

A questão dos valores universais, diversidade e a prática da tortura

Margareth Anne Leister

margarethleister@uol.com.br

Professora do Programa de
Pós-Graduação (Mestrado) UNIFIEO.
Doutora em Direito Internacional pela
Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Recebimento do artigo: 03/11/2009

Aprovado em: 10/12/2009

Resumo

Este artigo trata dos direitos humanos e sua relação com os valores universais e com a diversidade cultural. O tema é analisado sob o enfoque dos dois modelos de ordem no Direito Internacional, em especial a positivação das normas acerca das especificidades culturais. A tortura é utilizada como estudo de caso, e discorreremos acerca da evolução da

questão posta nos tribunais internacionais e as alterações no pensamento filosófico recente.

Palavras-chave

Ordenamento Jurídico. Direitos Humanos. Relativismo Cultural. Filosofia Política. Tortura.

Universal values, diversity and the crime of torture

Margareth Anne Leister

Abstract

This essay deals with human rights and its relation with the universal values and cultural diversity. The subject is analyzed under the light of the two legal system models of order in the International Law especially the positivism of the rules about cultural specification. Torture is used as a point of study, as it is discussed during the evolution of the theme

before international courts and the changes on recent philosophical thinking.

Key words

Legal system. Human rights. Cultural relativism. Political philosophy. Torture.

Sumário

- Introdução.
- I Os valores universais.
- II A subjetividade da pessoa no Direito Internacional e a diversidade cultural.
- III A evolução da questão.
- IV Humano como valor versus humano como espécie.
- V A tortura no Direito Internacional.
- VII Alterações na visão de mundo do sistema jurídico.
- VIII Conclusão.
- Referências Bibliográficas.

Introdução

O cerne de nosso trabalho é a abordagem dos Direitos Humanos e dos valores universais nas culturas heterogêneas, a partir da institucionalização das relações internacionais e sua relação com a tradição, situando o debate sobre o universalismo como fator de evolução na interface entre direito, cultura e política.

Com a juridicização dos Direitos Humanos e a sua positivação na maior parte das Constituições atuais¹; deveria ser evidente a correlação com sua respectiva efetivação. Todavia, muitas são as dificuldades de aplicação das normas positivadas, pois sua implementação efetiva depende das competências jurisdicionais, nacionais e internacionais. Tal dicotomia põe em relevo as incompatibilidades entre os direitos declarados pelos instrumentos de direito internacional e aqueles direitos fundamentais positivados nos ordenamentos internos.

Nossa realidade jurídica, expressa na Carta Magna, consubstancia no rol dos direitos protegidos aqueles enunciados nos tratados internacionais, incluindo os direitos humanos, consagrando que os direitos e garantias nela expressos “não excluem

¹ Exemplo relevante é a China, onde os direitos humanos foram positivados na Constituição em 2004.

outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”;² ainda, a Constituição Brasileira adota a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que devem reger as relações internacionais, no Artigo 4º, II. Assim, ainda que o Brasil reconheça as fontes do direito internacional não codificadas (v.g., as normas emanadas por organizações internacionais, tais como as resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas), estas dependem de positividade, mediante tratados, convalidados pelos Poderes Legislativo e Executivo;³ ou não terão força cogente, vale dizer, mantêm a natureza meramente declaratória.

E como ficam os direitos já declarados e considerados “*jus cogens*” pelo Direito Internacional? Historicamente, a proteção dos direitos humanos, que antes cabia exclusivamente aos Estados, passa a ser compartilhada com a própria sociedade internacional. Fala-se em “humanização” dos conflitos armados desde as Conferências de Haia de 1899. Todavia, a pauta de políticas militares concentra-se na estratégia mais efetiva ao menor custo, sendo irrelevante a questão de o inimigo pertencer à humanidade.

Assim, o foco deste trabalho concentra-se em particular na relação entre os valores universais e a diversidade cultural. A primeira parte tratará da busca destes valores fundamentais como base dos chamados “Direito Humanos”, que continuam sendo o ideal de proteção ou de defesa da ordem social própria a todos os grupos. Para tanto, necessária a abordagem consoante os dois modelos de ordem no Direito Internacional, que coexistem num paradoxo: Westphalia, com seus traços interestatais característicos fundados no conceito horizontal de Estados-nação soberanos – e que consagra os princípios da territorialidade, soberania e autonomia; e Carta das Nações Unidas, cujo modelo de regulação supra-estatal das relações internacionais, visando a diluição dos cânones do paradigma estatocêntrico e a institucionalização de uma cidadania universal mediante os Direitos Humanos, mas que todavia não se afirmou.

Por fim, trataremos do caso específico da tortura, de forma a ilustrar a dicotomia entre a positividade, no âmbito interno e internacional, e a efetivação dos direitos humanos.

² Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º.

³ Ratificação e promulgação, respectivamente.

I. Os valores universais

Ainda que no pós-guerra o homem tenha sido categorizado desvinculado de sua nacionalidade, língua, cultura e etnia, a crença da existência de direitos incondicionais da pessoa humana, em decorrência de sua humanidade, e aquela que remete à existência dos direitos fundamentais como decorrência de qualificações tais como cidadania ou vínculos e títulos jurídicos, está enfraquecendo. Amartya Sen⁴ diz que o apelo moral contido na ideia de que “qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, independente da cidadania ou da legislação territorial, é titular de direitos mínimos, e os demais devem respeitá-los” é atraente aos herdeiros do humanismo. E, em meio a uma perplexidade iluminista, surge a pergunta acerca da origem destes direitos.

No âmbito de uma qualificação norteada pela imanência humanista, cuja legitimidade dos direitos passa por fontes materiais, pela humanização do divino e pelo secularismo, temos a instauração de valores tais como a dignidade da pessoa humana numa abordagem imanente. Uma parte do humanismo sustenta valores transcendentais, é certo. Porém, o vínculo entre todos os homens, a chamada “humanidade”, não constitui uma categoria do “sagrado”. Antes, é uma categoria alcançada mediante a imanência, legitimada “a posteriori”.

Para buscar uma resposta de alcance universal, temos a via do diálogo – a ver, as informações e as trocas de uma cultura à outra – e a via do aprofundamento, do retorno de cada um a sua própria cultura.

Desde a redação da Declaração Universal, em 1948, por René Cassin e Eleanor Roosevelt, a tradição dos direitos humanos é cimentada pelo pensamento eurocêntrico. E isso porque a concepção dos autores partiu do próprio ocidentalismo para a formatação daqueles direitos. Desde então, não se verificam trocas transculturais, em razão da fenomenologia da convivência na comunidade internacional, fenomenologia acrítica dos acontecimentos que marcaram o descritivismo do século XX.

O reconhecimento da existência de valores fundamentais, compartilhados e aceitos como obrigatórios pela comunidade internacional é pressuposto dos defensores do universalismo, ao passo que a posição pragmática entende pelo compartilhamento de interesses transcendentais. Os elementos divergentes consistem nas distinções na natureza e extensão dos direitos e obrigações, decorrentes da composição heterogênea da própria comunidade. Temos aqui as duas principais instâncias do Direito Internacional: sistema de regras e discurso legitimador de ideologias.

⁴ SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. **Philosophy and Public Affairs**. Fall 2004; 32, 4; Research Library Core, p. 315.

É preciso considerar que, para compararmos as tradições jurídicas ocidental e não-ocidental é necessária a devida ponderação da historicidade dos Direitos Humanos, e seu desenvolvimento não-linear, descontínuo, quer no oriente quer no ocidente. A imagem de mundo das antigas ciências humanas parece influenciar as concepções universalistas. Uma nova metafísica de fundamentos éticos e pragmáticos, ou seja, uma reflexão de ordem prática, privilegiando a verificabilidade dos resultados decorrentes de uma construção ética das verdades, reformulou a noção de valor universal. Trata-se do nexo entre Filosofia e herança judaico-cristã.

Immanuel Wallerstein, ao tratar dos valores que moldaram e legitimaram as dominações partidas dos centros colonizadores europeus, diz que a

luta entre o universalismo europeu e o universalismo universal é a luta ideológica central do mundo contemporâneo e o resultado será fator importantíssimo para determinar como será estruturado o sistema-mundo futuro, no qual entraremos nos próximos vinte e cinco a cinquenta anos.⁵

Já o trabalho de Charles Tilly⁶ constrói-se sobre a tarefa de explicar as relações entre o poder estatal e o uso da violência em larga escala, afirmando que a “guerra, extração e acumulação de capital interagiram para moldar a criação de Estados europeus”, sendo estes Estados classificados como “organizações portadoras da coerção” que possuem a última instância de poder sobre um território particular e sobre as pessoas que lá se encontram.

II. A subjetividade da pessoa no Direito Internacional e a diversidade cultural

Muita tinta já correu nos meios acadêmicos e nos meios de comunicação massivos em relação à justificativa para a transcendência do conceito de soberania pelos princípios dos Direitos Humanos, que pode ser resumida em duas posições:⁷ a universalista e a pragmática. Ocorre que a estrutura ideológica que é imposta às nações não-europeias fornece legitimação ao domínio econômico, passando supostos valores universais (tais como direitos humanos, democracia, meio ambiente e livre mercado), positivados pelo Direito Internacional. E esta estrutura de ideologias legitimadoras está em processo de transição.

⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu - a retórica do poder**. São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

⁶ TILLY, C. **Coercion, capital and European states**. Oxford: Blackwell, 1992.

⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice. **Virginia Journal of International Law** (2001-2002), Vol. 42, 81-162, p. 96-97.

O Direito Internacional está continuamente em conflito entre uma concepção estática, baseada nos valores da integridade territorial dos estados soberanos e uma concepção dinâmica, regida por valores humanitários supra estatais, conforme bem coloca Salcedo.⁸ Merece atenção a designação do processo de edificação da ordem internacional real que o Direito Internacional atualmente veicula, ainda sob os auspícios da modernidade ocidental, e que é devastador para as culturas e valores comunitários que lhe são antagônicos.

O pós-11 de setembro mostra que a razão de Estado ainda opõe-se à razão jurídica, motivo pelo qual parte do mundo ocidental prioriza políticas de segurança às liberdades públicas, na interface do antecedente com o conseqüente. O fundamento é, na hipótese de Ronnie D. Lipschutz,⁹ a forma de hegemonia política adotada pelos Estados Unidos (“Imperium”), priorizando uma visão doméstica e heterofágica em relação a tudo que é considerado diferente. Com o que, o mundo é visto como uma dicotomia entre os bons e os maus, sob o pressuposto de que a civilização ocidental é superior às demais porque é a única que se baseia nos valores e verdades universais. Aqui, o processo de legitimação e justificação do direito de intervenção e de ingerência é utilizado para subordinar o conceito de soberania e minar o princípio da não-intervenção. Doravante, é o princípio da responsabilidade coletiva da comunidade das nações que impera. E aqui, podemos referir o processo histórico descrito por Mann,¹⁰ no qual os governantes impõem restrições às liberdades individuais em troca de recursos econômicos e/ou proteção.

A própria identificação entre *eficácia* e *legitimidade*, a partir da qual todo poder se justifica na sua própria hegemonia, deve ser desfeita em favor dos ideais de justiça. Ou seja, as alterações da ordem deveriam ser efetivadas em nome de uma ordem considerada *justa* e não mais em nome de uma ordem *eficaz*. A própria significância reside na sua capacidade legitimadora. É quando os fins são elevados à verdade última, com fundamento na ética do iluminismo, que práticas opostas ao cerne do humanismo se tornam válidas e são legitimadas pela própria doutrina do humanismo. Uma só vida humana é sacralizada, ao tempo que a eliminação de milhares de pessoas é aceitável, desde que na defesa desta ideologia – salvaguardar a liberdade democrática e implementar os direitos humanos.

⁸ SALCEDO, C. **Derechos humanos y globalización:** entre la retórica y la realidad, I Curso de Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares, 2000.

⁹ LIPSCHUTZ, R. **The clash of governmentalities:** the fall of the UN Republic and America’s reach for imperium. University of Sussex, 2002.

¹⁰ MANN, M. **The sources of social power I:** a history of power from the beginning to A.D.1760. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 112.

Assim, os revolucionários podem ser categorizados como jusnaturalistas, pois creem que a sua revolução significa a realização de valores absolutos porque *universais e necessários, apresentando-nos uma metafísica dogmática*. Adorno lança a afirmação de que o cidadão é tolerante, e continua a consideração nos termos de que o amor dos homens tal como eles são nasce do ódio que têm pelo verdadeiro homem.¹¹

As violações de Direitos Humanos são categorizadas segundo critérios distintos e estranhos ao cerne da questão, tais como a complacência para com os amigos e sua negociação pelos objetivos de desenvolvimento econômico. A linguagem passa do teológico para a filosofia secular: a justificativa da evangelização é substituída pela lógica dos direitos humanos, sendo que a violação destes direitos tem sido regularmente invocada como propaganda de um governo para condenar outro. É a lógica de Gines de Sepúlveda: o dever dos civilizados de suprimir a barbárie, mesmo utilizando a tortura. Wallerstein aponta que

A história do sistema-mundo tem sido, em grande parte, a história da expansão dos povos e dos Estados europeus pelo resto do mundo.(...) Na maioria das regiões do mundo, essa expansão envolveu conquista militar, exploração econômica e injustiças em massa. Os que lideraram e mais lucraram com ela justificaram a seus olhos e aos olhos do mundo com base no bem maior que representou para todos os povos. O argumento mais comum é que tal expansão disseminou algo invariavelmente chamado de civilização ou progresso. Todas essas palavras foram interpretadas como expressão de valores universais, incrustados no que se costuma chamar de lei natural.¹²

Às violações da ordem do universalismo europeu, o mundo jurídico responde com o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, todavia, não soluciona os choques culturais e o choque entre política e cultura. O fim do isolamento da Europa e o contato com civilizações africanas e asiáticas, ocasionados pela Revolução Comercial, resultou na expansão dos Estados europeus pelo resto do mundo, disseminando algo invariavelmente chamado de civilização, crescimento e desenvolvimento econômico ou progresso.

No que refere às especificidades culturais, é apenas em outubro de 2005 que surge no direito internacional positivo a Convenção da UNESCO sobre a diversidade cultural,¹³ que afirma que todas as culturas têm a mesma dignidade (a defesa

¹¹ ADORNO, Theodor. **Minima moralia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.

¹² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu** - a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007, p 29.

¹³ Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade Cultural. Dos 154 Países representados na Conferência (Paris), 148 votaram a favor, tendo havido dois votos contra (Estados Unidos e Israel) e quatro abstenções (Austrália, Nicarágua, Honduras e Libéria). Foi ratificada pelo Brasil em 2007.

de todas as culturas é “um imperativo ético inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”). Em seu bojo, verifica-se uma natureza declaratória que deixa de apontar a ponderação de valores. Os objetivos declarados e convencionados são: a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais; a criação de condições para que as culturas floresçam e interajam livremente em benefício mútuo; o encorajamento do diálogo entre culturas a fim de assegurar intercâmbios culturais mais amplos e equilibrados no mundo, em favor do respeito intercultural e de uma cultura da paz; o fomento da interculturalidade de forma a desenvolver a interação cultural, no espírito de construir pontes entre os povos; a promoção do respeito pela diversidade das expressões culturais e a conscientização de seu valor nos planos local, nacional e internacional; a reafirmação da importância do vínculo entre cultura e desenvolvimento para todos os países, especialmente para países em desenvolvimento, e encorajar as ações empreendidas no plano nacional e internacional para que se reconheça o autêntico valor desse vínculo; o reconhecimento da natureza específica das atividades, bens e serviços culturais enquanto portadores de identidades, valores e significados; a reafirmação do direito soberano dos Estados de conservar, adotar e implementar as políticas e medidas que considerem apropriadas para a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais em seu território; e o fortalecimento da cooperação e a solidariedade internacionais em um espírito de parceria visando, especialmente, o aprimoramento das capacidades dos países em desenvolvimento de protegerem e de promoverem a diversidade das expressões culturais. No corpo da Convenção, sob título “Direitos e Obrigações das Partes”, verifica-se a ausência de deveres, e uma profusão de permissões consoante a discricionariedade dos Estados-membros (“cada Parte poderá adotar medidas”; “tais medidas poderão incluir”; “as Partes procurarão criar em seu território”; “as Partes procurarão fortalecer sua cooperação bilateral, regional e internacional”; “as Partes envidarão esforços para integrar a cultura nas suas políticas de desenvolvimento”; *et al.*).

Percebe-se, no direito convencional, que os critérios universais de validade e a revalorização do particular e do local se apresentam como um dos traços definidores da pós-modernidade.

III. A evolução da questão

Enquanto a positivação dos Direitos Humanos institui princípios estáveis – ainda que dependam da hermenêutica –, a tópica é necessariamente evolutiva. A oposição estática-dinâmica deve ser ponderada em razão das interações entre os textos

convencionais e unilaterais e a jurisprudência das cortes internacionais, que fazem os Estados admitirem as questões postas.

O método tópico, desenvolvido por Theodor Viehweg¹⁴ a partir da tópica aristotélica, remete ao caráter prático da interpretação constitucional, consistindo numa técnica de interpretar as questões valendo-se dos *topoi*. O arsenal de ideias da tópica doutrinal e jurisprudencial é dotado de uma autoridade especial no caso dos Direitos Humanos no âmbito internacional, derivando valores declarados e concretizados. Veja-se João Maurício Adeodato:¹⁵

(...) é um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas, em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, partes), os quais parecem crer que a decisão do caso concreto de fato é produzida pela norma geral prévia enunciada pelo sistema(...)

Mesmo se eles são fundamentais, os Direitos Humanos deveriam funcionar como processos transformadores na aproximação das diferenças, sendo os conceitos fundados num valor universal, irrelevantes na determinação a priori de respostas nos processos de compatibilização. E, por conseguinte, podemos afirmar que compete ao Judiciário, interno ou internacional, promover e concretizar o direito, como ciência emancipativa e garantidora dos direitos humanos declarados, ou o Direito como forma de construção responsável de realidades.

O chamado “movimento de reconstrução dos direitos humanos” tem por objetivo a proteção do ser humano, firmando no sentido de que o tema é de interesse universal. Com o que, o homem é categorizado enquanto substância, desvinculando as demais categorias, tais como nacionalidade, língua, religião, cultura e etnia. Por consequência, sua proteção deveria ser compartilhada na chamada sociedade internacional.

Temos, aí, duas questões: a declaração de fatores “universais” ou “universalizáveis” e a sua concretização mediante políticas públicas e jurisdição compulsória. As políticas públicas, à falta de uma ‘governança global’ ou de um ente supranacional, devem, necessariamente, ser desenvolvidas no âmbito interno, com o aparelhamento dos Estados e a internalização das normas relativas ao amplo tema “direitos humanos”. Aqui, o discurso universalista é a justificativa principal para as políticas, sob o fundamento de a civilização ocidental ser superior às demais, por se orientar por valores e verdades universais.

¹⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 262.

Já a concretização mediante o exercício de poder jurisdicional derivado de jurisdição compulsória, poderá ser implementada nacional e internacionalmente.

Por ora, os sistemas internacionais de proteção nos âmbitos regional e global – tais como a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, Cortes Regionais de Direitos Humanos e Tribunais internacionais, atuam de forma complementar, interagindo com as ordens normativas nacionais e seus respectivos tribunais. Apenas alguns dentre os instrumentos normativos internacionais permitem o acesso direto dos indivíduos à justiça internacional, e o acesso não é pleno em nenhuma das Cortes em funcionamento. Nesse contexto, destaca-se a Corte de Justiça Centro-americana, também conhecida como Corte de Cartago, que funcionou de 1907 a 1917 e garantia a capacidade processual individual ativa.¹⁶ Todavia, vários tribunais conferem legitimidade passiva aos indivíduos, na tradição das Cortes marciais. É o que ocorreu no Tribunal de Nuremberg, nos Tribunais ‘ad hoc’ para a ex-Iugoslávia e Ruanda, e no Tribunal Penal Internacional.

Com a extensão dos direitos individuais e sua positivação em ordenamentos jurídicos de tradição distinta, as concepções fundantes estão não só tradicionalmente enraizadas, mas também inscritas nas normas jurídicas dos diversos grupos que compõem a dita humanidade. A título de exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos pronunciou-se acerca de aborto¹⁷ considerando que seria juridicamente “delicado”, nesses casos relacionados à vida, impor uma harmonização às legislações nacionais europeias, em razão da ausência de consenso ou de uma moral única. Por fim remeteu à legislação dos Estados-membros, conferindo-lhes a competência legislativa e jurisdicional. Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja Convenção (Pacto de San Jose) protege a vida, em geral, a partir da concepção, considera que o aborto terapêutico previsto em legislação interna não constitui violação às obrigações assumidas no âmbito internacional.

Convém notar que nenhum dos instrumentos jurídicos internacionais proclama o direito à vida um valor absoluto: há exceções (pena de morte, legítima defesa) e lacunas (aborto, eutanásia). O Tribunal de Nuremberg, em 1945, aplica a pena de morte prevista em seu Estatuto. Após, a Declaração Universal de 1948 não a proíbe no capítulo referente ao direito à vida.

Questiona-se se o direito à vida está sob o império dos direitos subjetivos exclusivamente no plano individual ou não, delimitando a autonomia da pessoa. Qualquer questão material acerca da vida não encontra uniformidade, em razão da

¹⁶ Apenas um, dentre os 5 casos apresentados, foi a julgamento: Alejandro Bermúdez Núñez contra Costa Rica, que decidiu a favor da Costa Rica.

¹⁷ V. CEDH, *Affaires Vo c. France*, 08/07/2004.

diversidade cultural. Sequer as descobertas científicas e das novas tecnologias que as acompanham são universalizáveis. Evidentemente, qualquer desacordo cultural deriva das concepções que foram fortemente enraizadas na história de cada povo.

IV. Humano como valor *versus* humano como espécie

A conquista europeia nas Américas ensejou os primeiros argumentos e debates que conduziram o processo de construção dos valores do universalismo europeu. A consequência, ou seja, o desaparecimento de mais de 90% dos autóctones a partir desta conquista foi então analisado por Las Casas. Desde a “questão de Valladolid” - quem detém o direito de intervir, em que momento e como? -, o que importa não é saber se os índios são humanos, mas sim definir o que é humano e afastar os indesejáveis desta categoria. A História contribui com uma perspectiva comparativista, e ainda demonstra que, desde a Antiguidade, as práticas de extermínio do “outro” são ancestralmente utilizadas como prolongamento da Política. Veja-se em Tucídides e Diodoro. E Wallerstein atualiza a questão, apontando que o discurso universalista foi o fundamento para a intervenção da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) na Bósnia e a invasão do Iraque.

O próprio humanismo pretendia que os valores em conflitos passariam a ser resolvidos mediante uma argumentação racional. Todavia, o que temos é que a modernidade mostrou-se na mais violenta época registrada na história. Foi no ponto mais alto da modernidade que a noção de etnocídio (morte enquanto meio para alcançar algum objetivo) evoluiu para a de genocídio (morte enquanto objetivo) por ocasião na 2ª guerra, quando Raphael Lemkin denominou o “crime sem nome” referido por Winston Churchill. A adoção da Convenção de 1948 criou uma categoria de análise histórica para esta gama de ações, que só foi definida como Crime de Estado por Pieter N. Drost.

Foi em 1950 que a Comissão de Direito Internacional declarou que os crimes contra a humanidade não são relacionados aos crimes de guerra, momento no qual os crimes contra a humanidade se tornaram uma categoria própria de crimes internacionais e que se aplica em tempos de paz e em tempos de guerra. Como bem colocou Carl Schmitt, “Os conceitos de aliado, inimigo e combate recebem seu significado real precisamente porque se referem à possibilidade real da matança física. A guerra deriva da animosidade. A guerra é a negação existencial do inimigo”.¹⁸

¹⁸ SCHMITT, C. **The concept of the political**. Chicago: Chicago University Press, 1996, p. 33.

Em nome da luta do bem contra o mal, a guerra contra o terrorismo relançou a questão da desumanidade de certos entes.¹⁹ No caso da tortura, há considerações de que certas representações da humanidade não se encaixam no conceito de “humano”, para os fins do direito humanitário e até mesmo para os direitos humanos. A incerteza jurídica emerge quando se põe em questão, como alguns começam a fazer, a própria noção de “humano”. Há uma perspectiva separatista em relação aos crimes contra a humanidade: o humano como valor versus o humano como espécie, numa leitura moral e axiológica da humanidade. Neste contexto, a atualidade dos particularismos de Bentham, que diz:

quanto mais a proposição é extensiva, mais consumado será o conhecimento, mais requintada a habilidade, requisitos indispensáveis para confiná-la em uma pálida verdade [...] Quanto mais abstrata - ou seja, quanto mais extensa é a proposição, mais susceptível de se tornar uma falácia.

Daí, passa à seguinte proposição: “direitos naturais são nonsense: direitos naturais e imprescritíveis – frase americana – são mera retórica”.²⁰

V. A tortura no Direito Internacional

No plano internacional, a Comissão sobre Responsabilidade dos Autores da Guerra e Aplicação de Penas (*Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*) reconheceu a tortura como crime contra a humanidade em 1919, no “Informe da Comissão da Conferência de Paz.” Após a Segunda Guerra, as Nações Unidas e outros órgãos do sistema internacional e regional encarregados da proteção dos direitos humanos reconheceram o direito a não ser torturado como norma de *jus cogens*, antes da entrada em vigor da norma convencional.

Na atualidade, temos a Convenção de Genebra, que qualifica a tortura como crime contra a humanidade; o pacto da Declaração Universal, e o de 1966 sobre os direitos civis e políticos; a Carta Africana de DH (artigo 5º), a Convenção Europeia (artigo 3º), Convenção Interamericana (artigo 5º). O crime de tortura, no DIP (Convenção de 1984), é atribuído apenas a agentes estatais. Pela sua própria natureza, os crimes contra a humanidade e o genocídio são produtos de políticas estatais. Assim, os grupos e redes não estatais poderiam ser incriminados ou até mesmo julgados?

¹⁹ Ver, a propósito, Karen J. GREENBERG. **The torture debate in America**. Cambridge: Cambridge, 2006.

²⁰ BENTHAM, Jeremy . **Anarchical Fallacies**; Being in a Examination of the Declaration of Rights issued during French Revolution, texto original, 1792, disponível em <http://www.law.georgetown.edu/faculty/lpw/documents/Bentham_Anarchical_Fallacies.pdf>

De forma específica, temos a Convenção das Nações Unidas para prevenção e repressão da tortura, de 1984, que assim tipifica a tortura: a) dor e sofrimento agudo, físico ou mental, causado por um agente no exercício de função pública, ou uma pessoa agindo a título oficial, ou sob sua instigação ou com seu consentimento, com a intenção de infligir esta dor e com o objetivo de obter da vítima informações ou confissão, ou de puni-la por um ato que cometeu ou se suspeita que cometeu, seja o de intimidá-la ou fazer pressão sobre ela.

Alguns princípios do Direito Internacional, mesmo quando não são positivados nos direitos internos dos Estados, são fonte de obrigações aplicáveis a todos os Estados. É o caso do chamado “*jus cogens*” (direito cogente). Assim, ao par do direito convencional, pode se dizer que a proibição da tortura é considerada como norma de “*jus cogens*”, norma imperativa que deve se impor aos Estados em qualquer circunstância.

A última referência relevante é no Estatuto de Roma, que também incorpora a tortura como crime contra a humanidade em seu artigo 7:

Para os fins do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos seguintes atos quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque: (...) (f) Tortura; (...) Por “tortura” entende-se infligir intencionalmente dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, a um indivíduo que o acusado tenha sob sua custódia ou controle; não se considerará como tortura dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções lícitas ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A posição dos tribunais internacionais dá outras qualificações à prática da tortura. O Tribunal *ad hoc* para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia (ICTY) aponta para a tortura como uma forma agravada de maus-tratos.²¹ No caso “Prosecutor v. Furundžija,”²² o Tribunal afirma:

Devido à importância dos valores que protege, [a proibição da tortura] é uma norma peremptória de *ius cogens*, ou seja, é uma norma que está elevada na hierarquia internacional do que o direito dos tratados e, inclusive, do que as regras consuetudinárias “ordinárias”. A consequência mais notável desta hierarquia é que o princípio em questão não pode ser derogado pelos Estados mediante tratados internacionais ou costumes locais ou especiais ou até regras consuetudinárias gerais que não detenham a mesma forma normativa.²³

²¹ Ver caso *Celebici*, 16/11/1998; caso *Krnjelac*, 15/03/2002.

²² Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, 10/12/1998, disponível em inglês no sítio <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

²³ Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even “ordinary” customary rules. The most conspicuous consequence of

Já a jurisprudência da Corte de São José estende o conceito de tortura aos casos de desaparecimento forçado, à família e aos próximos da vítima, que são considerados como vítimas de tratamento desumano ou degradante, em decorrência de viver com um sentimento de desintegração familiar, de angústia e de impotência diante da abstenção das autoridades, na investigação com diligência e celeridade das denúncias de desaparecimento (ver casos “Crianças de rua contra Guatemala” e “Serrano Cruz contra Salvador”, 19/11/1999 e 1º/03/2005).

Ainda no âmbito regional, a Corte Europeia condenou o Reino Unido, em 1989, por conceder extradição a um país que aplica a pena de morte (Estados Unidos), estendendo o alcance do art. 3º (tratamento desumano e degradante) à pena de morte, com base no princípio da dignidade. Em 2000, a Corte Europeia condenou a Turquia por ter deferido a expulsão para o Irã, onde a requerente sofreria a pena de morte por lapidação, prevista pelo Código Penal iraniano. Todavia, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que interpreta o Pacto de 1966, se recusa a qualificar a pena de morte como tratamento desumano ou degradante.

No âmbito do direito interno dos Estados, a Corte Suprema dos Estados Unidos, em outubro de 2007, no caso *Masri* (US SC, 9 out. 2007, nº 06-1613), foi chamada a decidir sobre um alemão de origem libanesa, sequestrado ao final de 2003, durante suas férias na Macedônia e enviado a uma prisão no Afeganistão. Foi proposta nos Estados Unidos ação com base na lei “Alien Tort Claims Act”, que permite a apuração de violações de Direitos Humanos onde quer que tenham sido cometidas. O juiz federal decidiu pela não admissibilidade da demanda, em nome do segredo de Estado, e a Corte Suprema confirmou a inadmissibilidade (9 de outubro de 2007). Todavia, é de se lembrar que, em outubro de 1994, os Estados Unidos aderiram à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

De se rememorar a decisão da *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit*, no caso “*Filártiga v. Peña-Irala*”, de 1980²⁴, que declarou que a tortura, deliberadamente perpetrada ao amparo de cargo oficial, viola normas universalmente aceitas do Direito Internacional, sendo indiferente qual seja nacionalidade das partes:

No século XX, a comunidade internacional reconheceu o perigo comum do flagrante desconhecimento dos direitos humanos básicos e, em particular, do direito a não ser torturado. As nações civilizadas, em razão da Primeira Guerra e depois da Segunda Guerra, se juntaram no esforço para prescrever normas de conduta aceitáveis no âmbito

this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force.

²⁴ Excertos da Sentença no *American Journal Int'l Law*, 78, p. 677, disponível em inglês no sítio <http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/filartiga-630F2d876.html>.

internacional. Das cinzas da Segunda Guerra surgiu a Organização das Nações Unidas, com a esperança de que uma era de paz e de cooperação houvera surgido. Ainda que a maior parte das aspirações tenham restado como metas, esta circunstância não pode ser utilizada para diminuir o avanço verificado. Na idade moderna, combinam-se considerações de caráter prático e humanitário para que as nações do mundo reconheçam que o respeito aos direitos humanos fundamentais é interesse individual e coletivo. Entre os direitos universalmente proclamados pelas nações está o direito de não ser fisicamente torturado. E para efeitos de responsabilidade civil, o torturador se converteu - como antes eram considerados o pirata e o traficante de escravos - em 'hostis humanis generis', ou seja, num inimigo do gênero humano.²⁵

Já no caso "Siderman v. Argentina",²⁶ de 1992, a corte do *United States Court of Appeals, Ninth Circuit*, assim colocou a questão: "o direito de não ser torturado por pessoas no exercício de funções públicas é um direito fundamental e universal, um direito meritório da mais elevada condição no Direito Internacional, uma norma de 'ius cogens'".²⁷

Voltando ao ICTY, temos a seguinte posição:

O fato de a tortura ser proibida por uma norma peremptória de Direito Internacional produz efeitos no plano interestatal e no plano individual. No plano interestatal, deslegitima qualquer ato judicial, administrativo ou legislativo que autorize a tortura. Carece de sentido a argumentação de que, em razão do *jus cogens*, qualquer norma costumeira ou convencional que permita a tortura seria nula *ab initio*, e então se omitir em relação medidas de direito interno autorizando tortura ou absolvendo os seus perpetradores com leis de anistia. (...) Resumindo, ainda que seja possível que a prática da tortura seja amparada por medidas legislativas ou judiciárias que afastem o princípio que a proíbe no direito interno, os indivíduos continuam vinculados ao princípio.²⁸

²⁵ "In the twentieth century the international community has come to recognize the common danger posed by the flagrant disregard of basic human rights and particularly the right to be free of torture. Spurred first by the Great War, and then the Second, civilized nations have banded together to prescribe acceptable norms of international behavior. From the ashes of the Second World War arose the United Nations Organization, amid hopes that an era of peace and cooperation had at last begun. Though many of these aspirations have remained elusive goals, that circumstance cannot diminish the true progress that has been made. In the modern age, humanitarian and practical considerations have combined to lead the nations of the world to recognize that respect for fundamental human rights is in their individual and collective interest. Among the rights universally proclaimed by all nations, as we have noted, is the right to be free of physical torture. Indeed, for the purposes of civil liability, the torturer has become, like the pirate and the slave trader before him, *hostis humani generis*, an enemy of all mankind".

²⁶ Disponível em inglês no sítio <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/965/965.F2d.699.85-5773.html>

²⁷ "We conclude that the right to be free from official torture is fundamental and universal, a right deserving of the highest status under international law, a norm of *jus cogens*."

²⁸ *Prosecutor v. Furundzija*, Case No. IT-95-17/1-T, 10/12/1998, disponível em inglês no sítio <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf> : "The fact that torture is

VI. Alterações na visão de mundo do sistema jurídico

Há uma diferença entre a filosofia dos Direitos Humanos, que defende o indivíduo contra o risco de práticas arbitrárias do poder, sendo a liberdade a essência dos Direitos Humanos; e a filosofia da humanidade, que pressupõe o reconhecimento do pertencimento de todos a uma mesma comunidade inter-humana, não somente interestatal, e protegê-los contra uma autonomia reivindicada por outros indivíduos, sendo a dignidade a essência da humanidade. Aqui, os seres humanos são todos humanos e dignos de sê-lo.²⁹

Nesta esteira, o artigo primeiro da Declaração da UNESCO sobre o genoma humano qualifica o genoma da seguinte forma: “O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade.” Assim, o genoma é qualificado como o que sustenta a unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e sua diversidade. Já o filósofo alemão Peter Sloterdijk diz que “as fantasias de seleção biopolítica têm a importância das utopias de justiça”.³⁰

Paradoxalmente, a era moderna - mais que qualquer outra anterior - proclamou a dignidade, a emancipação e a liberação do ser humano como seu valor central fundamental. As ordens constitucionais modernas, herdeiras que são do Iluminismo, invocam as idéias de razão, humanidade, igualdade, justiça, dignidade e liberdade como princípios auto-evidentes. Veja-se o preâmbulo da constituição dos Estados Unidos: “Nós temos como verdades auto-evidentes que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador com certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Ocorre que, em decorrência da razão de Estado, temos que os Estados Unidos fomentam a prática de transferência de presos para territórios onde a tortura não é proibida.³¹ Segundo Bassibagana,

prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. (...) In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle.”

²⁹ EDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine: un concept nouveau. In: **La dignité de la personne humaine**, dir. M.L. Pavia et Th. Revet, Economica, 1999, p. 28-29.

³⁰ SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**. Fayard, 2000.

³¹ RAMONET, Ignacio. Adieu libérés. **Le monde diplomatique**, janeiro de 2002.

esta prática reflete a globalização do degradante e inumano, e é um indicativo do retorno à barbárie. Um dos indicativos é a fetichização da expressão “dignidade da pessoa humana”,³² que se tornou uma invocação encantatória e um recurso que perdeu sua eficácia original até mesmo nas democracias mais estáveis³³, onde atualmente se discute a licitude e oportunidade da prática da tortura e a legitimação ou pretensões de legitimidade da prática. O Humanismo, como palavra e projeto, tem a Barbárie como oposto. Babissagana,³⁴ em seu ensaio contra a tortura, apresenta a reflexão acerca da natureza da inviolabilidade da pessoa humana: seria uma norma ética absoluta ou uma norma política de aplicação variável consoante os interesses atuais? Ao identificar a relativização da interdição à prática da tortura, aponta para a desvalorização progressiva das justificativas para a interdição absoluta. Por fim, e na esteira de Lévi-Strauss, ele sugere que o universalismo da proibição da tortura seria uma “proibição antropológica primordial eminentemente instituinte”.

Continua válida a questão: “Por que os seres racionais modernos, socializados em um ambiente que abomina o sacrifício de vidas humanas, toleram e muitas vezes apóiam tacitamente o assassinato do semelhante em larga escala?”

Trazendo a distinção de Mann³⁵ entre formas imanentes e transcendentais, temos que as ideologias transcendentais correspondem a doutrinas universalistas, capazes de gerar uma base de apoio que transcende as instituições existentes. Já as ideologias imanentes referem-se a um conjunto de crenças e valores aptos a reforçar a solidariedade entre as organizações de poder existentes. Aqui, o impacto das ideias geradas na Revolução Francesa sobre os Estados europeus foi muito menor que aquele que consta dos livros, mas o poder da religião está em declínio. E como bem falou Dostoiévski, pelos lábios de Ivan Karamazov, se Deus está morto tudo é permitido.

Historicamente, os direitos humanos são um escudo contra os excessos potenciais do direito penal, limitando a intervenção do ponto de vista normativo. As penas consideradas desumanas ou degradantes são incompatíveis com o princípio da dignidade humana. Já para o caso de manutenção no poder, “O inimigo político não precisa ser moralmente maligno ou esteticamente feio; (...) mas ele é, ainda

³² Especificamente, ver WALDRON, Jeremy. Cruel, inhuman, and degrading treatment: the words themselves. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper** no. 08-36, New York: New York University of Law, nov.2008.

³³ Como exemplo, o *USA Patriotic Act*, adotado pelo Congresso estadunidense em 25 de outubro de 2001.

³⁴ BABISSAGANA, Emmanuel N. **L’interdit de la torture en procès?** Bruxelas: Fac. Univ. Saint-Louis, 2006

³⁵ MANN, M. **The dark side of democracy: explaining ethnic cleansing.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 30.

assim, o outro, o estrangeiro; (...) existencialmente algo diferente e alheio, de forma que em casos extremos, conflitos com ele são possíveis”³⁶ O estranho é que ideias como humanidade e civilização permitem aos atores “usurpar um conceito universal de seu oponente militar”³⁷ e tratá-lo como algo fora das regras da humanidade. Ou seja, tratá-los como uma categoria que não possui lugar na humanidade.

VII. Conclusão

A visão de que somente por intermédio da cultura europeia seria possível alcançar um estágio superior da evolução humana é uma afirmação da retórica dos dominadores, que se utiliza de valores ditos universais, dos quais se consideram portadores e agentes. Em razão do Iluminismo, pode-se dizer que houve um consenso filosófico no sentido de que o processo civilizatório da modernidade implicava a diminuição da brutalidade coletiva. O que se vê é a recusa à desumanização (tortura, penas ou tratamentos desumanos etc.), que se inscreve na confluência de dois processos: da humanização em torno de uma só espécie, e da diferenciação de culturas que caracteriza a humanização, dentro de uma lógica de justificação discursiva. Apesar da proibição pelo Direito Internacional e por vários ordenamentos jurídicos internos, a tortura existe, inclusive como instrumento de consecução da razão de Estado. Para legitimar a interdição da prática da tortura, os ordenamentos – paradoxalmente – se fundamentam no princípio da dignidade da pessoa humana.

Até o momento, a ordem universal proposta não solucionou as contradições entre o ser e o dever-ser, apontando o direcionamento do Direito como meio de tutelar interesses, desconstituindo sistemas e subsistemas e demonstrando a vulnerabilidade do ordenamento jurídico. Ao passo, as descobertas científicas e as novas tecnologias obrigam à interrogação de ordens que, até então, pareciam imutáveis.

³⁶ SCHMITT, C. **The concept of the political**. Chicago: Chicago University Press, 1996, p. 27.

³⁷ SCHMITT, C. **The concept of the political**. Chicago: Chicago University Press, 1996, p. 54.

Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADORNO, Theodor. **Mínima moralia** 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.
- BABISSAGANA, Emmanuel N. **L'interdit de la torture en procès?** Bruxelas: Fac. Univ. Saint-Louis, 2006.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice. **Virginia Journal of International Law**, (2001-2002), Vol. 42, 81-162.
- BASSIOUNI, M. Cherif. The normative framework on international criminal law: overlaps, gaps, and ambiguities in contemporary international law. **International Criminal Law** ch. 4.8, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. **Anarchical fallacies**. Being an examination of the declaration of rights issued during french revolution, texto original, 1792, disponível em <http://www.law.georgetown.edu/faculty/lpw/documents/Bentham_Anarchical_Fallacies.pdf>
- EDELMAN, Bernard. La dignité de la personne humaine: un concept nouveau, **La dignité de la personne humaine**, dir. M.L. Pavia et Th. Revet, Economica, 1999.
- GREENBERG, Karen J. **The torture debate in America**. Cambridge: Cambridge, 2006.
- LEHALLE, Sandra. La torture: un cas d'école de la tension difficile entre universalisme et relativisme. **Monde Commun**, 1, 2, automne 2009.
- LIPSCHUTZ, R. **The clash of governmentalities**: the fall of the UN Republic and America's reach for imperium. University of Sussex, 2002.
- MANN, Michael. **The dark side of democracy**: explaining ethnic cleansing. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MANN, Michael. **The sources of social power I**: a history of power from the beginning to A.D.1760. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- RAMONET, Ignacio. Adieu Libertés. **Le monde diplomatique**, janeiro de 2002.
- SALCEDO, C. **Derechos humanos y globalización**: entre la retórica y la realidad, I Curso de Derecho Internacional y Europeu de los Derechos Humanos. Universidad de Alcalá de Henares, 2000.
- SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- SEN, Amartya. Elements of a theory of human rights. **Philosophy and Public Affairs**; Fall 2004; 32, 4; Research Library Core.
- TILLY, Charles. **Coercion, capital and european states**. Oxford: Blackwell, 1992.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).
- WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu** - a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.