

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

A&C

REVISTA DE DIREITO
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzo • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

40

Edição Especial

10 anos

A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 40	p. 1-336	abr./jun. 2010
------------------------------------------------	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidade de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Imprescritibilidade dos crimes de tortura*

Celso Antônio Bandeira de Mello

Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-SP. Professor Emérito da mesma Universidade.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo demonstrar a imprescritibilidade dos crimes contra a tortura no ordenamento jurídico brasileiro, com supedâneo dos princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988 e nos direitos humanos tutelados por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Imprescritibilidade. Crimes de tortura. Direitos humanos.

1 Um dos cinco declarados fundamentos da República Federativa do Brasil é o da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III); outro deles é o da cidadania (inciso II). Acresce que entre os objetivos fundamentais da República arrolados na Constituição o primeiro é o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I). De seu turno, o artigo 4º dispõe que nas relações internacionais o Brasil se rege, conforme o inciso II, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”.

Recorde-se que são expressivos de tais direitos, os mencionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, pela Resolução nº 217 (III), em 10.12.1948, e nesta mesma data firmada pelo Brasil, de acordo com cujo art. 5º: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

2 Será difícil encontrar algo mais agressivo à dignidade da pessoa humana e à cidadania e, pois, mais agressivo a dois dos fundamentos da República, do que a tortura. Igualmente, não se concebe o que possa ser mais contraditório a uma sociedade livre, justa e solidária, do que causar deliberadamente os piores sofrimentos físicos e ou morais a uma pessoa. Também nunca se diria estar pautado pela prevalência dos direitos humanos, uma conduta que colocasse a salvo de punição comportamentos tais como os mencionados. Tudo isto para não se falar das disposições expressas no art. 5º, incisos III e XLIII, segundo os quais,

* Publicado anteriormente em: SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009. cap. 6, p. 136-140. ISBN 978-85-7700-218-4.

respectivamente: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura...”.

Eis, pois, que não pode padecer a mais remota, a mais insignificante, dúvida de que a tortura representa a antítese dos valores básicos que a Constituição Brasileira professa enfaticamente. Donde, prestigiar a impunidade de torturadores é uma contradição radical e óbvia aos princípios essenciais do Estado Brasileiro. Assim, *prima facie*, pode-se dizer que reputar anistiados crimes caracterizados por tão evidente monstruosidade corresponderia a um cabal ilogismo. Certamente implicaria ofensa manifesta à Constituição do País entender livres de sanção indivíduos que, por haverem praticado crimes desta espécie, se denunciaram como seres situados no limiar do humano e confinantes com o diabólico.

3 Não se diga, em desabono de tais considerações que os torturadores da ditadura militar foram anistiados pela lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, cujo artigo 1º concedeu tal benefício a todos os que praticaram crimes políticos ou conexos com estes, entendendo-se como conexos, a teor de seu §1º, os com eles relacionados ou praticados por motivação política.

Desde logo, não faz sentido aceitar que os mesmos patrocinadores da tortura se autoanistiem, pois, à época da lei da anistia os fatores de uma redação pretensamente pacificadora, capaz de tentar colocá-los a salvo de qualquer responsabilização, ainda desfrutavam de grande poder, podendo então impor os termos que melhor lhes conviessem. Em segundo lugar, mesmo o teor da lei da anistia não lhes pode aproveitar irrestritamente. É que, como disse Carlos Maximiliano, sumo mestre brasileiro de interpretação:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. (Interpretação e aplicação do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Livraria do Globo, 1933. p. 183)

Estuprar, matar, desintegrar física ou moralmente uma pessoa em lugar nenhum da terra pode ser entendido como um crime político. Trata-se evidentemente de um ato abjeto, infra-humano, inconfundível, mesmo para pessoas de inteligência muito apoucada, com uma conduta política ou suscetível de ser juridicamente havida como animada por móvel político.

Que é política? Independentemente das variações conceituais ou definitórias dela, por certo concordarão todos que se trata de noção vinculada à ideia de governo de organizações, grupos, empresas ou sociedades. Acaso, em raciocínio são, honesto e sobretudo encartado em um tempo histórico refratário a primitivismos brutais, cabe considerar a tortura como veículo apto a exprimir um móvel político?

Associar móvel político à tortura, como algo suscetível de estar conexo, é rebaixar a ideia de política a um nível incompatível com o momento atual e, pois, inaceitável do ponto de vista exegético, até porque toda interpretação se faz ao lume da época em que é efetuada e não ao lume de algum outro momento da História.

4 Acresce que nenhuma interpretação pode fazer “tabula rasa” dos princípios gerais de direito vigentes. É que estes, como disse Eduardo Garcia de Enterría, “son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones”(Curso de derecho administrativo, obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández. Reimpr. da 3. ed. Madrid: Civitas, 1981. v. I, p. 400, os destaques são nossos).

Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: tais princípios “se infiltram no ordenamento jurídico de cada momento histórico” e traduzem “o mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira”, são “asteses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado”, conquanto não se achem expressadas em texto legal específico (Princípios gerais de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1, p. 420-421). Pode-se, à vista das lições transcritas, concluir que princípios gerais de direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não porém como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento.

Sendo assim, parece óbvio que jamais se poderia interpretar um texto normativo, atual ou antigo, mas cujos efeitos devam ocorrer no presente, prescindindo das imposições resultantes dos princípios gerais de direito residentes em dado sistema jurídico. Ora, entre os princípios jurídicos atualmente vigentes em todo o mundo ocidental, está, sem a

menor dúvida possível, o do respeito à dignidade da pessoa humana e o da abominação à tortura. Não há como, então, entre duas interpretações possíveis, adotar aquela que ao invés de repelir a proteção aos incursos em crimes hediondos favorece sua blindagem contra a aplicação da justiça.

Eis, pois, que da lei de anistia não se pode extrair subtração de torturadores a responsabilidades penais, civis e administrativas, pelos atos bestiais que praticaram.

5 Além disto, o fato é que, também por força de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, o sancionamento da tortura é obrigatório. De fora parte a pré-mencionada declaração dos direitos humanos da ONU, estes mesmos rechaços aos crimes hediondos mencionados foram reafirmados em diferentes oportunidades.

Assim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, estabelecida na XXXIX Sessão (1984) da Assembleia Geral das Nações Unidas assinada, em 23 de setembro de 1985, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 23.05.89, imporia ao País a punição dos criminosos que incidiram nestas práticas durante o período negro da ditadura. Igualmente, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em Cartagena das Índias, Colômbia, em 9 de dezembro de 1985, assinada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1986, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 5, de 31 de maio de 1989, tanto como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil depositou sua adesão em 25 de setembro de 1992, e que entre nós foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/92, e promulgada pelo Decreto nº 678/92, também proscrevem estes crimes, sendo que este último, em seu art. 11, ainda proclama o direito de toda pessoa ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Vale notar que os torturadores não apenas se esmeravam em produzir o máximo sofrimento possível a suas vítimas, mas se regozijavam em humilhá-las, de maneira a ofender-lhes a honra e a dignidade.

6 Por último cumpre mencionar que o Brasil é signatário do Tratado que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em Roma entre 15 e 17 de julho de 1988. O Brasil o assinou em 07.02.2000 e o aprovou pelo Decreto Legislativo nº 112, o qual foi promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, de 25.09.2002.

Por meio dele institui-se uma Corte permanente para julgar acusados dos crimes mais graves contra os direitos humanos, como previsto em seu artigo 5º, I. No art. 7º, I, são assim são qualificados, dentre outros, os “crimes contra a humanidade”. A tortura e o desaparecimento de pessoas são figuras apontadas como expressivas desta modalidade criminosa, quando praticados “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”. Foi precisamente isto o que ocorreu no Brasil: um ataque sistemático contra o segmento da população civil estigmatizada como subversiva, por sua radical rebeldia contra a ditadura militar instaurada a partir do golpe de 1964.

Ora bem, de acordo com o art. 29 do Tratado em questão os “crimes contra a humanidade” são imprescritíveis. Descabe, portanto, qualquer alegação que se proponha a tê-los como imunizados pelo decurso do tempo.

Nossos países irmãos, vizinhos latino-americanos já nos mostraram qual é o caminho certo perante condutas desumanas praticadas pelas ditaduras.

7 É importante realçar o completo descabimento de dois pretensos argumentos aduzidos em desfavor da responsabilização dos torturadores do regime militar.

Um destes supostos argumentos é o de que tal propósito seria um ato de revanchismo contra as Forças Armadas Brasileiras. Afirmação desta ordem é um disparate altamente agressivo à honra e à dignidade de nossas Forças Armadas, pois implicaria sustentar que elas foram e são instituições que abrigam e prestigiam a tortura, isto é, que consideram tal prática abominável como sendo não apenas compatível, mas conaturalmente apoiada na feição institucional delas, o que, a toda evidência, seria uma increpação insuportavelmente absurda.

Ora, o fato de maus elementos, que a denegriram, haverem praticado tais atos criminosos, por óbvio não significa que elas em si mesmas sejam partidárias ou complacentes com uma conduta qualificada internacionalmente como crime e crime contra a humanidade. Toda a história das Forças Armadas Brasileiras desmente e desmentiria suposição tão gravemente desabonadora para nós brasileiros.

De outro lado, falar em revanchismo é literalmente grotesco, pois ninguém imagina atos de “revanche” quando se punem crimes, mesmo quando muito menos graves, como ocorre com as sanções aplicadas a pessoas que praticam furtos, estelionatos etc.

Outro forte disparate é o de equiparar o comportamento dos então torturadores com a conduta dos que eram insurgentes contra a repressão da ditadura. Qualquer pessoa de senso normal sabe que torturar alguém subjugado e entregue à guarda dos poderes públicos então vigentes é ato, no mínimo, de supina covardia, pois o prisioneiro não tem como defender-se ou como evadir-se das agressões e sofrimentos que lhe são impostos. Está inerme, simplesmente impossibilitado de qualquer reação efetiva contra os que o submetem às sevícias e maus tratos, ao passo que estes se encontram sob a proteção do Estado, desfrutando da máxima segurança, isentos de qualquer risco pela prática dos atos indignos a que se entreguem. Por isto, com tanta desenvoltura, podiam matar, ferir, estuprar, humilhar e maltratar os que se encontravam sob seu domínio.

Os que se rebelaram e se articularam contra a ditadura, pelo contrário, expunham a própria integridade física, contendiam o Poder máximo, isto é, o poder do Estado, corriam todos os riscos, inclusive os acima mencionados.

Dá para comparar, a sério, as duas situações, os dois comportamentos, as increpações contra um e outro?

Enquanto o Brasil não responsabilizar os autores dos crimes contra a dignidade da pessoa humana praticados ao longo da ditadura, não poderá se considerar parte do concerto das nações civilizadas.

Imprescriptibility of the Crimes of Torture

Abstract: This study aims to demonstrate the imprescriptibility of the crimes of torture in Brazilian juridical system, based on the fundamental principles of the Brazilian Constitution of 1988 and on the human rights protected by international treaties to which Brazil is a signatory.

Key words: Imprescriptibility. Crimes of torture. Human rights.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 93-98, abr./jun. 2010.

Recebido em: 03.05.10

Aprovado em: 25.05.10