

# A Proibição da Tortura (art. 3.º da CEDH) A atualidade inabalável de um direito humano central\*

**Robert Esser\*\***

Professor Catedrático em Direito Penal Alemão, Europeu e Internacional e Direito Processual Penal, bem como Direito Económico na Universidade de Passau

---

## SUMÁRIO

- I. Tortura – as origens da crueldade legítima
- II. Da tortura como expressão
- III. Da proibição da tortura como direito humano
- IV. A concretização material da proibição da tortura no plano interno
- V. Vetores de proibição processuais da tortura
- VI. Da relevância política atual da temática
- VII. A dignidade da pessoa humana e a proibição da tortura como fronteira à aplicação da Cooperação Internacional Judicial em matéria penal
- VIII. Art. 3.º da CEDH e as condições prisionais
- IX. Conclusão

---

\* Tradução a cargo de Miguel do Carmo Mota (UCP, Faculdade de Direito – Escola de Lisboa), do original em língua alemã, *Das Verbot der Folter (Art.3 EMRK) Zur unverminderten Aktualität eines zentralen Menschenrechts*.

\*\* É também coordenador da unidade de investigação fundada em 2010 e ligada ao Centre de Human Rights in Criminal Proceedings (HRCPP). Este texto é a versão redigida e completada de uma intervenção oral apresentada à Juristischen Studiengesellschaft Jena no dia 30 de maio de 2018.

“Como se com a dor se pudesse averiguar a verdade, como se a verdade estivesse nos músculos e tendões do pobre diabo torturado. Com este método são libertados os robustos e condenados os fracos. São estas as inconveniências deste alegado teste da verdade, digno apenas de um canibal.”<sup>1</sup>

## I. Tortura – as origens da crueldade legítima

A tortura como instrumento de resolução de conflitos e de afirmação de poder é um fenómeno antigo. Com diferentes níveis de intensidade, a ameaça e a utilização efetiva de tortura foi empregue com vista a assegurar três funções essenciais: a obtenção de declarações para utilização em processo ou para fins de prevenção, a aferição, quanto a declarações prestadas, da sua “veracidade”, assim como para efeitos de sanção, após a condenação.

### 1. A tortura na Antiguidade

O uso da tortura remonta ao Direito Romano, sendo já parte integrante do processo penal daquela época. Era usada na investigação de crimes graves quando nenhuma outra prova havia sido disponibilizada. Aqueles que suportassem a tortura eram considerados inocentes, a não ser que novas provas surgissem<sup>2</sup>.

Na Idade Média, a tortura foi introduzida como meio de obtenção de confissões. No espaço do que é hoje a Alemanha, até à entrada em vigor da *Peinliche Halsgerichtsordnung (Constitutio Criminalis Carolina, 1532)* o emprego da tortura quedava-se largamente não regulamentado e baseado no direito comum, mais precisamente por decisão do soberano e por arbítrio judicial<sup>3</sup>. Após uma rejeição inicial, a tortura foi mais tarde também objeto de apoio pela Igreja na luta contra os movimentos ditos heréticos e mais tarde nos processos instaurados por prática de atos de bruxaria (Bula Papal comumente designado *Ad Extirpanda*, promulgada pelo Papa Inocêncio IV em 15 de maio de 1252)<sup>4</sup>.

1 BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (primeira edição, de 1764); os argumentos de Beccaria contra a tortura estão resumidos em *Ambos*, ZStW 122 (2010), 504, p. 513.

2 Também comprovava a “verdade” da ideia sustentada pelo torturado, cfr. ELLRICH, *Was spricht für die Folter*, in: v. Weitin (Hrsg.), *Wahrheit und Gewalt*, 2015, pp. 41, 45.

3 KNAPP, *Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts*, 2011, p. 35.

4 Acerca do desenvolvimento até à abolição no Direito Penal alemão, IGNOR, *Geschichte des Strafprozesses im Deutschland 1532-1846*, 2002; SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison*, 2000; OESTMANN, *Recht-mäßige und rechtswidrige Folter im gemeinen Strafprozess*, in: v. Weitin (Hrsg.), *Wahrheit und Gewalt*, 2015, p. 87; KNAPP, *Die Ungehorsamsstrafe in der Strafprozesspraxis des frühen 19. Jahrhunderts*, 2011, p. 37.; WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 67; REIFFERSCHIEDT, *JA*, 1980, 102.

## 2. A tortura na contemporaneidade

Com o fim do uso da tortura como meio de aferição de veracidade no processo penal, sofreu a tortura na contemporaneidade uma mudança no papel que passou a desempenhar, passando a ser cada vez mais político: ela serviu como afirmação de um poder total e em relação ao qual nenhuma resistência era possível, enquanto instrumento de imposição do seu reconhecimento<sup>5</sup>.

Simbólico da tortura nos tempos atuais é, sobretudo, o campo de prisioneiros de “guerra”<sup>6</sup> de Guantánamo em Cuba<sup>7</sup>. Daí se conhecem fotos de prisioneiros em poses degradantes<sup>8</sup> ou envergando roupas de cor de laranja fluorescente<sup>9</sup>. Tendo em conta que os detidos não beneficiam, por regra, de apoio judiciário, nem são objeto de uma “verdadeira” acusação, o emprego de violência física e psicológica contra os detidos é transformado numa válvula de escape coletiva de uma necessidade fora de controlo de segurança da sociedade norte-americana<sup>10</sup>. Medidas de prevenção e retaliações por supostos crimes cometidos são confundidos até ao limite da irracionalidade.

Também atual é a questão da tortura aplicada nas prisões e campos de prisioneiros sírios, da qual foram contrabandeadas fotos (*Projeto Caesar*)<sup>11</sup>. Estas fotos devem provar a prática de crimes de guerra. Em França foram feitas as devidas investigações<sup>12</sup>. De forma ainda mais clara do que em Guantánamo,

5 ELLRICH, *Was spricht für die Folter*, in: v. Weitin (Hrsg.), *Wahrheit und Gewalt*, 2015, pp. 41, 48. Este aspeto era especialmente evidente em tempos antigos, especialmente nos casos em que a vítima era torturada publicamente, cfr. REEMTSMA, *Folter im Rechtsstaat?*, 2012, p. 10.

6 Aos prisioneiros são-lhe atribuídos o estatuto de “unlawful combatant”, desprotegendo-os em vários aspetos de forma contrária ao Direito Internacional, cfr. aqui KURTH, *ZRP* 2002, p. 404.

7 Acerca do estatuto jurídico destas prisões, em geral, SCHÄFER, “Guantanamo Bay”, *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Caderno 9, 2003. Não esquecer também as acusações feitas às autoridades no contexto dos processos relacionados com a RAF, em particular relativamente à “tortura de isolamento”, cfr. RIEDERER, *Die RAF und die Folterdebatte der 1970er Jahre*, 2013, p. 95; sobre isto também CEDH, Ensslin, Baader e Raspe/Alemanha, 8.7.1978, Nr. 7572/76, 7586/86, 7587/76, EuGRZ 1978, p. 314; sobre outras práticas nos EUA cfr. MARTSCHUKAT, *Lynching und Todesstrafe in den USA im frühen 20. Jahrhundert*, in: v. Weitin (Hrsg.), *Wahrheit und Gewalt*, 2015, p. 209.

8 P. ex., dobrados no chão, deitados e amarrados ou restringidos com capuzes escuros puxados sobre a cabeça.

9 Acerca das origens do “Waterboarding”, praticado também em Guantánamo, nomeadamente na Idade Média, SIMON, *Genocide, Torture, and Terrorism*, 2016, p. 97.

10 Cfr. acerca desta temática, o Relatório Especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU no ano 2006, n.ºs 83 e seguintes, acessível em [https://www.globalsecurity.org/security/library/report/2006/guantanamo-detainees-report\\_un\\_060216.htm#ftn55](https://www.globalsecurity.org/security/library/report/2006/guantanamo-detainees-report_un_060216.htm#ftn55) [acedido pela última vez em 2.10.2018].

11 Cfr. sobre este tema LE CAISNE, *Codename Caesar: Im Herzen der syrischen Todesmaschinen*, 2016; acessível em <https://www.zeit.de/2014/05/syrien-bilder-morde-gefaengnisse> [acedido pela última vez em 2.10.2018].

12 Cfr. <https://www.sueddeutsche.de/politik/frankreich-die-beweise-caesars1.2671949> [acedido pela última vez em 2.10.2018].

mostra-se nas prisões e campos de prisioneiros sírios qual o papel transfigurado da aplicação da dor: a tortura como um fim em si próprio, sem utilidade política ou necessidades sociais.

Ambos os exemplos evidenciam, que a Justiça ainda hoje e de vez em quando se tem de ocupar com questões relacionadas com a tortura<sup>13</sup>. Esta tarefa exige não só conhecimentos de Direito Internacional, como também a consciência do surgimento da tortura, nomeadamente a existência de práticas desumanas e humilhantes, bem como os problemas relacionados com a sua consciencialização<sup>14</sup> e prevenção<sup>15</sup>.

Paralelamente à investigação jurídica de acusações de tortura, o trabalho com vítimas mostra que estas muitas vezes não estão aptas a colocar em palavras o seu martírio.<sup>16</sup> A investigação acerca da tortura não conseguiu, até hoje, esclarecer de forma determinante o porquê do aparecimento da dessensibilização e endurecimento que levam o autor da tortura a aplicar, numa medida insuportável, dor física e psicológica a terceiros<sup>17</sup>. É importante ter estes aspetos em consideração, quando se contempla o fenómeno global da tortura.

## II. Da tortura como expressão

O que se deve entender como sendo “tortura” é objeto de vasta discussão<sup>18</sup>. A questão-chave prende-se com o facto de que não é só a aplicação de

---

13 Acerca da atualidade da discussão acerca da tortura, vd. também PöSL, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 23.

14 De acordo com a jurisprudência do TEDH, as autoridades competentes são obrigadas a iniciar o mais rapidamente possível uma investigação por iniciativa própria, se houver indícios substanciais de que é possível haver uma violação substancial da proibição da tortura; sobre os requisitos para a instauração de investigação: TEDH, *Caloc/França*, 20.7.2000, Nr. 33951/96; sobre a obrigação de interrogatório imediato de testemunhas: TEDH, *Assenov/Bulgária*, 28.10.1998, Nr. 24760/94; sobre a inspeção presencial da cena do crime: TEDH, *Aydin/Turquia*, 25.9.1997, Nr. 23178/94.

15 De modo a prevenir tratamentos humilhantes e/ou desumanos, deve o Estado adotar leis e regulamentos específicos e exaustivos em campos especialmente propensos a abusos, de modo a alcançar esta prevenção.

16 PRÖBSTL, *Zerstörte Sprache – gebrochenes Schweigen*, 2015, p. 10.

17 Maioritariamente tratam-se de pessoas completamente “normais”, que se tornam em agentes de tortura através da integração num “sistema”, cfr. HARITOS-FATOUROS, *Journal of Applied Social Psychology*, 1988, p. 1107; HARITOS-FATOUROS, *The psychological origins of institutionalized torture*, 2012, p. 31; Conroy, *Unspeakable Acts, Ordinary People*, 2000, p. 88; QUIROGA/JARANSON, *Torture 15* (2005), 1, p. 7. Um dos investigadores de renome neste campo é PHILIP ZIMBARDO (um dos responsáveis pela experiência da prisão de Stanford); cfr., também ZIMBARDO, *Der Luzifer-Effekt*, 2008.

18 SIMON, *Genocide, Torture, and Terrorism*, 2016, p. 90; PöSL, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 24; elucidativo também WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 12.

dor a terceiros que origina o desvalor da tortura; este juízo de censura também está no ataque à humanidade e à dignidade da vítima<sup>19</sup>. Juntamente com as várias formas de crueldade física, existem inúmeras formas e espécies de “tortura limpa”, ou seja, métodos que quebram a força de vontade das vítimas através de manipulação psicológica, sem que fiquem marcas visíveis na vítima<sup>20</sup>. Daí que seja necessário distinguir os vários graus de maus-tratos: tortura, condutas desumanas ou práticas humilhantes.

## 1. Definição internacional e consuetudinária

Um passo importante para a criação de uma definição universal de tortura foi a decisão do TEDH no caso que opunha a Irlanda contra o Reino Unido<sup>21</sup> no ano de 1978, no qual o Tribunal qualificou cinco métodos de interrogação utilizados pelo exército britânico no contexto dos conflitos com a Irlanda do Norte como sendo humilhantes e desumanos no sentido do art. 3.º da CEDH<sup>22</sup>. Tratava-se, especificamente, de métodos relacionados com posições de desconforto, a privação do sono, a subnutrição, da exposição a barulhos altos, bem como o chamado *Hoarding*, que consiste na colocação de um capuz opaco por cima das vítimas. O TEDH, em 1978, ainda não tinha qualificado estas práticas como sendo tortura, colocando-as antes no limiar menos gravoso dos maus-tratos através de condutas humilhantes ou desumanas para efeitos do art. 3.º da CEDH. Isto deveu-se provavelmente ao facto de que em 1978 o Tribunal ainda não se pronunciava sobre o peso político (“Standing”), de modo a influenciar um Estado como o Reino Unido relativamente à aplicação da tortura.

Após a consolidação ao longo de décadas de jurisprudência do TEDH, a expressão “tortura” passou a abranger maus-tratos graves, físicos ou psicológicos, aplicados propositadamente a uma pessoa<sup>23</sup>, através dos quais esta deve ser colocada num estado prolongado de medo, bem como dor física ou psicológica.

---

19 SIMON, *Genocide, Torture, and Terrorism*, 2016, p. 107; VON BERNSTORFF, *Der Staat*, 2011, 165, 175; GEBAUER, *NVwZ*, 2004, 1405, considera a referência à dignidade da pessoa humana uma justificação sólida para a proibição da tortura. O alcance desta é, no entanto, baseada em circunstâncias histórico-práticas.

20 HILBRAND, *Saubere Folter*, 2015, p. 11; sobre estratégias de “encenação” (p. ex., odores repugnantes, música extremamente alta, focos brilhantes, calor e frio, etc.), p. 101; uma lista de “tortura limpa” que se faz sentir fisicamente é dada REJALI, *Torture and democracy*, 2009, p. 553.

21 TEDH, Irlanda/RU, 18.1.1978, Nr. 5310/71.

22 Sobre o assunto, também WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 18; sobre o acórdão *Frowein* do TEDH, *ZaöRV* 2002, 879, 899.

23 TEDH, Kemal Kahraman/Turquia, 22.7.2008, Nr. 39857/03, § 33; Aksoy/Turquia, 18.12.1996, Nr. 21987/93, § 63 (Palestinian hanging).

Trabalhos no âmbito das Nações Unidas para o desenvolvimento de uma definição universal de tortura culminaram em 1984 na publicação da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>24</sup>. Esta Convenção contém, no seu art. 1.º, uma definição de tortura que permanece inalterada até hoje, que se aplica a todos os Estados contratantes:

1 – Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa 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. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

2 – O presente artigo não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional ou lei nacional que contenha ou possa vir a conter disposições de âmbito mais vasto.

## 2. Atuais casos controversos

A definição tripartida de tortura – (1) aplicação intencional de grande dor ou sofrimento físico ou psicológico, (2) com um propósito específico (3) por intermédio de uma instituição do Estado, ou sob as instruções de uma delas – parece ser, à primeira vista, relativamente exequível. Atualmente aparecem cada vez mais casos controversos que tornam a subsunção dos factos aos requisitos individuais da tortura problemática.

Trata-se, nomeadamente, do tratamento de arguidos na sua detenção ou busca, ou do julgamento social que lhes é feito pela imprensa. Acontecem esporadicamente situações humilhantes, especialmente no tocante a casos mediáticos<sup>25</sup>.

Da mesma forma aparecem fotografias de detenções – situações em que o suspeito de alegados furtos de carros ou casas é levado ao chão e algemado no

---

24 *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CAT), de 10.12.1984 (entrou em vigor em 26.6.1987, ratificada até agora por 165 Estados [em outubro de 2018]).

25 P. ex., no caso de Klaus Zumwinkel, antigo membro do Conselho de Administração da *Deutschen Post AG*, que foi detido em frente a câmaras televisivas (por acusações de fraude fiscal no valor de 1 milhão de euros).

meio da via pública<sup>26</sup>. É evidente que uma prática deste tipo interfere na esfera privada do suspeito em causa. Já não será tão claro se esta forma de tratamento se trata de tortura, ou de uma conduta desumana ou humilhante<sup>27</sup>.

Também é questionável a qualificação de casos nos quais os maus-tratos são aplicados sem qualquer fim ou propósito<sup>28</sup>. Estes acontecimentos podem cair no conceito de arbitrariedade policial, ou, a partir de uma certa gravidade<sup>29</sup>, levar a certas consequências processuais, como, por exemplo, as proibições de prova.

O termo “tortura” é muitas vezes utilizado no contexto das condições de aprisionamento que se verificam nas prisões<sup>30</sup>. Trata-se principalmente do tamanho das celas, dos equipamentos e condições das celas, e na sua ocupação por vários colegas de cela. No entanto, na definição de tortura dada pelo art. 1.º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estes factos não se enquadram no referido conceito, porquanto esta clausura não prossegue, por regra, um fim determinado. Questões relacionadas com a configuração das celas e tratamento dos presos assumem, como tal, maior relevância no contexto das práticas humilhantes ou desumanas.

### III. Da proibição da tortura como direito humano

A tortura tem sido acolhida em diversas declarações de direitos humanos e convenções internacionais desde o ano de 1948. Até hoje diversas instâncias decisórias internacionais recorrem à definição dada pelo art. 3.º da CEDH, nomeadamente o TEDH, quando se trata da avaliação da existência de tortura num certo caso. Entretanto, a proibição da tortura foi reconhecida como sendo

---

26 Cfr. um caso em Berlim no ano 2015 Vgl., <https://www.berliner-kurier.de/berlin/polizei-und-justiz/motorrad-diebe-angekettet-ende-einer-naechtlichen-klaoutour22307384> [acedido pela última vez em 2.10.2018].

27 Outro grau de gravidade foi alcançado no caso do TEDH(GC) Svinarenko & Slyadnev/Rússia, 17.7.2014, Nr. 32541/08 e 43441/08, na medida em que os arguidos foram mantidos numa jaula de metal durante a duração do processo.

28 Para casos como estes é aplicável, por regra, o direito penal interno, ou em casos de conflitos armados, o direito internacional bélico.

29 Neste contexto, TEDH (GC), Kudla/Polónia, 26.10.2000, Nr. 30210/96, § 91 – No caso concreto: *“It [the minimum level of severity] depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.”*

30 Cfr., p. ex., <http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/anti-folter-stelle-kritisiert-haftbedingungen-in-deutschen-gefaengnissen-a825363.html> e <http://www.fnp.de/nachrichten/politik/Kritik-an-Haftbedingungen-in-deutschen-Gefaengnissen>; art673,371232 [acedido pela última vez em 2.10.2018]: da mesma forma, o relatório anual da Agência Alemã para a Prevenção da Tortura “não encontrou quaisquer sinais de tortura” nas prisões alemãs.

*ius cogens*<sup>31</sup>. Especificamente<sup>32</sup>, são marcos importantes da codificação da proibição da tortura:

#### **Art. 5.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**

*Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

#### **Art. 7.º Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**

*Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas.*

#### **Art. 4.º Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2009)**

*Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas desumanos ou degradantes.*

#### **Art. 3.º Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950)**

*Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.*

A proibição absoluta estabelecida pelo art. 3.º da CEDH assume uma posição marcante na jurisprudência dos tribunais europeus. Nem em caso de guerra ou outras situações de emergência pode esta proibição da tortura ser afastada, nos termos do art. 15.º/2 da CEDH. Também não se exclui a ilicitude da tortura pela existência de guerra ou perigo de guerra, nem pela existência de instabilidade política interna ou qualquer outra situação de emergência, nos termos do art. 2.º/2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>33</sup>.

---

31 TEDH (GC), *Al-Adsani/RU*, 21.11.2001, Nr. 35763/97; IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, pp. 226-267, § 83; ICTY, *Furundzija*, sentença de primeira instância de 10.12.1998, IT-95-17/1-T10, §§ 144-156; Kunarac, sentença de primeira instância de 22.2.2001, IT-96-23-T, § 466 fazendo referência a Delalic entre outros, sentença de primeira instância de 16.11.1998, IT-96-21-T, § 454; cfr. também OLG Jena, NJW 2007, 1700, 1702.

32 De forma geral WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 8; Pösl, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 25; uma visão geral sobre as codificações por LR-StPO/ESSER, Tomo 11, 26.ª ed., 2012, Art. 3 EMRK Rn. 1 ff.

33 Sobre isto LR-StPO/ESSER, Tomo 11, 26.ª ed., 2012, Art. 3 EMRK Rn. 14 m.w.N.

## IV. A concretização material da proibição da tortura no plano interno

De acordo com o art. 4.º/1 e 2 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, cada Estado contraente tem de se certificar que, de acordo com o seu Direito Penal interno, todas as formas de tortura são criminalizadas e punidas de acordo com a sua gravidade.

### 1. Manifestações no Direito Constitucional

Olhando para a Constituição alemã de 1949, repara-se que a definição de tortura – e a sua correspondente proibição – não estão expressamente lá plasmadas<sup>34</sup>. O art. 1.º/1, primeira frase, da Constituição estatui apenas como ponto central que a dignidade da pessoa humana é inviolável. Orientações concretas relativamente a pessoas privadas da sua liberdade estão contidas no art. 104.º/1 da Constituição. De acordo com o mesmo, a liberdade de uma pessoa só pode ser restringida nos casos expressamente previstos na lei, de acordo com os pressupostos e requisitos lá estabelecidos. Pessoas detidas não podem sofrer maus-tratos físicos ou psicológicos, nos termos do art. 104.º/1, segunda frase, da Constituição. Trata-se de uma concretização da dignidade da pessoa humana<sup>35</sup>, bem como uma materialização do direito fundamental à liberdade<sup>36</sup>. Também aqui não aparece expressamente a definição e termos da tortura.

A proibição especial de maus-tratos estatuída no art. 104.º/1, segunda frase, pode ser relevante para a admissão e tratamento de doentes psiquiátricos. Vejamos o seguinte caso:

Uma vítima, e mais tarde queixoso, que padece de esquizofrenia, teve de ser admitido a tratamento psicológico. Como a sua doença coloca em risco de forma significativa a sua vida, a sua saúde, bem como bens jurídicos de terceiros, foi ordenado o seu internamento em clínica psicológica. No próprio dia, a vítima foi diagnosticada com a classificação de “5 pontos”. Isto significa que ele foi amarrado à cama pelos seus membros e por uma cinta.

34 WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 113.

35 BVerfG NJW 2005, 656 (Gäfgen); STERN/BECKER/MÜLLER-FRANKEN, GG, 2016, Art. 104 Rn. 66. Por outro lado, a condenação à proibição de contacto durante três meses não é de ser qualificada como maus-tratos, cfr. BVerfGE 49, 29, 64 = NJW 1978, 2235; mais casos concretos em STERN/BECKER/MÜLLER-FRANKEN, GG, 2016, Art. 104 Rn. 76.

36 MAUNZ/DÜRIG. GG, 2018, Art. 104 Rn. 20.

De acordo com o relatório das Nações Unidas sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou humilhantes, toda a restrição de pessoas com doenças do foro psicológico – ainda que por um curto período de tempo – é considerada tortura ou maus-tratos<sup>37</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão decidiu, na queixa que lhe foi dirigida, em Acórdão de 24.07.2018<sup>38</sup>, que em casos em que uma pessoa que padecesse de doença mental que colocasse em perigo imediato a própria vida ou integridade física, bem como as de terceiros, a qualificação estrita de tortura ou tratamento humilhante ou desumano de eventuais restrições físicas estaria a ir demasiado longe.

Da máxima de respeito da dignidade da pessoa humana também se retira que *penas cruéis*, desumanas ou humilhantes são proibidas. O mesmo se aplica a penas absolutamente inadequadas, ou seja, aquelas que falham completamente a proporção da pena à gravidade e culpa do agente<sup>39</sup>.

## 2. Manifestações no Direito Penal

Também o Direito Penal material alemão deixa de fora o conceito de tortura. O § 340 do Código Penal alemão (Lesão Corporal no exercício de funções) estatui que um funcionário que cause ou deixe causar lesões corporais em outrem no exercício das suas funções ou em relação a esse exercício será punido. Contudo, também aqui não se utiliza o conceito de tortura.

Acontece o mesmo com o crime de Coação de Declarações (§ 343/1 do Código Penal alemão). Segundo esta norma, o funcionário que seja chamado a participar em determinado processo e que nesse contexto maltrate fisicamente, utilize ou ameace utilizar qualquer outro tipo de violência, ou atormente psicologicamente outrem, de modo a coagir essa pessoa a prestar determinada declaração no processo, é punido.

O conceito de tortura também não está presente no § 357 do Código Penal alemão (Aliciamento de Subordinado à Prática de Crime).

Foi outra a opção tomada pelo legislador penal austríaco: ele criou um tipo criminal estreitamente ligado com o conceito de tortura (§ 312a do Código Penal austríaco). Dada a sua redação, este aproxima-se bastante do art. 1.º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

---

37 Doc. da ONU A/HRC/22/53, pp. 16, 26, acessível em [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org) [acedido pela última vez em 2.10.2018].

38 Tribunal Constitucional alemão, Acórdão de 24.7.2018 – 2 BvR 309/15 = NJW 2018, 2619.

39 St. Rspr., cfr., entre outros, BVerfGE 1, 332, 348; 75, 1, 16.

### § 312a do Código Penal austríaco (Tortura)

- (1) Quem, sendo funcionário [...] instigado por um mesmo funcionário ou com consentimento explícito ou tácito de um mesmo funcionário infligir grande dor física ou psicológica a outrem, em particular com o fim de obter dessa pessoa ou de terceiro determinada declaração ou confissão, de modo a punir essa pessoa por ato praticado pelo próprio ou por terceiro, para intimidar ou coagir essa pessoa ou terceiro, ou por motivos discriminatórios, é punido com pena de prisão de um a dez anos.
- (2) Se o ato teve como consequências uma lesão corporal com sequelas severas (§ 85), o autor é punido com pena de prisão de cinco a quinze anos, se o ato originou a morte do lesado, é punido com pena de prisão de dez a vinte anos ou com prisão perpétua.

### 3. Conclusão: regras implícitas e não explícitas

A conclusão de que nem a Constituição alemã nem o Código Penal alemão proíbem explicitamente a tortura parece ser, à primeira vista, surpreendente. Contudo, na prática esta circunstância é bastante vantajosa. São, não obstante, criadas claras orientações neste sentido. O tema discutiu-se, não pela última vez, por ocasião do rapto do filho de um banqueiro, Jakob M<sup>40</sup>. No ano de 2002 alastrou-se na Alemanha a discussão de saber se o comportamento da polícia nesse caso (ameaças de provocação de dor aquando da recusa a revelar o local onde o rapto decorria) se enquadrava no conceito de tortura. De facto, o comportamento dos polícias em questão não se enquadrava nem no texto constitucional, nem nos tipos criminais enunciados acima. As proibições perceptíveis decorrem dos preceitos constitucionais e penais existentes. Renunciando ao extremamente dogmático e normativo conceito de tortura, é dado à polícia uma instrução inequívoca: a pessoas detidas ou privadas da sua liberdade não pode ser infligida violência física ou psicológica.

Cada futura discussão acerca de uma possível regulamentação legislativa, embora restritiva, de modo a definir uma “tortura permitida” padece de uma total falta de fundamento<sup>41</sup>: a tortura “não tem uma medida em si”<sup>42</sup>; a afirmação de que se poderia, com bons argumentos, optar por uma tortura legitimada pela

---

40 TEDH (GC), Gäfgen/Alemanha, 1.6.2010, Nr. 22978/05.

41 Neste sentido SHUE, *Philosophy & Public Affairs*, 1978, 124: Só falar no assunto pode abrir a Caixa de Pandora.

42 SALIGER, ZStW 116 (2004), 35, 48.

lei<sup>43</sup> choca contra claras diretrizes da jurisprudência consolidada em matéria de Direitos Humanos<sup>44</sup>. A qualidade humana das pessoas é indisponível<sup>45</sup>, a proibição da tortura não pode ser restringida<sup>46</sup>, a tortura é um meio estritamente proibido num Estado Constitucional<sup>47</sup>. Esta ideia aplica-se também em questões de combate ao terrorismo<sup>48</sup>. A tortura não é por isso legitimada, nem mesmo por virtude de situações individuais de emergência ou de um potencial Estado de emergência<sup>49</sup>.

## V. Vetores de proibição processuais da tortura

Também no direito processual penal alemão falta a proibição (literal) da tortura. O legislador alemão acentua principalmente a circunscrição de formas de tratamento proibidas.

### 1. Norma chave do § 136a do Código de Processo Penal alemão

A norma chave nesta temática é o § 136a do Código de Processo Penal alemão, que é uma manifestação da inviolável dignidade da pessoa humana, tal como definida no art. 1.º da Constituição alemã<sup>50</sup>.

### § 136a do Código de Processo Penal alemão

(1) A liberdade de declaração e de ação do arguido não pode ser comprometida através de maus-tratos, exaustão provocada, ofensas à integridade

---

43 Nesse sentido, p. ex., GÖTZ, *NJW*, 2005, pp. 953, 956.

44 Também decide neste sentido FISCHER, *StGB*, 65.ª ed., 2018, § 32 Rn. 14-15b, e SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON, 29. Aufl. 2014, § 32 Rn. 62a com mais referências à disputa.

45 HASSEMER, *FS Maihofer*, 1988, pp.183, 202.

46 TEDH (GC), *Gäfgen/Alemanha*, 1.6.2010, Nr. 22978/05, § 107.

47 MAUNZ/DÜRIG/DI FABIO, *GG*, 2018, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 79.

48 TEDH (GC), *Labita/Itália*, 6.4.2000, Nr. 26772/95, § 119; (GC) *El Masri/Macedónia*, 13.12.2012, Nr. 39630/09, § 195; FROWEIN, *ZaöRV*, 2002, 879, 900: "*Ich halte es mit der in der Rechtsordnung aller zivilisierten Staaten anerkannten Stellung des Menschen als eines mit Menschenwürde begabten Individuums für unvereinbar, die Folter zu rechtfertigen.*"

49 BVerfG, *NJW* 2005, 656, 657; LG Frankfurt, *NJW* 2005, 692, 693 (jurisprudência alemã relacionada com o caso *Gäfgen*); HECKER, *KJ*, 2003, pp. 210, 214.

50 BVerfGE 56, 37, 42 f.; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, 61.ª ed., *StPO*, 2018, § 136a Rn. 1; MüKo-StPO/SCHUHR, 2014, § 136a Rn. 5., também aplicável a interrogatórios policiais e à proteção de testemunhas feito também por via do §§ 136a, 69 Par. 3, 163a Par. 3 a 4 Código de Processo Penal alemão.

física, administração de quaisquer fármacos ou drogas, tormentos, através de artifícios enganos ou através da hipnose.

Só pode ser utilizada a coação nos termos admitidos pelo direito processual penal.

A ameaça da prática de qualquer facto legalmente inadmissível ou a promessa de um benefício não permitido por lei são proibidos.

(2) Medidas que comprometam a memória ou a capacidade de raciocínio do arguido não são permitidas.

(3) As proibições constantes dos parágrafos 1 e 2 aplicam-se independentemente da vontade do arguido. Afirmações feitas contra o disposto nas referidas proibições não podem, como tal, ser valoradas, quando o arguido consinta nessa valoração.

Esta enunciação de técnicas proibidas tem a vantagem de providenciar de forma direta agentes de autoridade e outros órgãos estaduais com diretrizes concretas que orientem as suas condutas. Esta norma é uma das poucas do direito processual penal em que a própria lei estatui explicitamente que uma declaração que teve origem em qualquer uma destas condutas proibidas não pode ser valorada em qualquer processo penal futuro<sup>51</sup>.

## 2. Alcance das proibições de prova

O § 136a, parágrafo 3 do Código de Processo Penal alemão corresponde a diretrizes estabelecidas pelo ordenamento internacional de direitos humanos. De acordo com o art. 15.º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, cada Estado contratante tem o dever de se certificar que quaisquer declarações que tenham sido comprovadamente obtidas através da tortura não possam ser utilizadas em qualquer processo<sup>52</sup>. Esta componente processual da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes é bastante significativa e ocupou em tempos os tribunais criminais alemães.

Assim se ocupou o *Oberlandesgericht* de Hamburgo, em decisão de 14.6.2005, tendo este de decidir acerca da admissibilidade de provas obtidas em interrogatórios estrangeiros, nos EUA<sup>53</sup>. O tribunal teve de decidir se declarações prestadas por testemunhas nos EUA em infração do art. 15.º da

---

51 O significado especial da norma não poderia "ser demasiado valorado", diz WEILERT, *Zum Begriff der Folter in verschiedenen Rechtskreisen*, 2007, p. 215.

52 É uma exceção o caso em que uma pessoa acusada de tortura seja condenada apenas por virtude dessa afirmação.

53 OLG Hamburgo, decisão de 14.6.2005 – IV-1/04, NJW 2005, 2326 (El Motassadeq).

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes podem ser valoradas no processo penal alemão<sup>54</sup>.

O *Oberlandesgericht* decidiu que as proibições de prova e de conduta estabelecidas no § 136a do Código de Processo Penal alemão são apenas diretamente aplicáveis a métodos de interrogação não permitidos quando praticados pelos órgãos de justiça criminal da República Federal da Alemanha. Contudo, na medida em que o conhecimento dos factos em questão tenha sido obtido sob infrações crassas da dignidade da pessoa humana, aquela norma será aplicável também a terceiros nacionais de outros Estados.

Da infração do art. 3.º da CEDH pode, sob certas circunstâncias, decorrer diretamente uma proibição processual de valoração de prova. A valoração dessas provas obtidas sob tortura é de se considerar como uma verdadeira e própria violação do art. 3.º da CEDH<sup>55</sup>.

Isto parece ser bastante evidente também no Acórdão do TEDH no caso *Othman/Reino Unido*:

*"[...] the Court considers that the admission of torture evidence is manifestly contrary, not just to the provisions of Article 6, but to the most basic international standards of a fair trial. It would make the whole trial not only immoral and illegal, but also entirely unreliable in its outcome. It would, therefore, be a flagrant denial of justice if such evidence were admitted in a criminal trial. The Court does not exclude that similar considerations may apply in respect of evidence obtained by other forms of ill-treatment which fall short of torture."*<sup>56</sup>

---

54 SCHÜLLER, ZIS, 2013, 245, p. 247, aplaude a exigência de requisitos mais apertados provocada pela jurisprudência do TEDH (entre outros, TEDH, *El Haski/Bélgica*, 25.9.2012, Nr. 649/08); ver acerca desta jurisprudência também PöSL, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 318.

55 ESSER, *NStZ*, 2008, 657, 659 ff. m.w.N.; LR-EMRK/ESSER, 26. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 47 ff.; no mesmo sentido MÜKO-StPO/GAEDE, 2018, Art. 3 EMRK Rn. 35 ff.; discordando PöSL, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 294: é uma contradição dos princípios da CEDH e da jurisprudência do TEDH derivar uma consequência jurídica rígida (isto é, uma proibição absoluta de prova) de infrações contra garantias individuais. PöSL defende, em vez disso, uma inclusão da violação do art. 3.º da CEDH no contexto do art. 6.º/1 da CEDH, na forma de uma "norma de avaliação modificada".

\* [N.T.: Em inglês no texto original do Autor em língua alemã.]

56 TEDH, *Othman/RU*, 17.1.2012, Nr. 8139/09, § 267; novamente no TEDH, *Harutyunyan/Arménia*, 28.6.2007, Nr. 36549/03, §§ 63 ff.

## VI. Da relevância política atual da temática

Do atual acordo de coligação de Governo entre os partidos CDU/CSU e SPD consta que estes devem promover e sustentar a abolição mundial da pena de morte e da tortura<sup>57</sup>. Esta circunstância comprova o facto de que questões relacionadas com a prevenção da tortura também têm um significado relevante no atual panorama político.

### 1. Medo da tortura na população

Num inquérito<sup>58</sup> feito pela organização de direitos humanos Amnistia Internacional (AI), 44% dos inquiridos mundialmente responderam negativamente à questão *“If you are taken in custody by the authorities in my country I am confident that I would be safed from torture.”\** Este é um número alarmante. O medo da tortura em instalações fechadas continua a estar presente mundialmente. No que toca à análise específica de cada país é notável que na Alemanha 66% dos inquiridos responderam positivamente àquela questão, o que significa que um terço da população alemã não acredita estar seguro de que não lhe será aplicado qualquer tipo de tortura em qualquer situação de privação de liberdade.

### 2. Tratamento do TEDH em casos de tortura

Na jurisprudência proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) entre os anos de 1959 e 2017, 11% de todas as condenações decretadas a Estados estão relacionadas com o art. 3.º da CEDH. Contudo, estes casos não são apenas casos de tortura, mas também “apenas” casos de tratamentos desumanos ou humilhantes. A percentagem por si só é assinalável. Continuando a analisar os números, comparando os anos entre 1959 e 2017 (11,11%) e o ano de 2017 (17,74%), realça-se o facto de que houve um número significativamente maior de casos relacionados com o art. 3.º da CEDH no ano passado do que no período de tempo entre 1959 e 2017.

---

57 Cfr. o acordo de governo entre CDU/CSU, SPD para o 16.º Parlamento alemão, Linha 7389.

58 Estudo da Amnesty International “Attitudes to Torture” do ano 2014, acessível em <https://www.amnesty.org/en/what-we-do/torture/> [acedido pela última vez em 2.10.2018].

\* [N.T.: Em inglês no texto original do Autor em língua alemã.]

### a) Uso de Eméticos

No que toca a casos nos quais a Alemanha é condenada com fundamento no art. 3.º da CEDH, é de mencionar, acima de tudo, a administração de eméticos de modo a recuperar pequenos pacotes de droga previamente engolidos<sup>59</sup>. Até ao acórdão *Jalloh*<sup>60</sup>, proferido pelo TEDH, esta era uma prática comum na Alemanha. No contexto dessa prática, agentes da polícia e um médico, convocado para o efeito, forçavam pessoas que eram suspeitas de ter engolido pacotes de droga pouco tempo antes de uma operação de controlo policial a engolir um xarope<sup>61</sup> que induzia a náusea. Isto levava muitas vezes à regurgitação e possível engasgamento dos suspeitos pelos pacotes de droga. Alguns *Oberlandesgericht* não viam nesta prática qualquer infração da dignidade da pessoa humana<sup>62</sup>. Em todo o caso, o TEDH qualificou este procedimento como sendo uma infração do art. 3.º da CEDH (tratamento desumano e humilhante).

Este exemplo mostra que não são todas as medidas estaduais que interferiram substancialmente nos direitos da personalidade a ser automaticamente qualificadas como sendo tortura. Neste contexto existem também formas mais ténues de infrações graves de direitos da personalidade.

### b) “Tortura de resgate”

Um outro caso específico é a chamada “tortura de resgate”<sup>63</sup>. A República Alemã foi, há poucos anos, alvo dessas acusações. O TEDH também a qualificou como sendo abrangida pelo art. 3.º da CEDH.

Por ocasião do rapto de um filho de um banqueiro<sup>64</sup>, o alegado autor do crime foi, através de ameaças enormes, coagido a revelar qual o local onde o jovem estava a ser mantido. Este jovem já estava, em todo o caso, morto à época dos interrogatórios. Factualmente, não foi aplicada aos arguidos qualquer uma das medidas ameaçadas. No entanto, também a mera ameaça de tortura é proibida, como enunciado pelo Tribunal:

---

59 Elucidativo acerca das técnicas aplicadas e acerca da evolução jurisprudencial KÖRNER/PATZAK/VOLKMER, *Betäubungsmittelgesetz*, 8. Aufl. 2016, § 29 BtMG Rn. 46 ff.

60 TEDH (GC), *Jalloh/Alemanha*, 11.7.2006, Nr. 54810/00; *Besprechungen von GAEDE, HRRS*, 2006, 241 ff.; SCHUMANN, *StV*, 2006, 661 ff.; SCHUHR, *NJW*, 2006, 3538 ff.; no geral também PÖSL, *Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK*, 2015, p. 232.

61 Maioritariamente xarope de ipecacuanha (concentrada).

62 Cfr., p. ex., OLG Karlsruhe *NStZ* 2005, 399; KG *StV* 2002, 122. O Tribunal Constitucional alemão não se pronunciou sobre o caso por motivos processuais (subsidiariedade), cfr. Tribunal Constitucional alemão, Decisão de 15.9.1999 – 2 BvR 2360/9.

63 Em parte também “tortura de emergência”, sobre isto, entre outros, SELBMANN, *NJ*, 2005, p. 300; WAGENLÄNDER, *Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter*, 2006; ESSER, *NStZ*, 2008, p. 657; AMELUNG, *JR*, 2012, p. 18.

64 TEDHäfgen/Alemanha, 1.6.2010, Nr. 22978/05.

*“Treatment has been held to be ‘degrading’ when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance, or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience.”<sup>65</sup>*

*“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.”<sup>66\*</sup>*

Este caso provocou uma vasta discussão acerca do que deve ser permitido a agentes da autoridade em situações como esta<sup>67</sup> – uma temática que pode ser diariamente levantada particularmente no contexto da prevenção do terrorismo pelas forças de segurança. Trata-se, nesse caso, não tanto da perseguição criminal, mas antes da salvação de vidas humanas. Num inquérito feito pela BBC, 71% dos inquiridos são da opinião de que esta coação severa com o intuito de (presumivelmente) salvar vidas humanas é considerada tortura. Simultaneamente, 21% dos inquiridos são da opinião de que certas restrições ou desvios da proibição da tortura podem ser necessários nestes casos<sup>68</sup>.

O TEDH declarou claramente, no Acórdão da Grande Secção *Gäfgen*, que não há espaço para uma restrição do art. 3.º da CEDH neste contexto<sup>69</sup>. Da mesma forma é de se realçar que quase um quarto da população alemã estaria disposta a tolerar o uso de coação massiva da parte de entidades estatais contra pessoas que tenham sido privadas da liberdade. Isto é especialmente o caso quando o fim esperado dessa medida seja a preservação de um bem jurídico de valor elevado, como uma vida humana.

### **c) Obtenção de prova através de particulares e proibições de prova**

Uma outra temática interessante na prevenção da tortura é a obtenção de prova através de particulares. Especificamente, na medida em que as fronteiras

---

65 TEDH (GC), *Gäfgen/Alemanha*, 1.6.2010, Nr. 22978/05, § 89.

66 TEDH (GC), *Gäfgen/Alemanha*, 1.6.2010, Nr. 22978/05, § 91.

\* [N.T.: Em inglês no texto original do Autor em língua alemã.]

67 Cfr., p. ex., <https://www.presseportal.de/pm/6329/424061> [acedido pela última vez em 2.10.2018]; *duma perspectiva jurídica* *HAMM, NJW*, 2003, p. 946.

68 Cfr. [http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2006/10\\_october/19/poll.shtml](http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2006/10_october/19/poll.shtml) [acedido pela última vez em 2.10.2018].

69 TEDH (GC), *Gäfgen/Alemanha*, 1.6.2010, Nr. 22978/05, § 107.

estabelecidas pela Constituição (Lei Fundamental) e pela CEDH a este respeito são discutíveis.

Essencialmente, o que está estatuído é o seguinte: disposições de direito processual penal que regulam a obtenção de prova são dirigidas apenas a órgãos de polícia criminal e não a particulares<sup>70</sup>. Isto leva a que meios de prova obtidos por particulares de forma ilícita sejam essencialmente valoráveis no contexto de um processo penal<sup>71</sup>. Se no caso *Gäfgen* o pai do rapaz raptado tivesse aplicado na sua cave medidas comparáveis àquelas com que foram ameaçadas aos arguidos pelos agentes da polícia, a fronteira que delimita um tratamento ilícito seria utilizável posteriormente. Uma fronteira intransponível desta regra é, de acordo com a opinião dominante, a dignidade da pessoa humana<sup>72</sup>. O teor concreto das ameaças proferidas no caso *Gäfgen* permite concluir que a adoção deste comportamento por um particular também seria considerada lesiva da dignidade da pessoa humana.

## VII. A dignidade da pessoa humana e a proibição da tortura como fronteira à aplicação da Cooperação Internacional Judicial em matéria penal

A tortura também pode ser relevante no que toca à cooperação internacional dos Estados na investigação de arguidos no âmbito do processo penal. Por exemplo, em questões relacionadas com a extradição. Nestes casos deve o *Oberlandesgericht* competente decidir, entre outras questões, acerca das restrições legais relativamente a mandados de captura de um arguido emitidos por um Estado terceiro<sup>73</sup>. Uma dessas restrições é estabelecida pelo § 73 da Lei alemã em matéria de Cooperação Internacional Judicial em matéria penal:

### § 73 IRG – Limitações à Cooperação

A cooperação judicial, bem como a transferência de dados sem que haja pedido para esse efeito não é admitida, se contradisser garantias fundamentais da ordem jurídica alemã.

---

70 BGHSt 44, 129 com referência a BGHSt 27, 355, 357; LR-StPO/GLEß, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 6, 10; MüKo-StPO/SCHUHR, 2014, § 136a Rn. 12.

71 KK-StPO/DIEMER, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 3; grundlegend bereits BGHSt 27, 355, 357.

72 BGHSt 44, 129; OLG Hamburg NJW 2005, 2326 f. (El Motassadeq); LR-StPO/GLEß, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 12; KK-StPO/DIEMER, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 3; KLEINKNECHT, NJW 1966, 1537, 1543.

73 Competente de acordo com o § 13 IRG.

Em pedidos para a oitava, nona, e décima partes [= dentro da União Europeia], a cooperação judicial não é permitida, se a sua concretização contradisser as garantias contidas no artigo 6.º do Tratado da União Europeia.

Limitações semelhantes decorrem do art. 6.º do Tratado da União Europeia (TUE). De acordo com o art. 6.º/1 do TUE, a União reconhece os direitos, liberdades e garantias contidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 7 de dezembro de 2000, na versão revista e consolidada no dia 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo; a Carta dos Direitos Fundamentais e os Tratados são juridicamente equiparados e parte do Direito da União, enquanto princípios gerais (Parágrafo 3).

### **1. Perigo de aplicação de pena de morte ou de pena de prisão perpétua no Estado requerente**

A prestação de cooperação judicial internacional da parte da República Federal da Alemanha que implique que um fugitivo seja torturado ou submetido a tratamentos humilhantes ou desumanos no Estado requerente não é permitida<sup>74</sup>.

O TEDH teve de decidir acerca desta questão no caso *Trabelsi*<sup>75</sup>. Tratava-se, nesse caso, de saber se e em que medida seria atendível o perigo do extraditando de lhe ser aplicada pena de prisão perpétua, tendo em conta o art. 3.º da CEDH. A questão coloca-se particularmente nos casos em que tal pena de prisão perpétua não tenha a possibilidade de ser encurtada através da libertação prematura. O extraditando tratava-se de um suspeito de terrorismo. Ele era suspeito de ter pretendido provocar a explosão de um quartel militar. Ele foi preso na Bélgica alguns dias depois do 11 de setembro de 2001 e lá foi condenado a uma pena de prisão de dez anos. No ano de 2008 as autoridades norte-americanas dirigiram às autoridades belgas o pedido de extradição correspondente. Apesar das medidas provisórias decretadas pelo TEDH segundo a *Rule 39* da lei processual<sup>76</sup>, o extraditando foi enviado para os EUA. O TEDH considerou que esta extradição violava o art. 3.º da CEDH, já que nos EUA não existia qualquer processo que de acordo com critérios objetivos e preestabelecidos pudesse levar à redução ou dispensa da pena de prisão perpétua decretada. A extradição

74 BVerfG StV 2004, 440 ff.; BÖHM, em: Ahlbrecht/Böhm/Esser/Eckelmanns, Internationales Strafrecht, 2. Ed. 2018, Rn. 872.

75 TEDH, *Trabelsi/Bélgica*, 4.9.2014, Nr. 140/10.

76 “The Chamber or, where appropriate, the President of the Section or a duty judge appointed pursuant to paragraph 4 of this Rule may, at the request of a party or of any other person concerned, or of their own motion, indicate to the parties any interim measure which they considers should be adopted in the interests of the parties or of the proper conduct of the proceedings. [...]”

do queixoso, apesar das medidas provisórias decretadas, constituiu, na perspectiva do TEDH, uma violação adicional do art. 34.º da CEDH.

Segundo a jurisprudência alemã, a ameaça de condenação a pena de morte não justifica, apesar do § 8 da Lei alemã em matéria de Cooperação Internacional Judicial em matéria penal, a proibição de extradição no sentido do § 60/5 da Lei da Residência alemã (correspondente ao acrónimo *EMRK*), conjugado com o art. 3.º da CEDH, quando a pena de morte no Estado requerente pode ser convertida numa pena privativa da liberdade, perpétua ou não, e quando o condenado possa recorrer da pena, com vista a reduzir o tempo de prisão a que foi condenado<sup>77</sup>. No geral, a extradição não é desconforme à Constituição quando o extraditando tenha hipóteses concretas e na prática realizáveis de obter a sua liberdade no Estado requerente<sup>78</sup>.

## 2. Perigo de tortura no Estado requerente

Os tribunais alemães estão atualmente a ser confrontados com questões de extradição relativamente ao Egito. O Governo federal declarou que tem conhecimento de indícios de tortura e maus-tratos da parte das autoridades de polícia criminal egípcias<sup>79</sup>. Estas alegações são, de resto, formuladas por organizações não governamentais (NGO), pelo que se deve questionar se estes indícios são suficientemente fiáveis.

### a) Dever de investigação dos tribunais alemães

Isto leva a uma outra questão, nomeadamente de saber qual é o alcance do dever das autoridades alemãs de averiguar estes indícios de perigo. O Tribunal Constitucional alemão proclamou muito claramente, em acórdão de

---

77 Supremo Tribunal Administrativo alemão, decisão de 26.3.2018 – 1 VR 1.18; de forma oposta, quando o extraditado está factualmente ameaçado pela pena de morte ou com a “síndrome da célula da morte”, cfr. TEDH, 7.7.1989, Soering/RU, Nr. 14038/88, § 91; Poltoratskiy/Ucrânia, 29.4.2003, Nr. 38812/97, § 135.

78 Cfr. BVerfG NStZ-RR 2012, 387; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2011, 145.

79 Cfr. a resposta do Governo alemão a um pequeno inquérito acerca da situação de direitos humanos no Egito (Bt.-Drs. 19/2020 v. 4.5.2018): *“Der Bundesregierung sind Berichte über den Einsatz von Folter bekannt, insbesondere der Bericht von ‘Human Rights Watch’ vom 5. September 2017, der zahlreiche Fälle von Folter und Misshandlungen durch ägyptische Sicherheitsbehörden dokumentiert”* (S. 2); *“Zu den Haftbedingungen in den Haftzentren der Geheimdienste liegen glaubhafte Berichte vor, nach denen es zur Anwendung von Folter kommt.”* (S. 9).

18.12.2017<sup>80</sup>, a existência de um dever de investigação das autoridades alemãs em caso de indícios de perigo de tortura no Estado requerente<sup>81</sup>.

As normas de direito processual relativas ao dever de investigação têm de ter em consideração o elevado valor destes direitos. Os preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem têm de ser tomados em consideração. O dever processual de investigação adquire, nestes casos, um cariz constitucional. No anexo à decisão do TEDH Rs. *Othman/TU*<sup>82</sup>, diz-se que as autoridades de polícia criminal e os tribunais têm o dever de recolher informações sobre as práticas no Estado requerente e, possivelmente, obter garantias das autoridades locais de que não há tortura. O dever de investigação está especialmente presente quando o extraditando alegue este perigo de tortura, havendo motivos para se levar esta alegação a sério<sup>83</sup>. Se o Estado requerido obtiver conhecimento de indícios relevantes de que existe uma ameaça de violação da proibição de tortura, este tem a obrigação de a averiguar e provar<sup>84</sup>. O fator decisivo é a situação no momento da extradição. Se esta investigação não é feita, a decisão de extraditar é de ser revogada pelo Tribunal<sup>85</sup>. O mesmo se aplica à existência de condições de prisão pouco idóneas<sup>86</sup>.

No caso concreto nem sempre é fácil verificarem-se os requisitos e circunstâncias necessários para se sustentar a existência de uma situação que apresenta perigo de tortura em Estado terceiro. Isto é realçado pelo acórdão do Tribunal Constitucional de 14.12.2017<sup>87</sup>.

*“A queixosa não logrou demonstrar de forma substancial a existência das circunstâncias necessárias para obtenção de um estatuto digno de proteção contra a ameaça de tratamentos desumanos ou humilhantes, nem em processo especial nem em sede de recurso constitucional.*

*Ela não explicitou de forma elucidativa o porquê dos titulares de estatuto protegido em Itália estarem ameaçados de uma conduta que viole os artigos 3.º da CEDH e 4.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.”*

80 Tribunal Constitucional alemão, decisão de 18.12.2017 – 2 BvR 2259/17 = NVwZ 2018, 318, acerca disto também MUCKEL, JA, 2018, p. 236.

81 Tribunal Constitucional alemão, decisão de 18.12.2017 – 2 BvR 2259/17 = NVwZ 2018, 318.

82 TEDH, *Othman/RU*, 17.1.2012, Nr. 8139/09.

83 TEDH, *Egamberdiyev/Rússia*, 26.6.2014, Nr. 34742/13, §§ 50 f.; BÖHM, in: Ahlbrecht/Böhm/Esser/ /Eckelmanns, Internationales Strafrecht, 2.ª ed., 2018, Rn. 873.

84 TEDH (GC), *F.G./Suécia*, 23.3.2016, Nr. 43611/11, § 127.

85 TEDH, *A.G.R./Países Baixos*, 12.1.2016, Nr. 13442/08, § 55.

86 Cfr. sobre isto KG, decisão de 21.12.2017 – (4) 151 AusIA 77/16 (107/16), Ls. 1.

87 Tribunal Constitucional alemão, decisão de 14.12.2017 – 2 BvR 1872/17, EuGRZ 2018, 69.

Como motivo desta decisão está a circunstância da queixosa ter apenas alegado, em processo especial, a existência das condições gerais necessárias para obter asilo em Itália. Contudo, não invocou qualquer circunstância que justificasse a atribuição de um estatuto de proteção especial.

#### **d) Dever de investigação também relativamente a pessoas ameaçadas**

O dever de investigação também se aplica às chamadas “pessoas ameaçadas”.

Em decisão de 24.7.2017, o Tribunal Constitucional alemão deixou claro, por ocasião de uma ordem de extradição emitida nos termos do § 58a da Lei da Residência alemã, que também a essas pessoas devem ser prestados esclarecimentos pelas autoridades alemãs, que devem assegurar que no Estado requerente não há qualquer ameaça de violação dos artigos 1.º/1 da Constituição ou 3.º da CEDH<sup>88</sup>.

Aqui é exigível ao Estado extraditante, neste caso a Alemanha, que providencie as seguranças necessárias para o efeito. Esta segurança tem de compreender garantias que permitam uma verificação das condições de prisão dos extraditados, bem como um acesso irrestrito a patrocínio judiciário.

Ao extraditado deve ser dada a possibilidade de exercer o contraditório e de procurar aconselhamento e proteção jurídicas.

### **VIII. Art. 3.º da CEDH e as condições prisionais**

Mais questões relativas ao art. 3.º da CEDH ocupam os tribunais alemães também no contexto das condições prisionais<sup>89</sup>. Trata-se aqui maioritariamente dos requisitos de tamanho mínimo das celas ou da configuração das mesmas<sup>90</sup>. Contudo, estes problemas são raramente qualificados como tortura. Eles são tratados em grande medida no contexto do tratamento desumano ou humilhante<sup>91</sup>.

---

88 Tribunal Constitucional alemão, decisão de 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17, NVwZ 2017, 1526.

89 Uma visão geral acerca da jurisprudência do TEDH é dada por POHLREICH, *NStZ*, 2011, p. 560; no geral também KRETSCHMER, *NJW*, 2009, p. 2406.

90 Cfr., p. ex., Tribunal Constitucional alemão, decisão de 7.11.2012 – 2 BvR 1567/11, *NStZ-RR*, 2013,

91 Aprofundadamente sobre a jurisprudência alemã, LUBRICH, in: Esser/Iida, *Menschenrechtsschutz und Zusammenarbeit im Strafrecht als globale Herausforderung – Rezeption internationaler Standards in Deutschland und Japan*, 2018.

91 Segundo o art. 1.º da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos Cruéis ou Desumanos de 26.11.1987 foi criado um Comité Europeu, o European Committee for the Prevention

## 1. Dimensão das celas

O Tribunal Constitucional alemão decidiu acerca da conformidade com os direitos humanos de celas com o tamanho de 6 m<sup>2</sup>. Em decisão de 7.11.2012<sup>92</sup> o Tribunal decidiu que uma cela com o tamanho de 6 m<sup>2</sup> ficava “abaixo dos limites do aceitável”. Não era de aceitar ainda, contudo, uma violação dos arts. 1.º da Constituição e 3.º da CEDH; em todo o caso, quando não se tratasse de estabelecimento prisional perto de habitação de grupo, com vastas possibilidades de ocupações fora da cela. O Tribunal justifica esta avaliação com recurso à jurisprudência do TEDH e a um relatório do Comité da Europa para a Prevenção da Tortura e Tratamentos ou Penas Desumanos ou Humilhantes (CPT)<sup>93</sup>. Como tal, o tamanho de 7 m<sup>2</sup> por cela foi indicado como o tamanho desejado. Mas este tamanho não é dado como padrão mínimo<sup>94</sup>. A existência de condições humilhantes de clausura pode claramente ser presumida quando nem todos os reclusos tenham acesso a cama na sua cela, ou quando o pouco tamanho da cela não permita que os reclusos se possam nela movimentar livremente<sup>95</sup>. A forte presunção de infração é ilidível quando a preterição do tamanho de cela aconselhável ocorre apenas durante um curto período de tempo, havendo simultaneamente oportunidade de haver livre movimento fora da cela, não existindo quaisquer outras condições de aprisionamento precárias<sup>96</sup>.

Um caso concreto relacionado com as circunstâncias de aprisionamento é trabalhado por um Acórdão do *Kammergericht* de Berlim de 17.2.2015<sup>97</sup>. O alegante esteve detido entre março de 2006 e sensivelmente junho de 2009, detenção que se convolou, por virtude da sentença penal condenatória contra ele proferida, em pena de prisão na penitenciária de Moabit até abril de 2010, e depois por mais dois meses na penitenciária de Tegel. Em Moabit o alegante encontrava-se numa cela relativamente grande, com pouco menos de 9 m<sup>2</sup>.

---

of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment (CPT), que segundo os arts. 1.º e 7.º da Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e de Tratamentos Cruéis ou Desumanos, deve avaliar o tratamento dos reclusos através de visitas a estabelecimentos prisionais, e incentivar a criação de medidas que devam fomentar a proteção contra a tortura ou outros comportamentos cruéis ou desumanos; acerca desse trabalho também CERINKO, Die Umsetzung der CPT-Empfehlungen im deutschen Strafvollzug, 2014.

92 Tribunal Constitucional alemão, decisão de 7.11.2012 – 2 BvR 1567/11= NSTZ-RR 2013, 91.

93 Cfr. Fn. 91.

94 CPT-Standards, CPT/Inf/E(2002)1 – Rev. 2010, Rn. 43.

95 TEDH, *Ananyev e outros/Rússia*, 10.1.2012, Nr. 42525/07 u.a., §§ 149, 153 ff., 164 (decisão-piloto); *Varga/Hungria*, 10.3.2015, Nr. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13. §§ 80 ss. (problema estrutural da sobrelotação de prisões húngaras).

96 TEDH (GC), *Muršić/Croácia*, 20.10.2016, Nr. 7334/13, § 138.

97 KG, decisão de 17.2.2015 – 9 U 129/13.

Contudo, o aprisionamento era feito em períodos de 23 horas (podia apenas sair da cela durante uma hora por dia). Em Tegel a sua cela tinha apenas 5,3 m<sup>2</sup>.

O *Kammergericht* decidiu, que o cumprimento da pena de prisão sob uma clausura diária de 23 horas sem possibilidades de formação ou de trabalho e sem convívio social contradizia abertamente os fins legais da pena<sup>98</sup>, prejudicando a reinserção social. Através desta pena o recluso seria tratado com objeto do poder público, e lesado na sua dignidade humana.

## 2. Direito a acompanhamento médico e higiene

Da jurisprudência do TEDH é de mencionar o acórdão Wenner/Alemanha, de 1.9.2016<sup>99</sup>. Trata-se, aí, da violação do art. 3.º da CEDH através da privação de uma terapia de reabilitação do uso de drogas na prisão. O acórdão contém considerações interessantes acerca do padrão mínimo de acompanhamento médico a ser dado nas prisões:

*“Medical treatment provided within prison facilities must be appropriate, that is, at a level comparable to that which the State authorities have committed themselves to provide to the population as a whole. Nevertheless, this does not mean that every detainee must be guaranteed the same level of medical treatment that is available in the best health establishments outside prison facilities.”\**

O TEDH não decidiu, no caso concreto, se deveria ser concedida ao queixoso individualmente considerado a hipótese de ser submetido a uma terapia de reabilitação de drogas. O Tribunal criticou, no entanto, o facto de não existir no estabelecimento prisional nenhuma repartição médica que trate de casos relacionados com toxicodependentes. A conclusão da decisão é que também de acordo com o TEDH, não existe nenhum direito *absoluto* a uma terapia de reabilitação de drogas para reclusos na Alemanha. Da jurisprudência do TEDH retira-se, no entanto, a obrigatoriedade da existência de acompanhamento

---

98 Cfr. a definição legal dada no § 2 da Lei da Pena de Prisão alemã (maioritariamente idêntica nas Leis da Pena de Prisão dos *Länder*): no cumprimento de pena privativa da liberdade deve o recluso tornar-se apto a viver uma vida socialmente responsável, sem crime (fins da pena de prisão). O cumprimento da pena privativa da liberdade também serve para proteger a comunidade de mais atos criminosos.

99 TEDH, Wenner/Alemanha, 1.9.2016, Nr. 62303/13.

\* [N.T.: Em inglês no texto original do Autor em língua alemã.]

médico adequado dos reclusos em estabelecimentos prisionais, inclusive com a exigência de um acompanhamento médico o mais independente possível.

Um pouco mais antigo é o acórdão do TEDH no caso Hellig/Alemanha, de 7.7.2011<sup>100</sup>. Tratava-se, aí, da manutenção de alguns reclusos suspeitos durante alguns dias numa chamada cela de elevada segurança, sem roupa. O TEDH não criticou substancialmente esta forma de aprisionamento. O Tribunal preocupou-se, contudo, com o tempo concreto deste aprisionamento sem que esteja prevista a concessão de roupa interior especial (“roupa de papel”).

Em tempos idos colocou-se a questão de saber se reclusos tinham direito a tomar um duche diariamente. Em dois acórdãos do *Oberlandesgericht* de Hamm<sup>101</sup> diz-se que é suficiente se os reclusos tiverem direito a tomar duche duas vezes por semana. É verdade que o bem-estar físico, psicológico e emocional dos reclusos deve ser preservado. Contudo, não se afigura plausível que o bem-estar físico dos mesmos seja prejudicado sem duchas diárias<sup>102</sup>. Têm, contudo, de se aplicar exceções durante o verão e no que toca a atividades de labor físico que suscitem uma maior transpiração.

Os factos de um processo de responsabilidade civil do Estado decidido pelo *Landgericht* de Marburgo em 22.9.2015<sup>103</sup> oferecem um exemplo especialmente flagrante de um tipo de tratamento já não conciliável com o art. 3.º da CEDH.

O ofendido cumpria uma pena de prisão perpétua pela prática de crime de homicídio, após ter estado preso preventivamente. Devido a dores repentinas no abdómen, foi levado a um hospital. De acordo com as instruções dadas pela administração do estabelecimento prisional, ele foi algemado nas mãos e nos pés, e colocado sob vigilância constante e direta. As algemas não foram retiradas durante o exame e tratamento médicos. O médico que o tratava administrou enemas ao detido.

Para efeitos de vigilância, encontravam-se no gabinete médico, durante o procedimento, no mínimo seis agentes da polícia. Estiveram, portanto, diretamente presentes durante um procedimento extremamente desagradável e íntimo para o ofendido. Após a conclusão dos enemas, não foi permitido ao ofendido utilizar a casa de banho sem janelas existente no gabinete médico. Ao invés disso, ele foi obrigado a fazer as suas necessidades sentado numa sanita,

---

100 TEDH, Hellig/Alemanha, 7.7.2011, Nr. 20999/05; sobre isto também POHLREICH, JZ, 2011, p. 1058

101 OLG Hamm, decisão de 10.11.2015 – 1 Vollz (Ws) 458/15 – é suficiente duas vezes por semana. OLG Hamm, decisão de 5.1.2016 – 1 Vollz (Ws) 529/15.

102 É necessário acrescentar que em cada cela está regularmente disponível um lavatório para a higiene corporal.

103 LG Marburg, decisão de 22.9.2015 – 7 O 112/11 caso semelhante no LG Baden-Baden, decisão de 30.11.1990 – 2 O 135/90 = NVwZ 1991, 1118, 1119.

acompanhado de agentes da polícia. As suas mãos e pés continuaram algemados durante todo este processo.

O *Landgericht* de Marburgo decidiu que estas medidas desproporcionais são especialmente lesivas do direito geral da personalidade, especificamente, da dignidade da pessoa humana do recluso. Foi atribuída ao ofendido uma indemnização no valor de 2500€. Para avaliar a existência e necessidade de uma indemnização, é necessário atender-se ao significado e à extensão da agressão, bem como à sua causa e motivação, juntamente com o grau de culpa do agente<sup>104</sup>. Na perspetiva do Tribunal, o algemamento do ofendido durante o tratamento médico apresenta traços degradantes e humilhantes.

O caso do *Landgericht* de Marburgo é um bom exemplo de que os tribunais nacionais podem conhecer e corrigir eventuais infrações do art. 3.º da CEDH e do art. 1.º da Constituição alemã (dignidade da pessoa humana) ao nível nacional interno.

## IX. Conclusão

As considerações tecidas acima tiveram como base muitos outros casos – entre outros, casos relacionados com medidas de coação policiais, mas também do direito dos refugiados ou do direito prisional. Eles são exemplos para se concluir que direitos básicos como a proibição da tortura ou as intimamente com esta ligadas proibições de tratamentos desumanos ou humilhantes ainda hoje têm repercussões muito significativas na legislação nacional.

Contudo, nem o Código Penal alemão nem o Código de Processo Penal alemão contém uma proibição *explícita* da tortura. Ainda assim, estes contêm normas que, de forma circunscrita, estabelecem exatamente aquilo que o art. 1.º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes vem estabelecendo no plano internacional desde 1984. Os exemplos também demonstram que é importante que os órgãos de investigação criminal e os agentes da polícia criminal se familiarizem com as práticas correntes e com a jurisprudência internacional. Só assim podem, no exercício das suas funções, fazer as decisões certas e eliminar práticas que violem abertamente o art. 3.º da CEDH.

---

104 BGH NJW 2005, 58, 59.