividade criminosa, responderá a

²⁷ DIAS, Augusto, Op. Cit., p. 258.

²⁸ GAETA (2004), Op. cit.

regras gerais do funcionamento judiciário e trâmites da avaliação de mérito da causa.

Tal, por via das correntes jurisprudenciais produzidas até ao momento, permitiria subsumir, de forma mais ou menos integral, o entendimento e interpretação do Tribunal quanto aos pressupostos em que assenta a ideia de tolerância da conduta ao evento excepcional, ou por sua vez, o erro de subsunção do agente na aplicação de tortura face á inexistência e pressupostos justificantes ou desculpantes.

Desta feita, se à luz dos princípios éticos e jurídicos, torna-se indisponível tratar deste problema de forma extraoficial, ex ante facto ou até ex post facto quando o propósito seja excluir a ilicitude do ato - uma vez que não se pretende, com esta dissertação, apelar à neutralização do desvalor ético associado ao ato de tortura - é certo que existem outros mecanismos que podem ser invocados para tutelar esta prática dentro do escopo da lei.

E a verdade é que, como demonstrado, o uso objetivo de tortura não é um fantasma do passado, continuando a ser empregue à margem da lei, portanto, numa situação limite, será que *“através da tortura estamos a instrumentalizar o terrorista ou com a omissão da tortura estamos a instrumentalizar a vida e ou dignidade de inocentes para não abrir mão de um princípio (considerado) absoluto”* ²⁹ ?

Estando em questão uma sensível ponderação de bens e analisando de forma sistemática o quadro legal aplicável, desconstroem-se e surgem as seguintes preocupações, já suscitadas por MARIA CONCEIÇÃO DA CUNHA:

- a) Como harmonizar o respeito pela Dignidade e autodeterminação do terrorista com o respeito pela vida e dignidade das pessoas em perigo?

Pois bem, as convenções internacionais e a própria lei interna reiteram a inviolabilidade da proibição da tortura, na mesma força em que reforçam a

²⁹ Cunha, M.C. (2012). *Uso da Tortura e impedimento de actos terroristas*», In: *Multiculturalismo e Direito Penal*, organizadores: BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Almedina, pp. 46

inviolabilidade da vida humana, também decorrente do pilar da dignidade humana. Efetivamente cabe a um Estado de Direito a proteção do núcleo da Dignidade da pessoa e sem Vida não há Dignidade.

Pelo que encontramos disposições relativas à inviolabilidade do bem Vida nos arts. 2º da CEDH e Protocolos Adicionais nº 6 e nº3, e entre nós no art 24º da CRP consagra que *“a vida humana é inviolável”*.

Nas esteiras de Fritz Allhoff, (2005), a própria *“vida humana é um valor absoluto e a sua proteção deve ser a principal prioridade em qualquer sociedade civilizada. Se a tortura pode salvar vidas inocentes, então isso deve ser seriamente considerado. (...) A vida humana é a o valor mais fundamental inalienável e a sua proteção é imperativa”*.

Estando, então, em causa direitos conflituantes, e devendo sempre salvaguardar-se o núcleo essencial dos mesmos, CUNHA indaga a possibilidade encontrar alguma resposta no art. 18º da CRP, concebido exatamente para a aplicação dos princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade em situações em que se mostra necessária a sua harmonização, deparando-se com um ponto bastante complexo:

“Ao deixar-se morrer fere-se de morte o núcleo do direito à Vida! [“e, sem vida não há dignidade”] Mas, ao torturar também parece que se destruirá o núcleo essencial da integridade pessoal e a própria Dignidade Humana! Ou será que as formas mais moderadas de tortura, tendo ainda em conta que o perigo advém de uma ação ilícita do torturado, não ferirão esse núcleo essencial? Sem Vida, nada resta, mas após a tortura o terrorista recupera a Dignidade de algum modo comprimida (ou restringida). É possível dizer isto?” (2012:45)

Existem autores que chegam a afirmar que *“é o “tabu” da tortura que encontra o seu limite no direito de vida das pessoas que se encontram ameaçadas pela bomba e não o inverso”* ³⁰. Posição que se absorve, na medida em que não

³⁰ ERB, V., Op. Cit. pp. 28 e ss.

pode ser conferida maior ou sequer a mesma proteção e tutela jurídica ao bombista, responsável pela ameaça, que às pessoas ameaçadas pela bomba.

Isto, embora não se conceda ou conceba, em momento algum, qualquer acolhimento da corrente do Direito Penal do Inimigo que dividindo a sociedade entre “cidadãos” e “inimigos”, pretende implementar, para estes últimos, “*um tratamento sancionatório autónomo*” a todo o “*agente que demonstre um afastamento duradouro por referência ao dever-ser jurídico-penal*”³¹ ou até qualquer tipo de valoração quantitativa do valor vida: já que as vidas em termos de dignidade valem o mesmo.³²

Ainda, numa situação limite – imagine-se um atentado terrorista- os agentes vêm-se impedidos de torturar um único sujeito, responsável ou solidariamente responsável por uma agressão ilícita, para proteger a dignidade deste, enquanto condenam à morte todas as outras pessoas ameaçadas pela bomba, podendo, presumivelmente, evitar a morte das mesmas.

Será que, num caso deste, se pode escandalizar ao dizer que as pessoas ameaçadas têm o dever de tolerar a destruição da sua existência? Será que se pode dizer que as autoridades policiais com os meios disponíveis, fizeram tudo o possível para tentar salvar as vidas? Ou, por sua vez, não sendo possível falar em responsabilidade ativa pela sua morte, constituirá esta conduta uma omissão relevante que levou não pretendeu pôr fim à atividade criminosa e levou ao aumento relevante de risco de morte para as vítimas, que não era exigível às mesmas suportarem?³³

³¹ Morais, P. J. (2020). Em torno do direito penal do inimigo. Uma análise crítica a partir de Gunter Jackobs. 1ª edição. GESTLEGAL. Coimbra. Pp.7, 16 e ss.

³² “*Não existe qualquer bem superior à vida humana, nem aqui o problema se pode pôr em sede quantitativa, de maneira que quando se sacrifica a vida de alguém, ainda que seja para salvar a de muitos, o problema é ou pode ser de exclusão da culpa, mas nunca de exclusão da ilicitude*” (Hungria, 1940, p. 23).

³³ “*É claro que os agentes, ao não torturarem por respeito para com a Dignidade do terrorista, não estão a matar ativamente todas as outras pessoas, mas estão a deixar que morram, podendo, previsivelmente, evitar essas mortes...não será essa omissão relevante?*”. CUNHA (2012). Ainda, id.,2009.

- b) Sendo permitido o uso de coação para evitar a prática de crimes, ou até o uso de armas de fogo nos termos do DL 457/99, mas proibida a tortura mesmo em situações limite de impedimento de atos de criminalidade organizada quando é que transpomos a barreira? Melhor dizendo, quando é que a violência ou a sua ameaça passam a revestir tortura?

A segunda parte da alínea b) do art. 154º do CP permite o recurso à coação³⁴, em situações limite, quando necessário para evitar “*a prática de facto ilícito típico*”, excluindo a ilicitude da conduta desde que atendidos os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Ora, assim aceita-se pacificamente a utilização da violência ou da ameaça para impedir a agressão a bens jurídicos suscetíveis de legítima defesa, conquanto vidas humanas, aceitando-se também, a inflição de sofrimento físico e/ou psicológico – podendo este demonstrar-se grave e até integrar objetivamente o conceito de tortura.

Ao mesmo tempo, rejeita-se promover o debate sobre a desculpabilidade de atos de tortura em situações limite, estabelecendo parâmetros jurídicos dúbios quanto ao emprego de força estatal.

Se é certo que uma parte da doutrina, na qual SILVA DIAS se revê, defende que o crime de coação não se aplicaria às autoridades públicas, uma vez que existe o crime de tortura exclusivamente pensado para a comissão por funcionários estatais, também é certo que o legislador não pretendeu subtrair poderes de coação às forças de segurança, “privilegiando” o particular com faculdades mais amplas de defesa e incentivando o combate à criminalidade por meios próprios.

³⁴ Sendo que o crime de coação exige “*que alguém, através de ameaças ou violências injustas, force, obrigue, constranja outrem a praticar actos ou a incorrer em omissões ou situações que não é obrigado a suportar e que não quer, diminuindo-o na sua liberdade de acção*” na aceção do **Ac. TRG de 7-09-2015**. Reforçando o **Ac. TRC de 20.09.2017** que “*o bem jurídico protegido no crime de coação é a liberdade de decidir e de atuar: liberdade de decisão (formação) e de realização da vontade (...) em dois âmbitos essenciais: a liberdade de decisão e de acção e a liberdade de movimento.*”

Atente-se no art 3º, nº2 do DL 457/99 que, nas suas várias alíneas, permite o uso de armas de fogo pelas autoridades contra pessoas para “*repelir agressão atual ilícita dirigida contra o agente ou terceiros, se houver perigo iminente de morte ou ofensa grave à integridade*”, tal como para “*prevenir a prática de crime particularmente grave que ameace vidas humanas*” ou até “*para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade ou impedir a sua fuga*”.

Em sentido mais abrangente, cabe ainda invocar o art. 2º, nº 2 da CEDH: “*não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força tornado absolutamente necessário: a) para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal; b) para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente; c) para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição*”.

Pois bem, a definição de tortura remete para a inflição de sofrimento físico ou psíquico *agudo* e cansaço físico ou psicológico *grave*, sendo que as condutas que não se revestem de tal grau de gravidade, são incluídas na categoria de tratamento cruel, degradante ou desumano, quando exista essa distinção.

Se as convenções exigem tal grau de sofrimento agudo infere-se que nem toda a ameaça ou nem toda a pressão implicará o preenchimento do conceito de tortura.

O que, per si, levanta várias sub questões: Quando é que uma conduta é idónea de preencher o conceito de sofrimento agudo? Este conceito é preenchido com a simples ameaça de inflição de dores (que não provoquem lesões)? Ou só será preenchido com a efetivação do mal ameaçado durante um certo período temporal? E assim sendo, quanto tempo?

Parece haver alguma confusão conceptual entre a doutrina aquando da tipificação de certas condutas como coação ou como tortura, quando no fundo estamos a falar de um só tópico...o recurso a métodos de pressão físicos e psicológicos – estando ou não em causa danos ou lesões permanentes – seja qual seja a tipificação que se queira atribuir.

Aliás, a própria delimitação do conceito de tortura - no tocante à intensidade ou ao nível de sofrimento que deve ser atingido para se tipificar uma conduta como ato de tortura- já levanta imensas dúvidas, que acaba por dificultar a distinção entre

tortura e as figuras, suas próximas, como o tratamento cruel, desumano e degradante (ZÉKIA). A distinção entre estas figuras normalmente dá-se pela hierarquia de intensidade de sofrimento que estabelecem entre si, o que é critério “cinzento” e insuficiente, embora exista quem defenda entre nós, que não existe propriamente um critério diferenciador.³⁵

FRÉDÉRIC SUDRE, acrescentou a este critério da intensidade³⁶, aceite de forma, mais ou menos, consensual, o critério da apreciação relativa, inclusive retratado no caso *Irlanda c. Reino Unido* que avalia o peso da duração dos atos e dos efeitos físicos e psicológicos dos mesmos face às características do indivíduo (sexo, idade, saúde, etc.).

Ainda EYAL, através de uma *conceptual approach*, tende a fazer a distinção entre tortura e outras figuras afins com base nos vetores da natureza, gravidade e propósito da conduta.

- c) O porquê de não se questionar a imposição de penas privativas da liberdade, enquanto se nega categoricamente a ameaça de privação de liberdade ou a própria privação de liberdade do suspeito que se recuse a revelar o lugar da bomba ou paradeiro da vítima?

Desde já, admite-se que possa haver erro quanto à pessoa sujeita a ameaça, existindo sempre uma margem para que este não seja o terrorista ou não seja responsável, ou solidariedade responsável, pelos atos que lhe são imputados.

³⁵ Neste sentido, ALBUQUERQUE, *op. Cit.*, p. 731, considera que o conceito de tortura apresentado pelo artigo 243º não permite fazer uma distinção entre os atos que revestem tortura daqueles que, por sua vez, revestem tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Por sua vez, MARIA JOÃO ANTUNES, no seu Comentário ao Art. 243.º do CP, considera estar implícito no artigo uma gradação do comportamento do agente: numa cadeia hierarquizada, num último patamar, como conduta menos gravosa, os tratamentos degradantes, seguindo-se os tratamentos desumanos, os cruéis e culminando na, sua forma mais grave, a tortura (in: *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II* .1999)

³⁶ SUDRE, Frédéric (1984), La notion de “Peines et Traitements Inhumains ou Dégradants” dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de L’Homme”.*Révue Générale de Droit International Public*, n.º 88, p. 837.

Por outro lado, o abrir portas à desculpabilidade – ou discutir essa hipótese – não tem necessariamente de beliscar, no seu núcleo, o princípio da inocência se considerarmos que muitas pessoas sujeitas a prisão preventiva - ou mesmo detidos - acabam por ser consideradas inocentes e isto não constitui fator de exclusão destas práticas preventivas.

De igual modo, MARIA DA CONCEIÇÃO CUNHA alerta para o facto de a própria execução da pena prisão, mesmo implicando a imposição de sofrimento grave e graves restrições à liberdade e autodeterminação, servir fins importantíssimos preventivos, numa lógica de prevenção futura de eventuais danos.

Pelo que, nesta linha de raciocínio, torna-se imperativo, no mínimo, debater a hipótese atual de prevenção de um mal, este em si iminente e grave mesmo que se tenha de recorrer a tortura moderada ou à sua ameaça?

Perante a atual configuração da proibição da tortura, é uma questão que, como retrata a Autora, acaba por gerar grande *“inquietude, pois não permite que se defendam vidas inocentes para não “beliscar” a dignidade dos agressores”*.

Concretizando, até que ponto não será válido e até preferível admitir - ou desculpabilizar - certas formas moderadas de tortura como prática excepcional?

Quando questionado sobre uma possível legitimação de formas moderadas de tortura, SILVA DIAS, sublinhando a dinâmica incontrolável deste método ³⁷, rejeita a hipótese.

Começa por relatar a incompatibilidade de tal prática com um Estado de Direito Democrático - entre nós, consagrado no art. 2º da CRP - e a violação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, - art 1º CRP - do princípio do acusatório, da presunção de inocência e do direito ao silêncio e à não incriminação assim como do direito à integridade física e à capacidade de decisão e de autodeterminação.

Além disso, este autor não encontra fundamento no quadro constitucional da proporcionalidade – entre nós no art 18º, nº2 da CRP – para o emprego de tortura mesmo que em nome da segurança coletiva, paz e combate ao inimigo.

³⁷ Nas palavras de MARK TWAIN, *“a um homem munido de um martelo tudo se parece com uma unha”* (In: PETERS, R. (1996). *Jihad in Classical and Modern Islam*, Marcus Wiener Publishers, Princeton, N.J., p. 128.)

DAVID LUBAN em *Torture, Power and Law*, reforça esta ideia de que a tortura é incompatível com os valores democráticos e que compromete a integridade moral e legitimidade política dos Estados.

Mas não ficará, desde logo, esta comprometida quando um Estado permite que continuem a ser praticados atos de tortura na clandestinidade ou nos contornos cinzentos da lei apesar de uma proibição absoluta vigente e, posteriormente, numa situação de ameaça iminente opta pela sua inércia pública?

Ainda para SILVA DIAS (2009:243), a tortura, além de não constituir um meio adequado para alcançar a verdade material, é uma conduta instrumentalizadora da pessoa, reduzindo-a à condição de “*coisa com utilidade probatória*”.

Todos estes argumentos merecem aqui acolhimento, mas apenas se aplicados uma lógica de justificação em sentido estrito. A própria Maria Conceição Cunha aceita que *"a tortura não pode ser justificada em qualquer situação. Porém, a sua prática pode ser objeto de tratamento diferenciado em termos penais, designadamente em termos de execução da pena, em função das circunstâncias em que a mesma ocorreu, atentas as suas motivações e as suas consequências"* ³⁸.

Assim, se transportarmos a discussão da sede da (i)licitude para a sede da (des)culpa as conclusões podem não ser as mesmas.

III. Dos pressupostos dos ticking time bomb scenarios à sua relação com a atualidade crimogénea

III.1. Pressupostos epistémicos de um ticking time bomb

Os autores que se dedicam ao estudo da admissibilidade moral da tortura ³⁹, conceberam um caso de estudo - “*Ticking Time Bomb*” - em que idealizaram as condições epistémicas que teriam de estar reunidas para justificar o emprego da tortura moralmente.

³⁸ Cunha, M, *Vida Contra Vida*.

³⁹ Michael Walzer, Jean-Paul Sartre e Jeremy Bentham.

Este experimento mental tem vindo a ser adaptado aos contornos jurídicos da discussão exatamente para questionar o carácter absoluto da proibição legal da tortura.

A variação moderna deste *case study* é muitas vezes ilustrada por um terrorista capturado que se recusa a divulgar informações sobre o uso iminente de armas de destruição em massa, como armas nucleares, químicas ou biológicas, capazes de matar e ferir milhares de civis.

A título de hipótese académica, imagine-se:

Um grupo de terroristas esconde uma bomba nuclear na cidade de Lisboa durante as Jornadas da Juventude. Sucedem que as autoridades capturam o líder do grupo e este confessa saber o local de esconderijo da bomba, mas recusa-se a partilhar tal informação. A tortura seria um meio de garantia de produzir a informação necessária às autoridades para desativar a bomba, depois de esgotados os outros recursos. Entenda-se aqui que a tortura, per si, não garante a produção da informação necessária, contudo, mantém-se esta premissa para evidenciar o ponto principal da teoria. Além disso, assume-se que a polícia está objetivamente segura de que o detido sabe a localização da bomba, que esta vai matar dezenas de milhares de cidadãos, incluindo jovens e crianças inocentes, aquando da sua explosão e que não existe outra forma de evitar o prejuízo que não seja pela confissão do terrorista.

Assim, de um ponto visto ético, cumulativamente, (1) a tortura seria aplicada para evitar um mal, não para que um agente possa ser punido depois que aconteceu; (2) este mal afetaria radicalmente a vida ou integridade física de um grande número de pessoas, pessoas que, além disso, são inocentes; (3) e ainda a ameaça seria efetivamente verdadeira e não haveria dúvida razoável de que a pessoa torturada seria responsável ou solidariamente responsável por essa ameaça e poderia revelar como evitar a consumação do crime – sendo que nesta premissa exige-se certeza e segurança como condições epistémicas especiais.

A partir destas premissas torna-se possível sustentar que só perante a verificação destes pressupostos, e só destes mesmos, o emprego da tortura não seria moralmente condenável.

Dito isto, mesmo assumindo que moralmente a tortura pode ser aceitável sob tais e tais condições muito específicas, juridicamente será que poderá ser admissível? E assumindo que a tortura aplicada pelo exército ou forças policiais é admissível será esta eficaz?

Em termos de análise legal, exige-se uma sensível combinação dos juízos de necessidade, eficácia, proporcionalidade e moderação, devendo existir: (1) uma ameaça iminente e grave à vida e segurança das pessoas; (2) uma ausência de opção alternativa menos extrema e/ou prejudicial para evitar um dano, que de outra forma seria irreparável; (3) proporcionalidade e razoabilidade entre a conduta que pretende subtrair a ameaça e a gravidade desta mesma ameaça; (4) motivação de evitar ou minimizar a lesão de bens jurídicos, na medida do estritamente necessário.

Em termos da aplicação destes pressupostos à realidade prática, se formos rigorosos, a sua verificação é residual, se não até mesmo quase impossível, como alertado pela APT.⁴⁰

Exige-se conquanto que as autoridades saibam: (1) que uma bomba foi plantada em algum lugar; (2) que está prestes a explodir; (3) que o suspeito sob a sua custódia tem as informações necessárias para deter esta ameaça; (4) que o suspeito fornecerá essas informações com precisão em questão de minutos se for submetido a tortura; e ainda (5) que não exista maneira alternativa de obter estas mesmas informações.

Percebe-se, pois, sendo as condições epistémicas sob as quais a tortura é moralmente admissível tão excepcionais que a probabilidade de ocorrerem é quase nula, se não residual, a relutância que a ordem jurídica tem em simpatizar com a promoção de um debate que enfraqueça o entendimento absoluto do alcance da proibição da tortura.

Impera, portanto, ainda entre nós, o receio da promoção deste debate funcionar como um cavalo de Troia, quer isto dizer, “*a admissão da tortura*,

⁴⁰ Disponível em: <https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/tickingbombscenario.pdf>

*também para uma situação excepcional, significa[r] a reabilitação de uma estratégia para superar um problema que seria melhor se continuasse a ser banido do âmbito do que se deve considerar”*⁴¹

Todavia, não deverá ser a probabilidade residual de estarem reunidas todas estas condições num cenário de Ticking Time Bomb – ou a sua irrepetibilidade - que deverá constituir qualquer tipo de impedimento à promoção deste debate. Vejam-se paradigmáticos exemplos académicos como o caso *Mignonette*, o caso da tábua de *Carnéades*⁴², o caso do piloto do *ferry* ou até a “fábula do homem gordo”: estamos perante uma situação de inexigibilidade quase fantasiosa que é muito pouco provável de ocorrer.

Não obstante estas construções não deixaram de ser relevantes para o estudo da Teoria da Culpa e Desculpa em Direito Penal, em concreto do espírito de inexigibilidade do estado de necessidade desculpante, apesar dos seus contornos demasiado específicos.

Mais se diz, em termos gerais, um cenário ticking time bomb pode vir-se a tornar uma realidade bastante próxima na Europa tendo em conta os recentes desenvolvimentos da criminalidade organizada e da atividade terrorista, deteiorizando a base de todo o tecido securitário legislado até então.

Não sendo, inteligivelmente, a prática de tortura um fantasma do passado e não querendo correr o risco de este se tornar num delírio do futuro fora do contorno da lei, aquando da revolta dos cidadãos contra a ordem jurídica pela sua inércia normativa, ou até de condenarmos inocentes, deve-se incentivar, em tempo útil, a discussão de várias estratégias éticas neste campo como tentativa de aproximação à realidade criminógena.

III.2. Caso Daschner: uma aproximação da realidade criminógena ao debate teórico

⁴¹ Greco, L. (2007). *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs*. Barcelona.

⁴² Cfr. Hruschka, J. (2004). Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, 5-17.

O Caso Daschner é considerado “o caso penal mais controverso da história alemã do pós-guerra”, no entendimento de Roxin ⁴³, tanto quanto à controvérsia doutrinal fomentada quanto ao sentido da própria decisão judicial condenatória.

O mediatismo do caso veio então contribuir para delimitar o escopo do debate no meio policial e todas as suas problemáticas inerentes no plano prático: desde a distinção conceptual entre tortura preventiva e tortura repressiva, à construção normativa da ameaça de tortura com validade de ato tortura, passando pela problemática da (não) justificação do sofrimento infligido ou ameaçado.

A 27 de setembro de 2002, J., 11 anos, foi atraído por Gafgen (G.), um jovem estudante de direito, para o seu apartamento em Frankfurt, onde acabou por ser sufocado até à morte. G., posteriormente, depositou uma nota de resgate na casa dos pais de J. em que declarava o sequestro da criança.

No dia 30 de setembro, já sob investigação das autoridades locais, foi entregue o resgate e posteriormente detido o suspeito G., na posse de parte do dinheiro. Este foi levado para a sede policial onde foi questionado sobre o paradeiro da criança.

Na manhã de 1 de outubro, após buscas domiciliárias incriminatórias e diante da recusa em revelar o paradeiro do menor, o vice-presidente da esquadra de Frankfurt, Wolfgang Daschner (D.) ordenou aos seus subordinados, nomeadamente o agente E., que ameaçassem o detido com considerável dor física, e, se necessário, o submetessem mesmo a tal dor, "sob supervisão", caso ele não revelasse o local onde mantinha a vítima.

Após 10 minutos, por medo de ser exposto às medidas que o ameaçaram, revelou, assim, o paradeiro do corpo de J., confessando ainda que havia sufocado a criança até à morte.

G. enquanto requerente no caso GÄFGEN v. GERMANY (2010) ⁴⁴, alega uma séria violação do artigo 136º A do Código de Processo Penal ao próprio artigo 3 da CONUCT, sendo incontestável que G., sob ordem superior de Dashener, foi

⁴³ ROXIN (2006) em *Rettungsfolter?* p.205. Já ROXIN (2005) em *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?* p. 461

⁴⁴ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/Eng?i=001-99015>

ameaçado de (pelo menos) maus-tratos pelo agente E. enquanto se recusasse a revelar o paradeiro da vítima.

O método de interrogatório a que foi submetido G., num estado de vulnerabilidade e numa atmosfera de medo considerável, angústia e sofrimento mental, foi considerado suficientemente grave para dar origem a um tratamento desumano proibido pelo art. 3º - violação esta que foi reconhecida pelas autoridades nacionais tanto no processo penal contra o requerente como na condenação subsequente dos agentes de polícia.

Na noite dos acontecimentos, o vice-chefe da polícia de Frankfurt, D., redigiu uma nota onde admitia o recurso a métodos de investigação mais coercivos, justificando que a metodologia aplicada visava exclusivamente salvar a vida da criança.

Este acreditava que, na manhã de 1 de outubro, a vida de J. se encontrava iminentemente em perigo (quer por falta de comida, quer pelas temperaturas extremas que se faziam sentir no exterior).

Por conseguinte e só perante este campo factual e movido por agudos estados de afeto asténico e esténico, ordenou a ameaça de tortura a G. e chegou até a ordenar a obtenção e administração de “soro da verdade”, lembrando que a tortura, a ser infligida, não deveria deixar qualquer vestígio de lesão e seria sempre realizada sob supervisão médica.

No entanto, D. realça que G. ao ser ameaçado de dor, revelou o paradeiro da criança e não foram efetivamente tomadas medidas.

Não obstante, o Tribunal de *Frankfurt*⁴⁵ afastou a aplicação quer da legítima defesa, quer do direito de necessidade à atuação de D. e E.

Quanto ao recurso ao primeiro mecanismo, alega-se que este encontra, logo, como barreira intransponível a dignidade humana, quanto ao segundo falha por falta de adequação do meio à salvaguarda do bem jurídico. Levantam-se ainda problemas na concretização do elemento da atualidade da agressão exigido por estas figuras.

Da mesma forma foi afastada a aplicação do estado de necessidade desculpante consagrado na secção 35. do StGB.- por falta de um requisito de

⁴⁵ Regional Court (*Landgericht*) of Frankfurt am Main, Decision of 20 December 2004, *Daschner Wolfgang and E.* Case.

proximidade entre os agentes e a criança que não encontra correspondência com o art. 35º CP.

Foi excluída também a aplicação do estado de necessidade desculpante extralegal, – figura aceite por parte da doutrina que partilha a mesma ratio de “comunidade de perigo”, sendo menos exigente em termos de pressupostos - por não se considerar estar perante uma situação de conflito insolúvel existindo alternativas de ação, menos gravosas.

Neste campo, é realçado que a aplicabilidade do estado de necessidade supralegal à atuação de entes públicos levaria rapidamente à rutura com as normas de Direito da Polícia e da própria ordem democrática, principalmente atendendo à particularidade do caso da criança já se encontrar morta ao tempo dos factos, embora não fosse da aquiescência das autoridades.

O Tribunal acabou por responsabilizar D. como autor de um crime de indução de subordinado à prática de conduta criminosa (§ 357 do StGB) e como instigador do crime de coação no exercício de funções, e E. como autor de um crime de coação no exercício das funções (§ 240 nº 1 do StGB).

Os agentes da polícia acabaram por ser condenados numa pena de multa, bastante modesta e suspensa, de 120 euros (por dia) por 90 dias para D. e 60 euros (por dia) por 60 dias - que os réus só seriam obrigados a pagar se incorressem em outra conduta criminosa durante o período de liberdade condicional- e numa admoestação com reserva de pena (§ 59 do StGB) durante 1 ano.

Na fundamentação da sentença transparece o relevo dado à existência de circunstâncias especialmente atenuantes (anteriores ao facto) – entre as quais; a motivação exclusiva de salvar a vida da criança, a pressão que a urgência da situação e a própria opinião pública faziam pender sobre o Vice-Presidente da Polícia e sobre o próprio desfecho do caso; a atitude não cooperante e provocadora do “raptor” atrasando a investigação através do fornecimento de pistas falsas e ainda todo o cansaço e desespero inerentes à própria noite da investigação.

Uma parte da doutrina, na qual se inserem LACKNER/ KUHL ⁴⁶, condenam o sentido quase simbólico da decisão condenatória por ser manifestamente desproporcional - em espécie e medida - à violação invocada e por

⁴⁶ Cfr. V. LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, 26ª ed., 2007, § 32, nº 17a.

não conceder uma reparação adequada e suficiente ao requerente (isto não obstante do Tribunal ter ressalvado que a solução punitiva encontrada serve oportunamente razões de prevenção especial e geral).

Contudo, o Tribunal foca a discussão num ponto-chave da posição que se pretende reproduzir; se este dá como certo que, ao caso em apreço, não se aplicariam causas de justificação gerais à conduta dos agentes, - quer por esta resultar da atuação do poder público, quer por esta não reunir os pressupostos necessários à sua aplicação – também é certo que “*do ponto de vista subjectivo os arguidos se encontravam numa situação de certo modo próxima das causas de justificação e de desculpa*”.

Mesmo não admitindo a aplicação de uma causa de desculpa, respalda-se o “leve” sentido da solução punitiva encontrada “*num caso de tortura como este, em que o agente se mobiliza para salvar vidas humanas, num estado de cansaço e de aflição psíquica agudos, num contexto emocional de indignação e de temor pela sorte das vítimas do sequestro ou da bomba, há lugar para a desculpa ou para a atenuação especial da pena (dada a continuidade entre esta consequência e a antecedente)*”.⁴⁷

III.3. Modelo misto de “inexigibilidade”: combinação das características marcantes do cenário *ticking time bomb* e do caso *Daschner*

Neste subcapítulo, pretende-se juntar as características mais marcantes do experimento mental *Ticking Time Bomb* com o factualismo do Caso *Daschner*, de modo a construir um modelo prático que cristalice em si o estado conflitual extraordinário do agente.

O esforço aqui empregue vai no sentido na definição de espaços de tolerância face o ilícito, tendo em conta uma diligente análise da efetiva realidade afetiva do agente, desde logo, para evitar a instrumentalização dos cidadãos a princípios de prevenção geral, de prevenção geral que não são aplicáveis à especificidade do caso, nem permitem a aproximação do Direito com o caso material concreto.

⁴⁷ Dias, 2009: 268

Atente-se que os casos *ticking time bomb* costumam ser utilizados como exemplo paradigmático de uma defesa justificante de necessidade, no entanto, neste estudo pretende-se utilizar o experimento mental enquanto ilustração de contornos passíveis de uma situação de inexigibilidade que poderia ocorrer na modernidade.

Para efeitos do nosso modelo, este deve ser tido apenas representação de uma ingerência qualificada no processo de tomada de decisão e estado subjetivo do agente torturador perante a iminência e dimensão destrutiva de uma ameaça iminente deste calibre e não se confundir com pressupostos justificadores.

Já o caso *Daschner* transporta estas contornos para a realidade fáctica, sendo a própria sentença do caso a constatar que os arguidos se encontravam numa situação próxima das causas de justificação e desculpa.

Pelo que, mostra-se necessário destringir o estado asténico⁴⁸ e/ou esténico imputável não censurável imputado aos agentes num “*contexto existencial trágico e humanamente ingovernável*”⁴⁹, mesmo em situação de potencial excesso.⁵⁰

O torturador, que neste modelo encontra-se sempre revestido de vestes públicas, atua num quadro agudo complexo de conflito interno, tensão emocional, indignação e aflição psíquica, cognoscível e simpatizável do ponto de vista da essência humana, que se mostra impossível de compatibilizar com o de cumprimento das exigências de dever.

⁴⁸ Assim “*para o excesso asténico não ser censurável, deve atingir um tal grau de intensidade que se tome inexigível outra conduta ao agente (sobre o excesso asténico censurável, acórdãos do TEDH Aydan v. Turquia, de 12.3.2013, §§ 93 a 101, e Mustafa Aldemir v. Turquia, de 2.7.2013, § 48).*” ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de «Comentário ao art. 33.º», In: *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora.

⁴⁹ Expressão de Silva Dias (2009: 272). O autor acrescenta que nestas situações extremas “*em que a tortura surge como uma (precipitada) fuga em frente e não como um ritual programado, a desculpa não conduz em boa verdade a uma relativização da proibição da tortura*”

⁵⁰ “*Normalmente, o ataque cria ao defendente uma perturbação profunda; de sorte que se este se excede nos meios de que usa para se defender, este excesso deve imputar-se a uma culpa atenuada, ao menos em princípio, e daí a faculdade dada ao juiz para que atenuie livremente a pena. Mas se o excesso não for censurável, então o pensamento da culpa conduzirá, como deve, à não punição do agente*”, in ACTAS CP, 1965: 251 e 252).

A este título, existe uma linha de pensamento de SILVA DIAS⁵¹, embasada no circunstancialismo do caso *Daschner* que se torna essencial retratar:

*“De todo o modo, se a decisão pela tortura é tomada num contexto aflitivo de temor pela sorte das vidas ameaçadas e **nos limites da resistência humana do agente à situação adversa**, agudizados para mais pela atitude provocatória, arrogante, trocista ou divertida do suspeito de rapto ou de terrorismo, pode concluir-se que **o comportamento, permanecendo ilícito e excessivo, foi praticado por medo não censurável**. Apesar da maior exigibilidade que impende sobre o agente, por força do exercício de poderes públicos, não pode ser negada relevância à comprovação de que a resistência de uma pessoa do seu tipo social (incluindo neste o seu papel funcional) à violação do dever teria igualmente «quebrado» naquela situação.”* Rematando que o fator que hipoteticamente se tornaria decisivo nesta via da aplicação analógica do 33º.2⁵² seria **“saber em que medida o descontrolo emocional do agente que conduziu ao excesso se deve à tensão gerada pela situação de necessidade, à fadiga causada pelo arrastar dos acontecimentos, ao receio pela vida das pessoas que se encontram em perigo e também à atitude do suspeito. Quanto mais o estado psíquico do agente for explicável por estoutros factores, menos censurável será o medo que o domina e mais desculpável será o seu comportamento. Porque menos resistência a um tal estado oporia uma pessoa do seu tipo social.”**

Ora, em ambos os casos, não existe um domínio total do elemento volitivo da ação por parte do agente. Com este modelo, não se pretende subsumir que o agente estava desprovido de qualquer domínio da sua vontade⁵³— caso contrário

⁵¹ Embora, Silva Dias (2009: 275) acabe por não admitir a aplicabilidade de uma defesa de necessidade desculpante em situações-limite, o autor expõe um ponto chave desta discussão em sede de inexigibilidade.

⁵² Remeta-se, posteriormente, para as considerações tecidas sobre a aplicação analógica do regime de excesso.

⁵³ Porém, em sentido contrário, CAVALEIRO FERREIRA (1992: 368), In: Lições de Direito Penal: Parte Geral, 4ª Edição, Verbo., considera que, verificando-se uma dimensão patológica da emoção

não existiria sequer uma ação penalmente relevante -, apenas se sustenta que este está de tal forma reduzido, por medo ou emoção afim não censurável, que não é exigível ao agente adotar um comportamento alternativo, mesmo que esta, no limite, possa vir a existir ou possa existir erro sobre os seus pressupostos.

Esta inexigibilidade de conduta diversa encontra-se enraizada em estados emocionais que estão na base do estado de necessidade e do excesso ⁵⁴ de legítima defesa – mas que não têm de ser necessariamente os mesmos - desde que não sejam censuráveis.

Sendo certo que neste momento o agente vive um conflito existencial que não o permitem motivar-se pelo respeito das disposições da OJ, ou melhor, “*por força da situação de “coação motivacional” em que se encontra o agente [...] acaba por se decidir contra o Direito, mas por objetivos atendíveis pelo Direito*”, ⁵⁵ o que se alinha com a não punição ou especial atenuação da pena do agente.

Sendo certo que a exigibilidade faz depender das exigências de dever de um dado agente a possibilidade do seu cumprimento em situação extrema em virtude da função social e profissional do mesmo, e que os agentes policiais estão munidos de uma exigibilidade reforçada a estes não deve ser exigida uma capacidade sobre-humana de resistência à tragédia, seja esta própria ou alheia.

Nas palavras de SILVA DIAS (2009: 270), “*não é esperável que um dirigente da Polícia revele em todas as situações nervos de aço ou coração de pedra relativamente ao sofrimento alheio*”.

base em virtude da intensidade do afeto asténico vivenciado; quer isto dizer, i.e., quando deixamos de estar no domínio de forte perturbação, medo ou susto e passarmos a estar no domínio do pânico, encontramos-nos perante uma verdadeira situação de inimputabilidade do agente.

⁵⁴ Sendo certo que pode existir comunicabilidade do regime do excesso, a outras causas de justificação, como o estado de necessidade e ação direta (art. 336.º do CC), não por analogia, mas por “dedução das regras gerais da incriminação ” (CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992: 199 e 366, assim como, GERMANO MARQUES DA SILVA, 1998 In: Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. II, Teoria do Crime. Lisboa. Verbo., no entanto só quando a lei previr especificamente norma especial, como veremos que é o caso do estado de necessidade desculpante. No entanto, torna-se desde já perceptível que o estado de necessidade absorve, pois, a *ratio* da construção de inexigibilidade e do regime de excesso aqui plasmado.

⁵⁵ Ainda Albuquerque, P.P (2015) sobre a inexigibilidade de conduta diversa do agente.

Apesar dos deveres funcionais especiais dos policiais, da legitimidade e exigibilidade destes suportarem situações de perigo ⁵⁶ como risco implícito da profissão, dos treinos, conhecimentos e habilidades especiais que possam ter, nomeadamente quanto aos procedimentos e métodos de interrogatório a utilizar, no momento em que o agente se vê confrontado com a situação extrema este não corresponde àquilo que é descrito na doutrina como o homem médio munido dos conhecimentos especiais da sua função.

Naquele momento é só um homem, de carne e osso, na “corda” da resistência humana, paralisado por uma situação de inexigibilidade ⁵⁷, que apesar de todos os deveres especiais que podem impender sobre este nunca deve – ou pode – ser descaracterizado e separado da sua essência humana. ⁵⁸

Assim, *“se a tortura é sempre contrária ao Direito que radica na dignidade da pessoa, os motivos e emoções que a ela determinaram podem não ser censuráveis, pois podem relevar da humana fragilitas perante situações trágicas”* ⁵⁹.

⁵⁶ *“A atividade policial exige dos agentes o dever natural de suportar situações de perigo e tensão, sem que isso possa ser considerado um ônus excessivo ou um sacrifício além dos limites suportáveis pela condição humana”* (p. 78) RODRIGUES, Ezequiel Agostinho Maciel, *As lesões contra a vida e contra a integridade física dos cidadãos como consequências do emprego de meios coercivos pela polícia de segurança pública: proporcionalidade da força face à ameaça*, Almedina, 2009.

⁵⁷ Neste sentido, tendo havido erro ou excesso no emprego de uma conduta por agente com deveres especiais como as forças de segurança, parte da doutrina concorda que a aplicação pena poderá a vir ser dispensada quando o conflito por ele vivido seja extremo (FERNANDA PALMA, 2005:177 a 179, e BRUNO MOURA, 2013,134).

⁵⁸ Neste sentido, ainda Silva Dias (2009: 270): *“A exigibilidade encontra a sua fronteira normativa na capacidade de prestação de uma pessoa do tipo social do agente: as normas jurídicas impõem, por certo, ao destinatário que se pautem pelos deveres que regulam a função que desempenha, mas não para além do limite da resistência humana a situações extremas. (...) Se as normas jurídicas impusessem a sua observância para além da linha da resistência humana (comprovada através do mediador normativo do tipo social do agente), revelando uma insensibilidade coriácia à vulnerabilidade da pessoa de carne e osso, a censura estribada nesta lógica significaria de certo modo uma instrumentalização dessa pessoa à estabilização contrafáctica das normas e por isso uma violação da sua dignidade”*.

⁵⁹ *Ibid*, pp. 269

Dito isto, se é certo que, neste debate, não podemos separar a qualidade do agente que atua no exercício de funções públicas reforçadas do mesmo, também não é possível separá-lo da sua condição de vulnerabilidade humana só pelas funções que este desempenha.

Desta feita, conclui-se, que um agente possa estar suscetível a situações de stress limite em que se possa vir a servir de causas de desculpa, sob pena da desumanização e objetividade do Direito Penal.

IV. Da (i)licitude e da (des)culpa

IV.1 Da aplicabilidade da Legítima Defesa e do Direito de Necessidade enquanto causas de exclusão da ilicitude

O objetivo nunca será eliminar o desvalor ético que está associada à prática de tortura, quanto mais fazer algum Estado Democrático posicionar-se no sentido de eliminar a ilicitude da conduta, por via da aplicação de um direito de necessidade nu e cru ou de uma reserva de legítima defesa, conquanto a dignidade humana apresenta-se como limite à exclusão da ilicitude do facto.

O debate da desculpabilidade, ao ser levantado, centrar-se-á sempre a nível da culpa, e no respeitante a figuras que absorvem, não o conhecido dilema da escolha ponderada entre dois males, mas sim a inexigibilidade de um comportamento ajustado à norma.

Note-se, aqui, que não há dúvidas que o agente torturador praticou uma ação jurídico-penalmente relevante, e que não há qualquer causa de ilicitude que possa ser aplicada, pelo que aqui só é razoável fazer esta análise ao nível da verificação de causas de exclusão da culpa.

Não obstante, como parte integrante da raiz que originou este debate, que, lembremo-nos, foi suscitado inicialmente em sede de justificação, cabe-nos analisar, de forma crítica, também os fundamentos e pressupostos “legitimadores” atribuídos a estas figuras.

IV.1.1. Reserva de legítima defesa

O Código Penal português consagra o direito à legítima defesa no seu 32.º artigo, onde se reproduz que “*constitui legítima defesa o facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro*”. Preceitos idênticos podem ser encontrados em (a) a secção 34J do Código Penal Israelita de 1977, como homologado em 1994, em (b) a secção 32 do *StGB*, sob a designação de *Notwehr*, assim como em (c) o artigo 31 (1) c) do Estatuto de Roma:

“(a) No person shall bear criminal responsibility for an act that was immediately necessary in order to repel an unlawful attack, which posed real danger to his own or another person's life, freedom, bodily welfare or property; however, a person is not acting in self defense when his own wrongful conduct caused the attack, the possibility of such a development having been foreseen by himself.

(b) (1) Whoever commits an act in self-defence does not act unlawfully. (2) ‘Self-defence’ means any defensive action which is necessary to avert a present unlawful attack on oneself or another.

(c) The person acts reasonably to defend himself or herself or another person or, in the case of war crimes, property which is essential for the survival of the person or another person or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force in a manner proportionate to the degree of danger to the person or the other person or property protected. The fact that the person was involved in a defensive operation conducted by forces shall not in itself constitute a ground for excluding criminal responsibility under this subparagraph; ”

Desde logo, ao contrário de outras figuras justificantes, é apreensível que a legítima defesa possui um conteúdo permissivo muito mais amplo, o que se explica pelo duplo fundamento que sustenta esta figura.

Desde logo pelo reconhecimento pela ordem jurídica da insuportabilidade da agressão a um núcleo de bens essenciais à dignidade humana e a aplicabilidade

de um autêntico princípio da igualdade que permite “*que o defendente possa lesar bens de valor superior [mas não qualitativamente superior]*”⁶⁰ aos que assegura: *os sujeitos jurídicos devem beneficiar, obviamente, de uma proteção proporcionada ao merecimento das suas condutas, não se podendo esquecer que um deles praticou um facto ilícito*”.⁶¹

Concretizando, não estamos perante uma figura de exclusão da ilicitude que preveja uma lógica de ponderação de interesses, como resultaria da aplicação do direito de necessidade, - ou até de ação direta ou conflito de deveres - em que se exige “*ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado*” (art. 34º c) Código Penal). .

Quiçá seja este o motivo, pelo qual, FERNANDA PALMA atribui a esta figura um conteúdo de “*ilimitação de defesa*”⁶² ", sendo a legítima defesa limitada apenas pelo abuso de direito (ACTAS CP/EDUARDO CORREIA 1965: 227 e 231)⁶³ - e, pelo qual, a figura da legítima defesa é chamada à discussão da justificação de atos de tortura preventiva, apesar de dificuldades acrescidas na concretização dos seus elementos objetivos.

Como pressupostos da legítima defesa, *à priori*, temos a existência de uma *agressão atual e ilícita* – que se crê não ser o elemento mais controverso – em que e que a atuação em legítima defesa, além de proporcional, quanto aos meios, seja indispensável.

Ora, exige-se, neste sentido, a atualidade da agressão para ativar a reserva da legítima defesa, assim como a defesa de necessidade. A atualidade da ação esta

⁶⁰ Carvalho, A. T. (2004), Direito Penal, Parte geral, Teoria Geral do Crime, Vol. II, Publicações Universidade Católica. pp. 210 a 213, quanto à sujeição da legítima defesa a uma cláusula de proporcionalidade qualitativa entre os bens jurídicos agredidos e os defendidos.

⁶¹ Palma, M.F. (1990) A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos. Volume I. AAFDL, Lisboa. pp. 13, 14, 133-135.

⁶² Palma (1990). Ibid., p. 18. esclarece que “*A ilimitação [...] não é desproporcionada. Ela postula simplesmente a tangibilidade de todos os bens. Porém, quando os bens do agressor podem ser atingidos ao mais elevado nível - incluindo a sua vida -, não há desproporção qualitativa, precisamente por estarem em causa bens do defendente conexionsados com a sua essencial dignidade.*”

⁶³ Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1965). Parte Geral, I volume. Ministério da Justiça. Lisboa.

que deve ser entendida como iminência e encontra-se intrinsecamente com o risco de continuação da atividade criminosa.

Assim, por vezes “*o perigo ainda não é iminente, mas o protelamento da ação salvadora agrava seriamente esse perigo, ou ainda o perigo é duradouro, já existe, mas desconhece-se quando pode dar lugar à lesão*”.

Há, portanto, situações, como seria uma ameaça terrorista de bomba, em que embora o perigo não tenha chegado à sua fase de execução, se não se puser fim ao perigo o que se segue é o ato típico, retirando-se daqui também é “*iminente [...] a agressão que tenha alcançado o estágio dos atos de execução ou, sendo puníveis, dos atos preparatórios*”⁶⁴.

Contudo, verificando-se um problema de excesso de legítima defesa, próxima da figura do abuso de direito, e nesta sede reconhecendo-se que a tortura nunca poderá ser perçecionada enquanto meio proporcional e menos gravoso para prevenir a agressão, conclui-se pela impossibilidade da exclusão da ilicitude da conduta do agente, mesmo em situações extremas.

Agora, verificando-se excesso [somente quanto aos meios empregues], “*o agente não é punido se o excesso resultar de perturbação, medo ou susto, não censuráveis*”⁶⁵, o que parece, à partida, corresponder aos trâmites do nosso modelo.

No entanto, para podermos qualificar uma conduta de excesso de legítima defesa, têm de estar reunidos todos os demais pressupostos da figura, entre eles a necessidade de defesa e a proporcionalidade relativa entre o bem agredido e o bem ofendido pela defesa, elementos cuja concretização é problemática na sua génese.⁶⁶

⁶⁴ Albuquerque (2015). No mesmo sentido, FERNANDA PALMA, 1990: 304, CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992: 180, TAIPA DE CARVALHO, 2004: 183, e mais amplamente, FIGUEIREDO DIAS, 2007: 411)

⁶⁵ Código Penal, artigo 33º.2.

⁶⁶ Não obstante, consultar a anotação de rodapé nº 57.

IV.1.2. Estado de necessidade justificante

Também a aplicação do estado de necessidade objetivo, enquanto justificação, não se coaduna com a tese que se pretende defender.

Conquanto, no geral, levanta sérios problemas quanto à relativização da proibição absoluta de tortura e quanto ao tipo de política pública que um estado de direito pode promover.

Sendo ainda, no particular, difícil contornar os desafios impostos pela exigente concretização de elementos legais da figura de “*justificatory necessity*”, entre nós, consagrada no art. 34º do Código Penal, com os seguintes desígnios:

“Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.”

Podemos também encontrar disposições legais semelhantes em outros ordenamentos jurídicos, que se mostram relevantes à discussão, que evidenciam a ratio da aplicação do direito de necessidade com efeito excludente da ilicitude, nomeadamente, em (a) a secção 34K do Código Penal Israelita de 1977, como homologado em 1994, em (b) a secção 34 do StGB, sob a designação de *Rechtfertigender Notstand*, assim como em (c) o artigo 31 (1) d) do Estatuto de Roma:

(a) “A person will not bear criminal liability for committing any act immediately necessary for the purpose of saving his life, liberty, body, property, of either himself or his fellow person, from substancial danger of serious harm, imminent from the particular state of things [circumstances], at the requisite time, and absent alternative means for avoiding the harm”;

(b) *“Whoever commits an act in order to avert a present and otherwise unavoidable danger to the life, limb, liberty, honour, property or other legal interest of himself or of another does not act unlawfully if, taking into consideration all the conflicting interests, in particular the legal ones, and the degree of danger involved, the interest protected by him significantly outweighs the interest harmed. This rule applies only if the act is an appropriate means to avert the danger”;*

(c) *“The conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided. Such a threat may either be: (i) made by other persons; or (ii) constituted by other circumstances beyond that person’s control.”*

O direito de necessidade objetivo, alicerça-se no princípio do interesse preponderante, estabelecendo uma cláusula de ponderação entre os interesses em confronto, prezando pela sensível superioridade do bem ameaçado sobre o bem sacrificado com base em critérios como a intensidade da lesão do bem jurídico, o grau de perigo criado e a autonomia pessoal do lesado sacrificada.

Do ponto de vista da aplicação deste critério ao recurso à tortura durante uma situação extrema, como num cenário ticking time bomb, a defesa de necessidade aplicada ao caso falharia desde logo por não ser razoável exigir tal solidariedade comunitária ou dito de outra forma, tal sacrifício de interesses por parte do lesado.

Ademais, o recurso à tortura não permitiria *“resolver o conflito com a menor perturbação possível do status quo”* (SANCHEZ, 1982)⁶⁷

⁶⁷ Sánchez, J-M. S. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fascículo III, pp. 663-691, p. 665

Ao exigir um perigo iminente ou atual e não removível de outro modo, a disponibilidade da defesa de necessidade objetiva além de fixar a remoção do perigo através de um meio útil e eficaz, também preconiza, numa lógica de adequação do meio, que para a salvaguarda do bem ameaçado o único recurso válido será o menos lesivo para o terceiro.

Apesar da, já difícil, concretização do grau de certeza e eficácia a atribuir ao método de remoção da ameaça – sendo incerto se a tortura fornecerá informações fidedignas e se informações conduzirão necessariamente à extinção da ameaça – a aplicação do estado de necessidade puro encontra vários entraves no plano da adequação do meio, sendo que a criação de uma situação de instrumentalização pelas vestes públicas nunca pode ser vista como adequada ou conforme ao fins que o Direito pretende alcançar, consideração já feita aquando da análise da figura da legítima defesa.

Regularmente, é feita a analogia entre o caso *Dashener* e a decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 15 de fevereiro de 2006 ⁶⁸ (relativa ao abate de um avião sequestrado por terroristas para servir de arma contra alvos civis), ilustrando o seguinte problema: sendo “*sustentado, dentro de pressupostos apertados, a justificação do abate do avião sequestrado, teria de admitir em coerência a justificação da tortura preventiva?*” ⁶⁹

Centrando, pois o debate, no estado de necessidade, existem vários denominadores que ligam os dois cases studies - na ótica de SILVA DIAS, “*uma lógica de combate a uma situação excepcional criada por uma agressão (iminente*

⁶⁸ Aerial Security Law.” Case. No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE118. Disponível em:

<http://www.bundesverfassungsgericht.de>

⁶⁹ SILVA DIAS (2009: 262) ainda indaga: “*Se se considerou justificado pelo estado de necessidade defensivo o sacrifício da vida dos inocentes que seguiam a bordo do avião para salvar a vida dos que serviriam de alvo no solo, não deveriam ser justificados pelo direito de necessidade (é desta causa de justificação que agora se trata, por maioria de razão, o suplício da água, das unhas, dos eletrochoques, ou outros), para salvar a vida das vítimas potenciais da bomba?*” Ao que acaba por responder negativamente, ressaltando que no caso do sequestro do avião as vidas das pessoas encontram-se irremediavelmente perdidas e instrumentalizadas a partir do momento em que grupo de terroristas decide usar o avião como arma e ainda que a decisão de abate do avião mostra-se adequada e eficaz a repelir a ameaça, uma vez que a levaria automaticamente à destruição da própria arma da agressão.

*ou actual), de grandes proporções, de um grupo terrorista; elevado perigo para vidas humanas inocentes; intervenção dos poderes públicos no sentido da preservação dos bens jurídicos ameaçados e do restabelecimento da segurança colectiva; e ausência de autorização legal expressa para a intervenção efectuada.”*⁷⁰

No entanto, também existem preocupações óbvias em não transferir, *mutatis mutandis*, estas conclusões para o emprego de tortura, desde logo, porque no caso do abate do avião a vida dos inocentes já se encontrava instrumentalizada desde o sequestro do avião para seu uso como arma⁷¹.

IV.2. Da aplicabilidade do Estado de Necessidade Desculpante enquanto causa de exclusão da culpa

Por sua vez, a discussão versada sobre a aplicabilidade do estado de necessidade desculpante, ou seja, da defesa de necessidade enquanto causa de desculpa e não de justificação, mostra-se mais adequada ao debate que se pretende promover.

A distinção entre causas gerais de justificação e causas de exculpação torna-se particularmente relevante quando incide sobre as propriedades do direito de necessidade.

Quer isto dizer que, da forma como nos é apresentado no art. 34º, o direito de necessidade reveste-se de uma faceta de *justificatory defense*, neste sentido funcionando como uma causa de exclusão da ilicitude, já no art. 35º, o estado de necessidade desculpante, tal como a designação aponta integra uma *excusatory defense*.

Vejam-se as disposições atinentes a esta causa de exclusão da culpa em vários ordenamentos:

⁷⁰ Ibid.: 236.

⁷¹ Ibid.: 254: “*enquanto a tortura se traduz na despersonalização ou redução da pessoa a ela submetida à condição de coisa, a morte das vítimas da bomba não as converte em entes destituídos de vontade própria ao dispor do poder público, caso os representantes deste decidam não recorrer à tortura para tentar localizar e desactivar a tempo o engenho.*”

“1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.” (art. 35.º do Código Penal);

“Whoever, when faced with a present danger to life, limb or liberty which cannot otherwise be averted, commits an unlawful act to avert the danger from themselves, a relative or close person acts without guilt. This does not apply to the extent that the offender could be expected, under the circumstances, to accept the danger, in particular because said offender caused the danger or because of the existence of a special legal relationship; the penalty may, however, be mitigated pursuant to section 49 (1), unless the offender was required to accept the danger on account of the existence of a special legal relationship.” (Secção 34 do StGB, sob a designação de *Entschuldigender Notstand*)

As defesas de necessidade, enquanto justificação ou enquanto desculpa, tecem diferentes mensagens quanto à responsabilidade criminal do perpetrador.

Reveja-se a herança germânica; ao aplicar-se o estado de necessidade puro está-se a afastar a ilegalidade da conduta sob o circunstancialismo de “escolha entre dois males”, o que pressupõe que o comportamento em si foi legalmente justificável de modo a evitar uma maior lesão de bens jurídicos.

Já na aplicação do estado de necessidade desculpante, verificando-se inocência moral do autor, apenas se apela ao afastamento do desvalor moral da conduta, por razões atinentes ao estado emocional e motivacional do perpetrador.

Por conseguinte, a ratio desta figura assenta na ideia de que a conduta foi moralmente justificável, não sendo razoável, a título legal, exigir do agente, nas circunstâncias concretas do caso um comportamento diferente.

Por outras palavras ainda, admite-se que a conduta adotada, *in casu*, foi enviesada pelo “estado subjetivo de carência do agente” ⁷² e assim sendo, trata-se de uma ação verdadeiramente condicionada - que muitos autores equiparam a uma situação de coação pela influência no processo de tomada de decisão do indivíduo ou próxima de uma certa semi-inimputabilidade.

Denote-se que tal atuação não corresponde aos trâmites do livre arbítrio da ação punível, pelo que deverá ser moralmente permissível ou pelo menos desculpável, porque foi adotada para um fim legalmente reconhecido.

Assim, diga-se que no estado de necessidade desculpante não é a conduta em si que desculpabiliza o sujeito, mas sim um critério essencialmente pessoal e subjetivo de inexigibilidade de comportamento alternativo perante o estado emocional condicionado que este experienciava num circunstancialismo específico e o reconhecimento por parte da OJ e da ordem social de tal inexigibilidade.

Sendo, portanto, o estado agudo subjetivo do perpetrador ⁷³ e o sentimento comum da coletividade acolhido pelo sistema jurídico do que é exigível ou não, as pedras de toque para determinar se esta figura pode ser aplicada.

Esta causa de exclusão da culpa em sentido estrito exige (1) a existência de um perigo atual que ameace um conjunto de bens jurídicos elementares da dignidade humana, tais como a vida, a integridade física e a honra, do agente ou terceiros; (2) não ser razoável exigir do agente outro comportamento face às circunstâncias e (3) o conhecimento da situação de perigo.

Ora, existindo a tipificação desta causa de exclusão, e estando preenchidos estes requisitos, e verificando-se que esta *ratio*, corresponde exatamente à *ratio* e circunstancialismos especial do modelo de inexigibilidade construído, não existem

⁷² Fernanda Palma, *idem*. P. 209.

⁷³ Reproduzindo a posição de Figueiredo Dias (1992) a base de afastamento da punibilidade por esta figura nasce das “*considerações retiradas das circunstâncias concretas do facto e do seu agente, que fazem que in casu não seja razoável exigir dele outro comportamento*”, isto porque, apesar do ilícito-típico praticado constata-se “*a persistência no agente de uma atitude de fidelidade do direito que aponta a fundamentação do facto numa atitude pessoal juridicamente desvaliosa ou em qualidades juridicamente desvaliosas da sua personalidade.*” In: Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime, 2ª parte, Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 1º, pág. 28.

impedimentos legais, éticos ou paradigmáticos à aplicação de um estado de necessidade a estas, e só estas, tão singulares situações.

IV.3. Reflexões sobre a inexigibilidade como cláusula geral de exclusão da culpa, criação de um novo tipo desculpante e a aplicabilidade de circunstâncias atenuantes da pena: soluções para o futuro?

Almejando uma interpretação emocional e ética da realidade criminógena, cabe fazer algumas reflexões sobre soluções normativas (futuras).

A inexigibilidade, enquanto cláusula geral autónoma de exclusão da culpa, não foi acolhida no Código Penal Português vigente, apesar desta disposição constar do Projeto do Código, tendo inclusive sido aprovada pela Comissão. (ACTAS CP, 1965: 256 a 260).

Assim, apesar de a sua ratio ser reconhecida pela ordem jurídica e poder ser aplicada, como acima defendido, por via das causas de exclusão de culpa tipificadas (GERMANO MARQUES DA SILVA, 1998: 201) como o estado de necessidade desculpante e o excesso de legítima defesa, torna-se difícil admitir a generalização de situações desculpantes pela falta de concretização das situações sob as quais não seria exigível esperar *“do agente fiel ao direito a observância deste mesmo direito, sob pena de outra solução implicar uma grande insegurança na aplicação do direito e a concomitante redução da eficácia de prevenção geral do sistema penal”*⁷⁴.

Considerando a necessidade de adotar uma estratégia que permita conciliar direitos conflitantes, de intensidade tal, uma solução alternativa, mas inovadora, poderia passar pela construção de uma figura desculpante “mista”, que estabeleça uma nova forma de desculpa “afetiva” que reúna mais consenso quanto à sua aplicabilidade em sede de recurso a atos de tortura em situações limite de inexigibilidade.

⁷⁴ ALBUQUERQUE (2015). Ainda assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992:326, TAIPA DE CARVALHO, 2004: 60 e 337, FIGUEIREDO DIAS, 2007: 610, CURADO NEVES, 2008: 649, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, 2014: 244, anotação ll. a, al.a c), ao artigo 31.º, e ALMEIDA COSTA, 2014: 646,

Ou aponte-se até para a construção de causas supralegais de desculpa ⁷⁵ “tanto por analogia como partindo de novas perspectivas sobre a interpretação ético-afectiva (emocional) da realidade” (FERNANDA PALMA, 2005: 215, 220, e 232).

Ainda assim, em consonância com os valores na ordem jurídica e pressupostos da punibilidade de um facto que se dê pôr típico, ilícito, e culposo ⁷⁶ “verificando-se a mesma situação de inexigibilidade de conduta diversa do agente, o sistema penal admite que a falta de carência de pena dê lugar a uma atenuação especial da pena ou mesmo a uma dispensa de pena” (ALBUQUERQUE: 2015.)

No mesmo sentido também, acolhendo a aplicação das regras da atenuação geral ou especial da pena, FIGUEIREDO DIAS, 2007:619, FARIA COSTA, 1985:426 CAVALEIRO DE FERREIRA, 1992: 200, GERMANO MARQUES DA SILVA, 1998:104.

Chegando a reivindicar a obrigatoriedade da atenuação especial da pena, em virtude de uma “*diminuição do ilícito*”, quer no caso de excesso esténico quer no caso de excesso asténico censurável, TAIPA DE CARVALHO, 2004: 349.

De qualquer forma, a considerar-se que não se possa recorrer às figuras de exclusão de culpa já tipificadas, não estando excluída a culpa – o que só se concebe, salvo melhor opinião, se não se estiverem preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do estado de necessidade desculpante – esta pode e deve ser diminuída, nos termos gerais da atenuação geral ou especial da pena.

Tal aplicar-se-ia numa situação extrema dominada pelo afeto asténico (ou em situações em que concorrem o afeto esténico [devido a ódio, raiva, vingança] e

⁷⁵ Pois, entenda-se que, em sentido amplo, causas de exclusão da ilicitude e da culpa não estão subordinadas ao princípio da legalidade, com a mesma intensidade e rigor que os tipos incriminadores, pelo que nada impede a aplicação de causas supralegais de desculpa (EDUARDO CORREIA, in ACTAS CP 1965: 218 e 219, e FERNANDA PALMA (2013), in Emoções e Crime. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal. Augusto Silva Dias, et. al, pp. 321,

⁷⁶ Apesar de não ser este o entendimento que esta dissertação encabeça.

o afeto asténico [devido a perturbação, medo ou susto] e se verifique a predominância do último) ⁷⁷.

V. Conclusões

Tendo a proibição internacional absoluta da tortura funcionado como resposta aos abusos sistemáticos do passado, os novos contornos da atualidade criminógena impõem uma revisão, ou pelo menos, a abertura de um espaço de fala, quanto ao alcance desta proibição.

Munindo-nos da dignidade humana enquanto barreira intransponível, o foco prende-se, portanto, com o recentrar do antigo debate da tortura do campo da (i)licitude para o da (des)culpa, do campo da aplicabilidade de causas de justificação para o da aplicabilidade de causas de exclusão da culpa em sentido estrito, do dilema da escolha entre dois males para o da inexigibilidade de um comportamento ajustado à norma.

Assim, embora a tortura seja uma grave violação dos direitos humanos, devendo continuar revestida do sentido de injuricidade e desvalor ético-jurídico que a ordem internacional – e interna – lhe atribuiu, e não sendo admissível colocar a questão no plano da justificação, não se mostra incoerente a aplicação cautelosa do estado de necessidade desculpante.

Mas só e somente em situações limite, em que a ameaça a bens jurídicos inalienáveis é tal que cria no agente - já despido da sua identidade individual e condicionado na sua base de motivabilidade pelo Direito - uma situação de inexigibilidade inultrapassável, censurável, mas tolerável pelas normas jurídicas ou normas de adequação social.

Nesta dissertação, por meio da construção de um “modelo experimental”, que combina as características mais marcantes do caso *Daschner* e do experimento Ticking Time Bomb original, pretendeu-se reproduzir tal situação de inexigibilidade.

⁷⁷ ALBURQUEQUE (2015). Também, FIGUEIREDO DIAS, 2007: 625, BRUNO MOURA, 2013: 248, e MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, 2014: 261, anotação 4.a ao artigo 33.º.

Este modelo deve ser entendido como uma mera manifestação de circunstâncias externas aos agentes, marcados por estados extremos de afeto asténico e conflito emocional, passíveis de condicionar o seu estado subjetivo e processo de domínio e tomada de decisão, não se tornando, nessas circunstâncias, suportáveis ou concebíveis outras condutas, mesmo que estas existissem e, conseqüentemente, não sendo justo punir a conduta proibida nas condições de guerrilha afetiva em que o agente atua.

Evidencia-se, desde logo, que não existe qualquer incompatibilidade intransponível com o facto de a proibição absoluta da tortura poder operar paralelamente a uma aplicação do estado de necessidade desculpante, diligente caso a caso, atendendo exatamente à *ratio* inerente de inexigibilidade de conduta alternativa que esta figura de exclusão da culpa cristaliza em si.

Atendendo à letra da lei das Convenções Internacionais também não é inteligível que daí resulte uma proibição expressa de invocação do estado de necessidade desculpante, não obstante quão residual e cautelosa possa vir a ser a sua aplicação.

Também não se pretendeu, com esta exposição, relativizar os valores do Estado Democrático de Direito. Pelo contrário, pretendeu-se promover um debate transparente, compatível com o quadro constitucional.

Pretendeu-se, além de promover o escrutínio público, almejar uma verdadeira interpretação ético-afetiva da realidade criminógena que esteja alinhada com os pressupostos da responsabilidade penal e com a teoria da culpa e da desculpa, apesar do seu atual menosprezo no sistema penal, sob pena de este se tornar objetivamente indiferente aos conflitos emocionais e à capacidade concreta de motivação dos destinatários.

Deste modo, verificando-se um perigo iminente que ameace um núcleo de bens jurídicos pessoalíssimos, em que o agente tem conhecimento da situação de perigo e age em conflito ético-efetivo (nos trâmites do modelo construído), não sendo razoável exigir deste comportamento alternativo encontram-se reunidos os pressupostos de aplicação de um estado de necessidade desculpante.

Se ao agente da polícia, por desempenhar funções públicas, se encontra vedado o emprego de causas de justificação o mesmo não acontece em sede de causas de exculpação, conquanto sendo-lhes exigido uma exigibilidade reforçada

no que concerne a suportar situações de perigo, nunca será uma exigibilidade sobre-humana que descaracterize a sua *humana fragilitas* perante um conflito existencial ingovernável.

Ainda assim, se a ordem jurídica se mostrar reticente à aplicabilidade do estado de necessidade desculpante à conduta torturadora do agente em situações trágicas, torna-se indispensável, no mínimo, remeter para a aplicação de circunstâncias atenuantes, de forma a haver algum tipo de projeção da graduação e atenuação da culpa na medida da pena, se não mesmo uma dispensa de pena – como resultou do caso *Daschner-*, por esta se mostrar conforme aos fins do Direito. Apelando à criatividade do legislador, não fica também vedada a criação de novos tipos desculpantes ou causas de desculpa supralegais, desde que concretizadoras do circunstancialismo concreto de inexigibilidade da conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Fontes de Direito

Code of Conduct for Law Enforcement Officials (OHCHR) - Disponível em:
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/codeofconduct.pdf>

Código Penal Português (Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março) – Disponível em:
https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis

Constituição da República Portuguesa (In: Diário da República n.º 86/1976, Série I) – Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>

Convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha (Convenção I). Disponível em:
<https://www.idn.gov.pt/pt/formacao/educacao/recursos/Documents/Direitos%20Humanos%20e%20Direito%20Internacional%20Humanit%C3%A1rio/I%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Genebra%20sobre%20Conflitos%20Armados.pdf>

Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (Convenção III) Disponível em:
<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convIIIgenebra.pdf>

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em:
https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

Convenção Interamericana. Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Convenção da ONU contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes - Disponível em:
https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_contra_tortura_e_outras_penas_ou_tratamentos_crueis.pdf

Declaração Universal dos Direitos Humanos - Disponível em: <https://dre.pt/dre/geral/legislacao-relevante/declaracao-universal-direitos-humanos>

Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitoshumanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>

Executive Order 13492 (2009) “*Review and Disposition of Individuals Detained at the Guantánamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities*”. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/DCPD-200900005/html/DCPD-200900005.htm>

Lei Básica de Israel (Basic Law: The Government: 1992/2001) – Disponível em: <https://m.knesset.gov.il/EN/activity/documents/BasicLawsPDF/BasicLawTheGovernment.pdf>

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: 1949*) – Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>

Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pact_o_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf (Acesso:)

Protocolo adicional I da Convenção de Genebra. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocoloIgenebra.pdf> (Acesso:)

Protocolo adicional II da Convenção de Genebra. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/protocoloIIgenebra.pdf> (Acesso:)

StGB, §59, § 239, §240. Disponível em: <https://dejure.org/gesetze/StGB>

USA Patriot Act. Disponível em: <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/usa-patriot-act>

B. Publicações

Albuquerque, P. P. (2015) Comentário ao art. 243.º. In J. F. Dias & M. F. Palma (Eds.), *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. (3ª ed. atualizada). Universidade Católica Editora.

Allhoff, F. (2005). A Defense of Torture. *International Journal of Applied Philosophy* 19 (2): 243-264.

Ambos, K. (2008). May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents? *Journal of International Criminal Justice* 6 . Disponível em: [http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20\(2008\),%20261.pdf](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/May%20a%20state%20torture%20...%20JICJ%206%20(2008),%20261.pdf)

Anglí, Mariona Llobet, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», pp.1-44. - Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226143/307716>

Amnistia Internacional Portugal. (2022, fevereiro 16). *5 formas de tortura que têm de ser abolidas*. <https://www.amnistia.pt/5-formas-de-tortura-que-tem-de-ser-abolidas/>

Amnistia Internacional Portugal. (2021, setembro 11). *Eua: 20 Anos Após O 11/9, Guantánamo Perpetua Graves Violações De Direitos Humanos*. <https://www.amnistia.pt/eua-20-anos-11-9-guantanamo-violacoes-direitos-humanos/>

Association for the Prevention of Torture. (2007). *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why We Must Say No to Torture, Always*. Disponível em: <https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/tickingbombscenario.pdf>

BBC. *The 'ticking bomb' problem*. Disponível em: https://www.bbc.co.uk/ethics/torture/ethics/tickingbomb_1.shtml

Beccaria, C. (2014) *Dos Delitos e das Penas, tradução de: Costa, J.F ; revista por: VINGIANO, P., 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian.*

Carvalho, A. T. (2004), Direito Penal, Parte geral, Teoria Geral do Crime, Vol. II, Publicações Universidade Católica. pp. 210 a 213.

Cavaleiro Ferreira, M.C (1992) Lições de Direito Penal, Parte Geral, 4ª Edição, Verbo.

Consideration of Reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture

- Disponível em:

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhshvVcmWTul6%2fu%2bWl9YGTvqAeD4pL34HQG56eSfMxfjZgNtaaes%2fp7FYamfAD3QsSFIDWreYepTGYxCCHZpmeOZeTuxTis%2bd6fVG6GBCgpzbS> (Acesso: 18/11/2022)

Correia, E. (1963). Código Penal. Projeto da Parte Geral.

Correia, E. in Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal (1965). Parte Geral, I volume. Ministério da Justiça. Lisboa.

Costa, J. F. (1985). O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude». CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - *Ciclo de estudos de direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários.

COSTA, J.F (2006). Poder e Direito Penal - Atribuições em torno da liberdade e da segurança. *Reflexões. Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, Ano 1.

Cunha, M.C. (2009). *Vida Contra Vida: conflitos existenciais e limites do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Cunha, M.C. (2012). *«Usos da Tortura e impedimento de actos terroristas»*, In: *Multiculturalismo e Direito Penal*, organizadores: BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, Almedina, pp. 33-57

Dershowitz, A. M. (2002). *Want to Torture? Get a Warrant*. The San Francisco Chronicle.

Dershowitz, A. M. (2002). *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. Yale University Press.

Dias, A. S. (2009). Torturando o Inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. In M. da Costa Andrade, S. Aires de Sousa, & M. J. Antunes (Eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias* (Vol. I, pp. 207-254). Coimbra Editora.

Dias, A. S et. al. (2013) *Emoções e Crime*. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal.

Dias, F. (1992) Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime, 2ª parte, Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, 1º, pp. 7-44.

Dias, F (2013). *Direito Penal. Parte Geral*. 2ª Edição. Coimbra Edições.

Elshtain, J. B. (2004). Reflections on the problem of "dirty hands." In J. B. Elshtain (Ed.), *Torture: A collection* (pp. 119-133). Oxford University Press.

Feller, S. Z., «Not actual ‘necessity’ but possible ‘justification’, not ‘moderate’ pressure, but either ‘unlimited’ or ‘none at all’», In: *Israel Law Review*, Vol. 23, No. 2 e 3, 1989, pp. 201-215.

Gaeta, Paola (2004) May necessity be available as a defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists? *Journal of International Criminal Justice* 2, pp. 785-794.

Greco, L. (2007). *Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs [As rules behind the exception. Reflections on torture in ticking time bomb cases]*. Barcelona. Disponível em: http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf (Acesso: 11/10/2015), pp. 2-28.

Hruschka, J. (2004). Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 57, 5-17

Hungria, N. (1940). *Comissão Revisora do Código Penal: Parecer*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense.

Levin, M. (1982) The case for torture. *Newsweek*.

Morais, P. J. (2020). *Em torno do direito penal do inimigo*. Uma análise crítica a partir de Gunter Jakobs. Coimbra: GESTLEGAL.

Moura, Bruno. (2013). *A Não - Punibilidade do Excesso na Legítima Defesa*. Coimbra Editora

Novais, J.R. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016

Palma, F. (1990) *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*. Volume I. AAFDL, Lisboa.

Palma, F. (2005). *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Almedina.

Peters, R. (1996). *Jihad in Classical and Modern Islam*, Marcus Wiener Publishers, Princeton, N.J.

Posner, R. A. (2004). *Torture, interrogation, and terrorism*. In S. Levinson (Ed.), *Torture: A collection* (pp. 67-82). Oxford University Press.

Rio, J.M.C, Garcia, M.M. (2014). *Código Penal. Parte geral e especial*. 1ª Edição. Almedina.

RODRIGUES, E. (2009). *As lesões contra a vida e contra a integridade física dos cidadãos como consequências do emprego de meios coercivos pela polícia de segurança pública: proporcionalidade da força face à ameaça*, Almedina.

Roxin, C. (1983). *Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa*. *Boletim da Faculdade de Direito*, 59, 1-29.

Roxin, C. (2005). *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?* [Pode a tortura de Estado ser permitida ou pelo menos impune em casos excepcionais?] J. Arnold et alii (coords.), *Festschrift für Eser*, München.

Roxin, C (2006). *Rettungsfolter?*, [Rescue torture?,] in: Griesbaum et al (coords.), *Festschrift für Nehm*, Berlim.

Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (2005). Disponível em: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10994&lang=EN>, secção § 14.

Sánchez, G. M. (2012). *Torture and Impunity: The U.S. Doctrine of Coercive Interrogation*. University of Pennsylvania Press.

Sánchez, J-M. S. (1982). Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fascículo III, pp. 663-691, p. 665

Silva, G.M da (1998). *Direito Penal Português, Parte Geral, Vol. II, Teoria do Crime*. Lisboa. Verbo.

Strasbourg Observers. (2010, julho 06). *GÄFGEN V. GERMANY: THREAT OF TORTURE TO SAVE A LIFE?* Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>

SUDRE, F. (1984). La notion de “Peines et Traitements Inhumains ou Dégradants” dans la Jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de L’Homme”. *Révue Générale de Droit International Public*, n.º 88

C. Jurisprudência

Aerial Security Law (Case. No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE118) Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de>

Ac. TRG de 7-09-2015. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/56f5afc80c9514e580257ec1004be1db?OpenDocument>

Ac. TRC de 20.09.2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cca9b02d778634e80256c4b0048ec9f>

C. AYDAN V. TURQUIA (2013). Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/cp_turkey_eng.pdf

C. MUSTAFA ALDEMIR V. TURQUIA (2013). Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-121956>

C. GÄFGEN v. GERMANY (2010). Disponível em:
<https://hudoc.echr.coe.int/Eng?i=001-99015>

C. IRELAND v. THE UNITED KINGDOM. (2018) Disponível em:
<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-181585>

Caso NAFSU, “Commission of Inquiry into the methods of investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity” - Disponível em:
https://hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf

Caso DASCHNER WOLFGANG and E. Regional Court (*Landgericht*) of Frankfurt am Main. (2004). Comunicado de Imprensa disponível em:
https://web.archive.org/web/20130302092306/http://www.lg-frankfurt.justiz.hessen.de/irj/servlet/prt/portal/prtroot/slimp.CMReader/HMdJ_15/LG_Frankfurt_Internet/med/acb/acb50880-b973-6411-aeb6-df144e9169fc,22222222-2222-2222-2222-222222222222,true.pdf

(Todos os materiais foram consultados entre o período compreendido entre 1 de setembro de 2022 e 31 de março de 2023. A: 09/22 – 03/23)