

A LEI N. 6.683 DE 28 DE AGOSTO DE 1979 (LEI DA ANISTIA)

Francisco Ilídio Ferreira Rocha. Professor de Direito Penal*

franciscoilidio@hotmail.com

Maria da Glória Lanne Melo**

RESUMO

Este texto tem como objetivo determinar se os crimes de tortura praticados sob a égide da ditadura militar brasileira podem ser alcançados pelo efeito da Lei n. 6.683/1979 e se tais delitos poderiam ser objeto de persecução nos dias atuais. Procedeu-se à exposição dos antecedentes históricos da Lei da Anistia estabelecendo um conceito para o instituto jurídico. Em seguida, buscou-se determinar qual o alcance da definição de crimes políticos e os efeitos de uma eventual revogação da Lei n. 6.683/1979, terminando com considerações sobre os efeitos da prescrição sobre tais delitos e considerações sobre os tratados internacionais, concluindo pela impossibilidade jurídica de julgar e condenar penalmente aqueles outrora anistiados.

Palavras-chave: Anistia; Ditadura militar; Tortura.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo determinar se a Lei n. 6.683/1979, conhecida como Lei da Anistia, é aplicável aos crimes de tortura praticados por agente da repressão durante o regime militar, iniciado em 1964, e, no caso de resposta afirmativa, se existiria a possibilidade jurídica de punir os acusados de tal desumano tratamento nos dias de hoje. Para responder tal questionamento lançar-se-á uso de um estudo histórico, sem o qual não seria possível conhecer as circunstâncias fáticas fundamentais para uma interpretação adequada dos dispositivos normativos, mas também e fundamentalmente um estudo dogmático-jurídico, buscando uma resposta que, evitando as ciladas ideológicas, permita uma resposta de acordo com a Ciência do Direito.

* UNIARAXÁ. Mestre em Direito Público – UNIFRAN.

** Acadêmico de Direito – UNIARAXÁ e Bolsista FAPEMIG.

1 A LEI N. 6.683 DE 28 DE AGOSTO DE 1979 (LEI DA ANISTIA)

1.1 Antecedentes históricos

Com o advento do Golpe Militar de 1964, chamado por alguns de a Revolução de 1964, foi destituído da presidência João Goulart (popularmente conhecido como Jango) e alçando ao poder o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, e já com este primeiro começam as edições dos chamados atos institucionais, estabelecendo, entre outras determinações, o chamamento de eleições indiretas para Presidente da República (AI-1); a supressão de vários partidos políticos, subsistindo somente dois, o MDB¹ e a ARENA² (AI-2); eleições indiretas para os governadores e prefeitos das capitais (AI-3) e o fechamento do Congresso Nacional para a aprovação de uma nova Constituição (AI-4) (GASPARI, 2002).

Sucedendo Castelo Branco, ascende ao poder o General Arthur da Costa e Silva, que adota uma postura mais radical, resultando em grandes protestos, que são violentamente reprimidos pela máquina militar, retroalimentando novas ondas de protestos. Neste contexto, é editado o Ato Institucional n. 5 (AI-5), considerado como o mais duro golpe na democracia. Suas disposições mais relevantes determinavam: a) concessão ao Presidente da República o poder de dar recesso à Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, transmitindo, durante o período do referido recesso, os poderes legislativos para o Poder Executivo; b) garantida, praticamente, ao Presidente da República, a prerrogativa de intervenção federal nos Estados e Municípios, pisoteando o pacto federativo; c) concessão ao Presidente da República o poder de suspender os direitos políticos de qualquer cidadão brasileiro; d) o Presidente poderia cassar mandatos de qualquer parlamentar; e) proibição de manifestações populares de caráter político, (f) a famigerada suspensão do *habeas corpus* e g) a imposição da censura (GASPARI, 2002a).

Segue-se a Junta Militar, de 31 de agosto de 1969 a 30 de outubro de 1969, marcando uma escalada das medidas de repressão e da ação da esquerda radical. O auge da repressão, entretanto, ainda estaria por vir. No governo de Emilio Garrastazu Médici (1969-74), os porões da ditadura ganham aval do governo e a tortura e o assassinato são promovidos em delegacias e presídios como forma de reprimir a esquerda radical que, agora armada, assume meios violentos para combater a ditadura militar. Esta guerrilha é duramente reprimida, destacando o assassinato

¹ Movimento Democrático Brasileira.

² Aliança Renovadora Nacional.

de Carlos Lamarca, Carlos Marighella e as ações militares contra os guerrilheiros no Araguaia. A repressão à imprensa é intensa e, no mesmo grau, a promoção de campanhas nacionalistas e ufanistas (SKIDMORE, 1988).

Com o fim do milagre econômico³ e com os problemas econômicos que se seguiram, o presidente seguinte, Ernesto Geisel, começou a observar o avanço da oposição e flagrantes indicativos da progressiva debilidade da ditadura militar. Pressionado, promove uma conservadora abertura política, sendo relevante destacar que no fim de seu mandato revogou o infame AI-5 (GASPARI, 2003).

O aprofundamento da crise econômica continua e adentra no governo de João Figueiredo, presidente este que dá continuidade ao processo de abertura política. As principais medidas neste sentido foram: a) abolição do sistema bipartidário; b) patrocínio de uma anistia política dos militares e perseguidos políticos; e c) a transição para um governo civil, ainda que por meio de eleições indiretas.

1.2 A Lei da Anistia

A Lei da Anistia de 28 de agosto de 1979 foi um efetivo instrumento de democratização e genuíno resultado de reivindicações populares (PILLETE, 1991). Entretanto, o projeto original sofreu alterações, resultando em um texto que perdoava todos os acusados de praticar tortura e devolvia plenos direitos aos exilados (GASPARI, 2003).

No final das contas, foram alcançados, pelos efeitos da Lei da Anistia, os seguintes, nos termos do art. 1º, da Lei n. 6.683/1979:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares [vetado].

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

³ Período no qual o Brasil observou crescimentos econômicos anuais da ordem de quase 12%.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.

2 CONCEITO DE ANISTIA

A anistia é uma causa de extinção da punibilidade prevista expressamente no Código Penal em seu art. 107, II. Assim: “Extingue-se a punibilidade: [...] pela anistia, graça ou indulto”. É instituto do Direito Pátrio através do qual o Congresso Nacional declara o interesse de esquecer determinadas infrações penais, apagando juridicamente a existência do fato, que da anistia em diante, somente existe enquanto fato histórico, afastada assim a possibilidade de futura persecução penal (NORONHA, 1991:413). Trata-se, assim, do “esquecimento jurídico do ilícito e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, de regra, políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente, os crimes comuns (BITENCOURT, 2008:722)”.

2.1 Diferença entre anistia, graça e indulto

Tanto a anistia, quanto a graça e indulto constituem-se em causas de extinção da punibilidade. Entretanto, podem facilmente serem diferenciados entre si. Enquanto a concessão da anistia é de competência do Congresso Nacional (art. 48, VIII, CF/88), a graça e o indulto se darão por meio de decreto, competindo este, privativamente, ao Presidente da República, nos termos do art. 84, XII, CF/88. Nota-se que o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser pessoal e requisitado ou coletivo e ofertado (NOGUEIRA, 1996:314). Portanto, (...) em consequência, o que verdadeiramente distingue os institutos é o caráter geral da anistia (dirigido, como acentuamos, a grupos de fatos ou de agentes), em contraposição ao caráter individual do indulto (dirigido a pessoas concretas) (DIAS, 1993:689). É ainda de se notar que enquanto a anistia declara o completo esquecimento dos delitos sobre os quais recai, a graça e o indulto, sendo eles

plenos, somente afastam a punibilidade, ou seja, a sanção, permanecendo os efeitos secundários da condenação, como por exemplo, a reincidência (DELMANTO, 1991:165). Ainda:

A Lei 8.072/90 vedou aos crimes hediondos e equiparados (categoria esta na qual se inclui a tortura) anistia, graça e indulto. Nota-se que a Lei 9.455/97 foi mais benevolente, proibindo somente anistia e graça (silenciando sobre o indulto). (...). Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, ensina que, “onde se lê graça, deve-se ler igualmente indulto, pois este nada mais é do que o perdão coletivo (igualmente concedido pelo Presidente da República, por decreto, a quem queira)” (CUNHA; GOMES, 2009:961-2).

Assim, a principal diferença entre a anistia e o indulto (a graça aqui considerada) é que a anistia “consiste na concessão da impunidade mediante uma lei e para uma pluralidade de casos, atendendo a características gerais” (JESCHECK, 1993:833).

2.2 Efeitos da anistia

A anistia tem o condão de extinguir todo e qualquer efeito penal operando inclusive em situação de sentença penal condenatória transitada em julgado.

A anistia é lei penal de efeito retroativo. Por isso, revoga parcialmente a lei anterior, haja vista que se opera *ex tunc*, isto é, para o passado, apagando o crime e até rescindindo a sentença penal condenatória irrecorrível, porquanto nem a coisa julgada barra seus efeitos. A anistia, porém, não faz desaparecer os efeitos da sentença condenatória para reparação de danos civil. (...). Não se confunde com o *abolitio criminis*, pois nesta última figura extingue-se a tipicidade. Na anistia sobre-existe o tipo penal incriminador. (BULOS, 2007:499).

Não se trata, assim, de uma revogação do tipo penal, mas sim, com acerto, de uma declaração do Congresso Nacional de que o Estado renuncia a qualquer interesse de persecução penal sobre os referidos fatos elencados na lei de anistia, fazendo cessar, deste modo, todo e qualquer efeito penal advindo de sentença penal condenatória.

3 OS CRIMES ALCANÇADOS PELA LEI DA ANISTIA

Como anteriormente destaca, a anistia tem como objeto uma classe de fatos determinados, não podendo ser limitada sua aplicação por circunstâncias de caráter pessoal. No caso, a Lei da Anistia de 1979 tem o seu âmbito delimitado pelo art. 1º da Lei n. 6.683/79, ou seja, alcança todos os crimes políticos praticados no lapso de tempo compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Cristalina tal redação, ela é reiterada no art. 4º, § 1º da Emenda Constitucional n. 26 de 1985⁴ e pelo art. 8º do Ato das Disposições Transitórias⁵ da Constituição Federal de 1988.

É, entretanto, sustentado que a anistia não alcançaria os crimes comuns praticados por agentes públicos que, como agentes de repressão a serviço da ditadura militar, praticaram delitos comuns (torturas e homicídios, principalmente). Para fundamentar tal exclusão, afirma-se que as atuações dos agentes de repressão devem ser consideradas como ato de terrorismo de Estado e, sendo assim, excluídos do alcance da Lei da Anistia uma vez que o próprio art. 1º, § 2º da Lei n. 6.683/79, determina que “excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal”.

Ora, como observado nos dispostos da Lei da Anistia, no art. 4º da EC 26/85 e no art. 8º ADCT/88, a vontade do legislador e constituinte foi a de edificar uma anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto vencedores quanto vencidos, nos chamados anos de chumbo, assim como, os crimes políticos e aqueles comuns que lhe são conexos, como é o caso da tortura.

Ademais, não é certo sustentar que o crime de tortura, por ser considerado como crime comum pela legislação vigente, não possa ser tido como político, em determinadas circunstâncias, como aquelas observadas, em regra, durante o regime militar.

⁴ Art. 4º (...) §1º. É concedida, igualmente a anistia aos autores de crimes políticos e conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

⁵ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem no serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividades previstas nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

A doutrina apresenta dois critérios para a distinção entre crimes políticos e comuns:

- a) Objetivo – leva em conta a natureza do interesse jurídico lesado ou exposto a perigo de dano pela conduta do sujeito;
- b) Subjetivo – a diversificação depende da intenção do sujeito.

De acordo com o primeiro critério, há delito político quando o comportamento lesa ou ameaça o ordenamento jurídico do país (objeto jurídico).

Para os subjetivistas, o que importa é o motivo que leva o agente a cometer o fato. Se há motivo de natureza política, existe crime político. Em caso contrário, o crime é comum (JESUS, 2003:210).

Como observada a redação do art. 8º da ADCT/88, o critério adotado foi o subjetivo, ou seja, a consideração do crime como político ou comum não depende da natureza do interesse lesado, mas da intenção do agente ao realizar sua conduta. Assim, da mesma forma que o sequestro é considerado como crime comum pela legislação vigente, este será político dependendo da intenção do agente ao realizar, como é o caso da atuação de alguns guerrilheiros durante a ditadura militar. Portanto, a tortura, ainda que considerada em regra como crime comum, poderá ser compreendida como crime político visto a intenção do agente, evidentemente política e ideológica (o que não torna o ato menos reprovável), na manutenção do regime militar.

Ademais, mesmo que o crime de tortura praticado pelo agente público não seja considerado político, difícil sustentar a ausência de conexão com crimes políticos praticados pelo regime militar. E a Lei da Anistia de 1970, declara expressamente que a extinção da punibilidade também recairá sobre crimes comuns quando verificada a conexão com outros políticos. Não é cabível a alegação de que a anistia, por ser instrumento utilizado geralmente para declarar o esquecimento penal de crimes políticos, não possa ser estendida a outros comuns, quando esta é a vontade patente do legislador, como também, é o posicionamento da Advocacia Geral da União, em nota AGU/SGCT/Nº01-DCC/2009 sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sustentando a inconstitucionalidade da Lei da Anistia de 1979 no que tange à extinção da punibilidade aos agentes da ditadura que praticaram tortura durante os anos de chumbo.

4 EFEITOS DE UMA EVENTUAL REVOGAÇÃO DA LEI DA ANISTIA

Não é possível considerar a inconstitucionalidade da Lei da Anistia, uma vez que o constituinte originário recepciona expressamente o mencionado texto normativo no art. 8º da ADCT, como anteriormente citado. Nem mesmo admissível, o entendimento que não foi a Lei n. 6.683/79, recepcionada pela atual ordem constitucional, pelo mesmo motivo. Mas, para efeitos de debate, interessante se faz, propor essa conjectura.

Supondo que a Lei da Anistia seja avaliada como contrária aos conteúdos elementares da Constituição Federal de 1988, temos em sentido amplo, “nossa Corte Excelsa firmou entendimento majoritário de que leis anteriores incompatíveis com a nova Constituição são revogadas por ela” (BULOS, 2007:84). Resta assim a pergunta: e quais seriam os efeitos dessa revogação?

Segundo Pontes de Miranda (1967), a revogação de uma lei é uma prerrogativa que, evidentemente, encontra-se entre os poderes do legislador ou constituinte, porém, destaca que ainda que tal derrogação tenha lugar, os efeitos de uma lei de anistia não podem ser revogados. Isto ocorre pela garantia constitucional contra a retroatividade de lei penal mais gravosa, conforme estabelecido no art. 5º, XL: “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, mesmo que a Lei da Anistia seja revogada, seus efeitos permanecem incólumes. Tal posição é fundamentada no princípio constitutivo do Estado de Direito, a saber, o princípio da Legalidade.

A irretroatividade da lei penal menos favorável é um corolário do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. As mesmas razões que fundamentam o veto à criação de crimes ou aplicações de penas à margem da lei (pelo *arbitrium iudicis* ou pela analogia) militam pela interdição da lei penal *ex post facto*, quer no caso de *novatio criminis*, quer no acréscimo de punibilidade ou desfavor do réu. Em ambos os casos, a retroatividade encontra o obstáculo de autêntico direito adquirido na órbita da liberdade individual, isto é, o direito que o indivíduo adquiriu, vigente a lei anterior, de não ser punido, ou ser punido menos severamente (HUNGRIA, 1995:103-4).

É claro que uma lei de anistia é norma benéfica, visto seu efeito essencial ser a extinção da punibilidade sobre o conjunto de fatos aos quais ela referencia. Assim sendo, observado o disposto no art. 5º, XL e o art. 2º do Código Penal, impossível

argumentar que os efeitos da anistia podem ser afastados pela sua revogação.

Por outro lado, e se a Lei da Anistia for considerada nula e, portanto, inexistente e sem efeitos no mundo jurídico?

O entendimento do STF é de que, mesmo neste caso, impossível seria a desconstituição dos efeitos de extinção da punibilidade por não ser tolerada a caracterização, no caso sobredito, de retroatividade máxima:

Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário – e a Constituição pode fazê-lo –, eles não alcançam os fatos consumados em prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividade máxima e média) (RE 140499/GO – Rel. Min: Moreira Alves; Julgamento 12 abr 1994. Primeira Turma; Publicação DJ 09 set 1994).

É este um dos fundamentos encontrados na nota AGU/SGCT/Nº01-DCC/2009 sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que conclui que:

[...], o desfazimento da situação jurídica existente quando da inauguração da nova ordem constitucional esbarra, por certo, no princípio da segurança jurídica, ínsito ao Estado Democrático de Direito e garantido pela própria Carta de 1988. De fato, embora o Texto Constitucional vede a concessão de anistia a determinados crimes em seu artigo 5º, inciso XLIII, não confere, de modo expresso (e especificamente em relação aos agraciados pela lei n. 6.638/79), eficácia retroativa a tal norma.

Assim, tem-se que o afastamento da extinção da punibilidade não é uma possibilidade jurídica a ser aventada em nosso ordenamento jurídico, uma vez que seus efeitos estão garantidos pela proibição da retroatividade máxima e pela irretroatividade da lei penal mais severa, ambas atreladas a princípios elementares do Estado Democrático de Direito, grife-se, respectivamente, o princípio da Segurança Jurídica e o da Legalidade.

5 A PRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE TORTURA

Superando-se as dificuldades acima expostas, far-se-á aqui nova suposição. Mesmo que essa não seja corroborada pelos argumentos ora expostos, que seja, ao menos, objeto de consideração. Para tanto, propõe-se a título hipotético, que seja considerada nula e, por isso inexistente, a Lei da Anistia.

Considerando a nulidade da Lei da Anistia, o mesmo seria dizer que ela não existiu no mundo jurídico e, portanto, não produziu efeito qualquer. Todavia, mesmo neste caso, esbarrar-se-ia na prescrição dos crimes praticados no período anterior a 1979.

5.1 A prescrição, suas espécies e prazos.

A prescrição é causa de extinção da punibilidade, prevista expressamente no art. 107, IV do Código Penal, que dado o transcurso de determinado período e a inação do Estado, determina a ocorrência da perda da pretensão punitiva ou executória, conforme o caso⁶. Para o problema proposto, a saber, a prescrição dos crimes de tortura praticados sob a égide do regime militar, há de se considerar a prescrição da pretensão punitiva que tem seus prazos regulamentados no disposto do art. 109 do Código Penal:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto §§ 1º e 2º, do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II – em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

⁶ “Por intermédio do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde a possibilidade de formar o seu título executivo de natureza judicial”. Embora, em algumas situações, [...], o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tal decisão não terá força de título executivo, em virtude da decorrência da prescrição da pretensão punitiva.

[...]

Contudo, se a prescrição disser respeito à pretensão executória, o Estado, em razão do decurso do tempo, somente terá perdido o direito de executar sua decisão. O título executivo foi formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas não poderá ser executado”. (GRECO, 2008:730).

IV – em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI – em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

5.2 Os casos de imprescritibilidade constitucionalmente previstos

Todos os fatos definidos como crime são passíveis de prescrição, exceto algumas situações especiais nas quais a Constituição Federal de 1988 preferiu considerar como imprescritíveis, sendo assim, inalcançáveis pelo tempo que causa a extinção da pretensão punitiva ou executória. Nos termos no art. 5º da Constituição Federal, temos:

Art. 5º [...]:

[. . .]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIII – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou paramilitares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

[...]

É de se observar que o constituinte originário explicitou um rol taxativo de crimes imprescritíveis, ou seja, que uma vez tidos como garantia do cidadão em face da arbitrariedade punitiva do Estado, tratam-se de elementos estabelecidos em norma constitucional considerada como cláusula pétrea⁷ (art. 60, § 4º, IV, CF/88), não podendo assim, ser matéria de emenda tendente a abolir ou a restringir seu âmbito garantista. Em outras palavras, não será possível qualquer tentativa legislativa objetivando ampliar o rol dos crimes imprescritíveis.

Assim sendo, no ordenamento jurídico brasileiro, reconhece-se apenas duas situações nas quais um crime pode ser considerado como imprescritível:

⁷ “A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução pelos apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2007:209).

- a) No crime de racismo e;
- b) Nos crimes observados no contexto da ação de grupos armados contra a ordem constitucional ou contra o Estado Democrático.

Com efeito, no momento em que o poder constituinte originário admitiu apenas esses dois crimes como insuscetíveis de prescrição, teria implicitamente afirmado que todas as demais infrações penais prescrevem, e, pela posição em que tais exceções foram prescritas (art. 5º), a prescrição teria sido erigida à condição de direito fundamental do ser humano, consistente na obrigação do Estado de investigar, processar e punir alguém dentro de prazos legalmente previstos (MIRANDA; SILVA, 2009:859).

Evidente a ponderação de que o crime de tortura, assim como todos os outros considerados como hediondos e assemelhados (Lei n. 8.072/90), não foram acolhidos como imprescritíveis, estando assim, sujeitos aos efeitos desta causa de extinção da punibilidade.

Conclusão necessária é de que todos os delitos praticados durante o regime militar, mesmo aqueles não alcançados pela Lei da Anistia de 1979, estariam revogados, visto o transcurso de lapso temporal, em muito, superior ao prazo prescricional máximo que é de 20 (vinte) anos, nos termos de nosso Código Penal.

Tem-se, desta forma, que ainda que a Lei da Anistia seja eventualmente revogada, não redundará em efeitos práticos, notório que os crimes de homicídio e tortura praticados sob a égide da repressão militar estão, há muito, prescritos nos termos estabelecidos pelo Direito Pátrio.

5.3 Tortura e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário

É visível a preocupação da comunidade internacional no sentido de dirimir ou, ao menos, propor ações que inibam a prática de tortura, sendo este intento marcante nos tratados internacionais.

Primeiramente, podemos destacar a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica [1969], que assim postula em seu texto:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal
[...]

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Ressalta-se, assim, que o mencionado tratado, não reconhece a tortura, em nenhuma circunstância, como opção a ser ventilada pelo Estado, sabido seu caráter ontologicamente cruel e contrário, flagrantemente, ao princípio da dignidade da Pessoa Humana.

É de se notar, entretanto, que a Convenção Americana de Direitos Humanos [1969] não dispõe sobre uma eventual imprescritibilidade ou mesmo sobre a qualificação da tortura como crime contra a dignidade da pessoa. Nestes mesmos termos, a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos desumanos [1984] destaca em seu texto:

Artigo 2º.

1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

2. Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificação para a tortura.

Observamos que o referido tratado não pode ser invocado para sustentar que a tortura trata-se de crime contra a humanidade, pois deste conceito, para merecido reconhecimento com tratamento fundamentalmente desumano, existe uma enorme diferença. A Convenção sobre a tortura e outros tratamentos desumanos fundamenta, por outro lado, que o Estado deve, não somente repudiar a tortura, criminalizá-la e trabalhar ativamente para que a mesma seja banida de qualquer território sobre sua jurisdição. Com o advento da Convenção [1984] “não há possibilidade de derrogar a proibição contra a tortura. A convenção é enfática ao determinar que ‘nenhuma circunstância excepcional, seja qual for, pode ser invocada como justificativa para a tortura’ (art. 2º(2))” (PIOVESAN, 2007: 256). Ora, a Lei da Anistia não teve o condão de descriminalizar a tortura, até mesmo por que se esse fosse o caso, tratar-se-ia de *abolitio criminis* e não caso de extinção da punibilidade por anistia. Sim, os tratados internacionais supracitados fundamentam a

consideração inescapável e inatacável de que a tortura é um comportamento criminoso e desumano, não permite deduzir como consequência qualquer apontamento sobre a imprescritibilidade ou a impossibilidade de anistia aos casos de tortura, praticados durante a ditadura militar.

O fundamento jurídico para considerar a tortura como crime contra a humanidade está inscrito em outro diploma internacional, a saber, o Estatuto de Roma.

Art. 7.º

Crimes contra a Humanidade

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

[...]

f) Tortura;

Pela inteligência do art. 7º do Estatuto de Roma, observa-se que nem toda tortura será considerada como crime contra a humanidade. Este entendimento, inclusive, é o mesmo daquele enunciado por ocasião dos julgamentos ocorridos no âmbito do Tribunal Penal para a Ex-Iugoslávia.

O Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia dá ao crime contra a humanidade três elementos: a) é dirigido contra a população civil; b) ele é generalizado ou sistemático; c) ele apresenta gravidade. O crime contra a humanidade é aquele praticado de modo maciço contra a população civil mesmo fora do conflito armado (MELLO, 2004: 970-1).

Os elementos essenciais para que a prática da tortura possa ser considerada como crime contra a humanidade são três:

- a) Ataque generalizado ou sistemático⁸;
- b) Contra a população civil; e
- c) Revestido de especial gravidade.

⁸ “A tortura, por seu turno, não só afeta a dignidade humana, como retrata flagrante negação de todos os princípios consagrados no Direito Internacional dos Direitos Humanos. E, quando difundida generalizadamente, passa a constituir um crime contra a humanidade (...)” (GOMES, MAZZUOLI, 2008:37).

Uma vez considerado como crime contra a humanidade, a prática da tortura é considerada pelo Estatuto de Roma como crime de tal gravidade que merece uma especial persecução penal, sendo ainda considerado como imprescritível, como observável a partir da leitura do art. 29 do Estatuto de Roma. Entretanto, sobre esta imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade nos termos do Estatuto de Roma, necessária a seguinte consideração: o art. 24 do Estatuto de Roma é categórico ao dispor que nenhuma pessoa poderá ser considerada como criminalmente responsável, nos termos do referido diploma internacional, por conduta anterior à sua vigência, reconhecendo, assim, dois princípios elementares de Direito Penal (Legalidade e a Irretroatividade da lei mais severa).

O Tribunal Penal Internacional, (...), é competente para julgar, em caráter permanente e independente, os crimes mais graves que afetam todo o conjunto da sociedade internacional dos Estados e que ultrajam a consciência da humanidade. Tais crimes, que não prescrevem, são os seguintes: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. A competência do Tribunal em relação aos referidos crimes, (...), só vigora em relação àquelas violações praticadas depois da entrada em vigor do Estatuto (MAZZUOLI, 2007:751).

Levando em conta tais critérios, é inegável que a prática da tortura durante o regime militar constituir-se-ia em crime contra a humanidade, visto presentes todos os requisitos exigidos pelo Estatuto de Roma para sua consideração, se o referido tratado internacional fosse vigente ao tempo dos anos de chumbo. Assim, como não é o caso da retroatividade dos dispositivos que determinam o tratamento jurídico penal dos crimes contra a humanidade, nos termos do Estatuto de Roma, é um absurdo sustentar a imprescritibilidade dos crimes de tortura praticados pelos agentes da repressão política naquele diploma, quando o próprio é categórico sobre a irretroatividade de suas disposições.

Em suma, a tortura, historicamente praticada, sistematicamente no contexto da repressão militar, não pode ser considerada, juridicamente e com base no Estatuto de Roma, crime contra a humanidade ou mesmo imprescritível, pois, mesmo os tratados internacionais, reconhecem que ainda pior do que abandonar alguma tentativa de justiça histórica é afrontar o primado do princípio da legalidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que presente vontade política para revogação da Lei da Anistia de 1979, observando os fundamentos da ordem constitucional brasileira, não seria possível a punição dos agentes repressores ou guerrilheiros que atuaram durante a Ditadura Militar. Pelos seguintes motivos:

- a) Ainda que se discuta sobre a exclusão da prática de tortura do rol de delitos alcançados pela Lei da Anistia, observamos que tal manobra não encontra amparo jurídico ou histórico, visto que, quando da Anistia, havia a crença firme e resoluta no seu caráter amplo e irrestrito, conforme observável nos textos da época, sendo imperativo ainda considerar que o 8º da ADCT é claro em destacar que o legislador optou por um conceito subjetivo de crime político que claramente insere em seu âmbito os atos de tortura praticados no contexto de repressão.
- b) A irretroatividade da lei mais severa que, no caso, seria a revogadora da anistia. Assim, mesmo que o texto seja revogado, seus efeitos não retroagem no tempo, prevalecendo os plenos efeitos da extinção da punibilidade.
- c) Ainda que a extinção da punibilidade pela anistia não fosse observável, a prescrição teria acometido todos os fatos praticados durante o período em pauta, recaindo sobre eles, portanto, outra causa de extinção da punibilidade.
- d) O argumento da imprescritibilidade do crime de tortura não encontra chancela na Constituição Federal nem mesmo nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

THE LAW N. 6.683 OF 1979, AUGUST 28 (LAW OF AMNESTY)

ABSTRACT

This paper aims to determine if the crimes of torture committed under the aegis of the Brazilian military dictatorship can be achieved by the effect of Law 6.683/1979 and where such crimes could be the object of persecution today. Proceeded with the presentation of the historical background of the Amnesty Act establishing a legal concept for the institute.

Next, we sought to determine the scope of the definition of political crimes and the effects of a possible repeal of Law 6.683/1979, ending with considerations about the effects of limitation on such crimes and considerations about the international treaties concluded by the legal impossibility to prosecute and convict those once pardoned.

Key-words: Amnesty; military Dictatorship; Torture.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 13. e. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA, Rogério Sanchez; GOMES, Luiz Flávio; (org.). **Legislação criminal especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 6.

DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 3. e. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal Português: As conseqüências jurídicas do crime**. Lisboa: Editorial Noticias, 1993.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

GASPARI, Elio. **A ditadura encurralada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GASPARI, Elio. **A ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito penal: Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. I, t.II.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: Parte general. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: Parte geral. 26. e. São Paulo: Saraiva, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2 e. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15 e. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. II.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (org). **Tratado luso-brasileiro da dignidade da pessoa humana**. 2.e. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. e. São Paulo: Saraiva, 1996. pág. 314

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 28. e. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1.

PILETI, Nelson. **História do Brasil**. São Paulo: Ática, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. e. São Paulo: Saraiva, 2007

SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Castelo à Tancredo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.