



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.025470-4/SP

D.E.

Publicado em 11/11/2011

RELATOR : Juiz Federal Convocado Santoro Facchini
 AGRAVANTE : JOAO THOMAZ
 ADVOGADO : MARCUS VINICIUS MARQUES DOS SANTOS
 AGRAVADO : Ministerio Publico Federal
 PARTE RE' : Uniao Federal
 ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
 PARTE RE' : Estado de Sao Paulo
 : HOMERO CESAR MACHADO e outros
 : INNOCENCIO FABRICIO DE MATTOS BELTRAO
 : MAURICIO LOPES LIMA
 ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
 No. ORIG. : 00219676620104036100 4 Vr SAO PAULO/SP

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE OS RÉUS E A SOCIEDADE BRASILEIRA ASSIM COMO COM AS VÍTIMAS DA DENOMINADA OPERAÇÃO BANDEIRANTES - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS PEDIDOS - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE REGRESSO PRETENDIDO.

1. A competência cível estendida à Justiça Militar Estadual pela Emenda Constitucional nº 45, restringe-se a questões envolvendo infrações disciplinares, do que ora se trata. Precedente (Conflito de Competência nº 100.682/MG; Primeira Seção; Rel. Min. Castro Meira; v.u.; DJe: 18/06/2009).

2. A análise dos pedidos formulados na inicial indica a necessidade de decisão uniforme da lide, tanto para a União, quanto para o Estado de São Paulo. Trata-se, pois de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 e seguintes do CPC, fato que remete a competência do julgamento para a Justiça Federal.

3. O Ministério Público Federal pretende, por meio do reconhecimento do pretense direito de regresso, proteger o patrimônio público em razão das indenizações desembolsadas pelas pessoas jurídicas de direito público, como reparação civil de condutas criminosas que, no aspecto individual, são atribuídas ao agravante. Legitima-se a atuação do "parquet" federal pela inércia, em tese, das próprias pessoas jurídicas de direito público em buscar a recomposição do erário público - Constituição Federal, artigo 129, III; Lei Complementar nº 75/1993, artigo 6º, inciso VII, "b", "d".

4. O Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2002, através do Decreto nº 4463/2002. Pode-se, por outro lado, afirmar que os fatos narrados nos autos não indicam a ocorrência de tortura, como fato ocasional ou delimitado, mas, ao revés, revelam a sua prática, sistematizada e institucionalizada, contra parte da própria população nacional, composta, à época, por opositores do governo militar instalado no Brasil em 1964.

5. Em princípio, tais condutas não podem ser excluídas daquelas previstas no tratado que conduziu à criação do Tribunal Penal Internacional. Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas,

realizada em julho de 1.988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

6. Em tese, as condutas descritas na ação civil pública podem ser tipificadas no referido Tratado Internacional, que, a seu turno, contém, dentre outros, os princípios da imprescritibilidade dos crimes e da responsabilização individual dos perpetradores, independentemente da responsabilização dos Estados.

7. Considerando as disposições do artigo 5º, inciso LXXVIII e respectivos parágrafos, da Constituição Federal, as disposições sobre direitos humanos têm aplicação imediata no Brasil. Exemplos de tal aplicação imediata de tratados internacionais sobre direitos humanos extraem-se de julgados do Supremo Tribunal Federal, que afastaram a prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, por conflitar com disposições advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (STF, RExt 349.703 e 466.343 e HC 87.585).

8. A questão que se coloca é se a incorporação do referido tratado no ordenamento nacional também abrange os crimes praticados antes de sua vigência, e, no caso, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal. A resposta, neste caso, é negativa, tanto que o Ministério Público não ofereceu denúncia criminal contra o agravante, firmando-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção, pela Constituição Federal, da lei 6.683/79, a chamada lei da anistia, não obstante a adesão, pelo Brasil, ao referido tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, e do reconhecimento da autoridade das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

9. Não reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a aplicação do referido Tratado sobre os crimes de tortura descritos na inicial, não existem fundamentos para afirmar que os seus efeitos civis possam ter repercussão no ordenamento nacional.

10. A questão da alegada imprescritibilidade de se obter a indenização pelos crimes pretensamente praticados pelo agravante deve ser analisada sob o enfoque da própria legislação constitucional brasileira, excluindo-se, como visto, as disposições contidas nos Tratados Internacionais supracitados.

11. Como já anotado, a lei de anistia- Lei nº 6.683/79, editada em momento anterior, foi recepcionada pela atual Carta Constitucional, segundo decisão do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153. Argumenta-se que a referida concedeu, apenas, a anistia penal, mas não afastou a responsabilização civil.

12. A tese da imprescritibilidade da indenização civil encontra eco no E. Supremo Tribunal Federal, "ex vi" da decisão proferida pelo Eminente Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131, publicado no DJe em 06/10/2011, quando analisou o que fora decidido na ADPF nº 153.

13. No âmbito constitucional, o crime de tortura não é imprescritível (artigo 5º, inciso XVIII da CF), resultando, ainda, que o fundamento para a imprescritibilidade não reside em tratados internacionais.

14. A pretensão do Ministério Público Federal escorou-se, ainda, na aplicação do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal. Não se extrai, da dicção do artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal referido normativo constitucional, que existam restrições ao direito de ressarcimento em decorrência de atos ilícitos, praticados por agentes públicos, que causem prejuízos ao Erário.

15. A nova ordem constitucional pode respeitar ou não o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito ocorridos na ordem anterior. No caso da atual Carta Constitucional, promulgaram-se as disposições constitucionais transitórias para disciplinar o chamado direito de transição entre a velha e a nova ordem constitucional. Não há nenhuma disposição no sentido de estender a imprescritibilidade da indenização devida por agentes públicos aos fatos pretéritos, nem quando foi disciplinada, especificamente, a questão da anistia e da reparação a ser paga pelo Estado aos perseguidos políticos, conforme o artigo 8º, do ADCT.

16. No que tange a aplicação da legislação ordinária, mesmo que se considerasse o prazo máximo de vinte anos de prescrição previsto no artigo 177 do então vigente Código Civil de 1916, e que tal prazo somente fosse contado a partir da promulgação da nova Constituição Federal, ter-se-ia sua fluência em outubro de 2008.

17. Prescrição da pretensão de responsabilização civil/administrativa dos supostos torturadores da OBAN e do DOI/CODI, ante a ausência de posição sedimentada pela Excelsa Corte sobre o tema. Prejudicadas as demais questões alvitradas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de outubro de 2011.

Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROBERTO SANTORO FACCHINI:10099
Nº de Série do Certificado: 2B1D05BCB2082FC4
Data e Hora: 27/10/2011 18:35:33

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.025470-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Santoro Facchini
AGRAVANTE : JOAO THOMAZ
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS MARQUES DOS SANTOS
AGRAVADO : Ministerio Publico Federal
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
PARTE RE' : Estado de Sao Paulo
: HOMERO CESAR MACHADO e outros
: INNOCENCIO FABRICIO DE MATTOS BELTRAO
: MAURICIO LOPES LIMA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00219676620104036100 4 Vr SAO PAULO/SP

VOTO

Em face do julgamento do mérito, fica prejudicado o pedido de efeito suspensivo do recurso.

Inicia-se com a apreciação da competência da Justiça Federal para processar e julgar todos os pedidos contidos na petição inicial.

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face de "INNOCENCIO FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CESAR MACHADO, MAURÍCIO LOPES LIMA, JOÃO THOMAZ, UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando:

a) declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como com as vítimas da Operação Bandeirantes, em razão de suas responsabilidades pessoais pelas violações aos direitos humanos;

b) condenação dos quatro primeiros réus ao pagamento regressivo à UNIÃO e ao ESTADO DE SÃO PAULO dos valores por estes pagos a título de indenização às vítimas da repressão, em razão do estipulado pelas Leis 9.140/95 e 10.559/02;

c) condenação destes mesmos réus à reparação dos danos morais coletivos;

d) condenação destes à perda dos cargos e funções públicas ou proventos de aposentadoria ou inatividade, em razão dos atos praticados;

e) condenação da UNIÃO e do ESTADO DE SÃO PAULO a repararem danos imateriais à

população brasileira, através de pedido formal de desculpas, publicado em veículos de imprensa;

f) condenação destes dois últimos réus a tornarem públicas as informações relativas à Operação Bandeirantes."

Segundo o agravante, é competente a Justiça Militar Estadual para processar e julgar os pedidos formulados, especialmente aquele ligado a cassação da sua reserva remunerada, porquanto é Capitão reformado da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Tal assertiva confronta-se com o entendimento sedimentado no STJ. Segundo a Corte Superior, a competência cível estendida à Justiça Militar pela Emenda Constitucional 45, restringe-se a questões envolvendo infrações disciplinares, do que ora são se trata. Nesse sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MP CONTRA SERVIDORES MILITARES. AGRESSÕES FÍSICAS E MORAIS CONTRA MENOR INFRATOR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLICIAL. EMENDA 45/05. ACRÉSCIMO DE JURISDIÇÃO CÍVEL À JUSTIÇA MILITAR. AÇÕES CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. INTERPRETAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125, § 4º, IN FINE, DA CF/88. PRECEDENTES DO SUPREMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.

1. Conflito negativo suscitado para definir a competência - Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.

2. São três as questões a serem examinadas neste conflito: (a) competência para a causa ou competência para o recurso; (b) limites da competência cível da Justiça Militar; e (c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

3. Competência para a causa ou competência para o recurso:

3.1. O julgamento do conflito de competência é realizado secundum eventum litis, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no incidente se discute a competência para a causa ou a competência para o recurso.

3.2. Na espécie, o juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto pelo MP perante a Corte Estadual que, sem anular a decisão de primeira instância, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.

3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.

4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente, os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

5. Limites da jurisdição cível da Justiça Militar:

5.1. O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a jurisdição exclusivamente penal da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para "processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei".

5.2. A Emenda Constitucional 45/04, intitulada "Reforma do Judiciário", promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar ações civis propostas contra atos disciplinares militares.

5.3. Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil. Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela "Reforma do

Judiciário", deve ser interpretada restritivamente.

5.4. Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão-somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos.

5.5. Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.

5.6. No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de "indisciplina" e não ato disciplinar.

6. Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade:

6.1. Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, in fine, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de "decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças", resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.

6.2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.

6.3. Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, verbis: "O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo".

6.4. Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.

6.5. Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.

7. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado."

(Conflito de Competência nº 100.682/MG; Primeira Seção; Rel. Min. Castro Meira; v.u.; DJe: 18/06/2009)

Logo, a Justiça Comum e não a Militar, é competente para apreciar e julgar todos os pedidos contidos na inicial.

Por outro lado, a organização dos Tribunais Regionais Federais, dos Juízes Federais, bem como a competência da Justiça Federal, está delimitada a partir do artigo 106 do Texto Constitucional. Por seu turno, dispõe o artigo 109 da Constituição Federal:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(...)"

A análise dos pedidos formulados na inicial indica a necessidade de decisão uniforme da lide, tanto para a União, quanto para o Estado de São Paulo. Trata-se, pois de litisconsórcio necessário, nos termos do artigo 47 e seguintes do CPC, fato que remete a competência do julgamento para a Justiça Federal, segundo iterativo entendimento das Cortes Federais e Tribunais Superiores. (dentre outros, AC 20088000057348 AC - Apelação Cível - 478796 DJE - Data: 25/02/2010 - Página 683-TRF 5)

As funções do Ministério Público, dentre eles o Ministério Público Federal, integrante do Ministério Público da União, estão previstas no artigo 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)"

Por seu turno, a Lei Complementar nº 75/1993, ao disciplinar a organização e atribuições do Ministério Público da União, evidencia a atribuição da instituição para a defesa de direitos constitucionais, dentre eles a proteção do patrimônio público, inclusive mediante a propositura de ação civil pública:

"Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

(...)

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos" (grifei).

O Ministério Público Federal pretende, por meio do reconhecimento do pretense direito de regresso, proteger o patrimônio público em razão das indenizações desembolsadas pelas pessoas jurídicas de direito público, como reparação civil de condutas criminosas que, no aspecto individual, são atribuídas ao agravante. Legitima-se a atuação do "parquet" federal pela inércia, em tese, das próprias pessoas jurídicas de direito público em buscar a recomposição do erário público.

Há legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar a ação proposta.

A questão central reside na imprescritibilidade ou não do direito de regresso pretendido.

O Ministério Público Federal enumera diversos tratados internacionais- Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, estabelecida pela Assembléia Geral das Nações Unidas, assinada em 23/09/1985, e aprovada pelo Decreto Legislativo 4/89, bem como a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, de 9/12/1985, assinada pelo Brasil em 24/01/1986, e aprovada pelo Decreto Legislativo 5/89, ou, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 25/09/1992, e aprovado pelo Decreto Legislativo 27/92, e promulgado pelo Decreto 678/92.

Observa-se que nenhum desses tratados ou convenções trata da imprescritibilidade do crime de tortura.

É certo, ainda, que o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2002, através do Decreto nº 4463/2002.

Pode-se, por outro lado, afirmar que os fatos narrados nos autos não indicam a ocorrência de tortura, como fato ocasional ou delimitado, mas, ao revés, revelam a sua prática, sistematizada e institucionalizada, contra parte da própria população nacional, composta, à época, por opositores do governo militar instalado no Brasil em 1964.

Em princípio, como afirma o agravado, tais condutas não podem ser excluídas daquelas previstas no tratado que conduziu à criação do Tribunal Penal Internacional.

Neste passo, o Brasil é signatário do Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional,

criado pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, realizada em julho de 1.988. O referido tratado, assinado pelo Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo 112, que, a seu turno, foi promulgado pelo Decreto Presidencial 4.388, de 25.09.2002.

Bem descreve artigo publicado pelo eminente jurista, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski (*), os fundamentos do referido Tratado, in verbis:

".....Princípios fundamentais: A atuação do Tribunal Penal Internacional assenta-se sobre alguns princípios fundamentais, sendo talvez o mais importante o da complementariedade. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre "a falência das instituições nacionais" (15).

Outro é o princípio da universalidade, pelo qual os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações. O Estatuto contempla também o princípio da responsabilidade penal individual, segundo o qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado. O princípio da irrelevância da função oficial, por sua vez, permite que sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade. Já o princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores exige que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados. Por fim, o princípio da imprescritibilidade, de acordo com o qual a ação criminosa jamais terá extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado.

Os crimes em espécie O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado "com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso", compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Os crimes contra humanidade, qualificados como "qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque", incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos;

(10) desaparecimento de pessoas; (11) apartheid; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas.

São crimes de guerra os praticados em conflitos armados de índole internacional ou não, em particular quando cometidos como parte de um plano ou política para cometê-los em grande escala, abrangendo violações graves das Convenções de Genebra de 1949 e demais leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados, especialmente: (1) homicídio doloso; (2) tortura e outros tratamentos desumanos; (3) ataque a civis e destruição injustificada de seus bens; (4) tomada de reféns; (5) guerra sem quartel; (6) saques; (7) morte ou ferimento de adversários que se renderam; (8) utilização de veneno e de armas envenenadas; (9) manejo de gases asfíxiantes ou armas tóxicas; (10) uso de armas, projéteis, materiais ou métodos que causem danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários; (11) emprego de escudos humanos; (12) morte de civis por inanição; (13) organização de tribunais de exceção; e (14) recrutamento de crianças menores de 15 anos.

O crime de agressão, depois de muita discussão, acabou sendo inserido no Estatuto, mas não foi definido, pelo que não pode ser aplicado, diante da exigência de estrita tipificação das figuras delituosas que vigora no campo penal. Esse delito poderá ser mais tarde incluído na jurisdição do Tribunal, se for devidamente caracterizado por ocasião da reforma do Estatuto, que ocorrerá dentro de sete anos depois de sua entrada em vigor. Deverá, no entanto, amoldar-se à Carta das Nações Unidas, que prevê algumas hipóteses de guerra justa, a exemplo da intervenção para prevenir ou reprimir ameaças à paz.

Os crimes em espécie: O Estatuto define o crime de genocídio como qualquer ato praticado "com intenção de destruir total ou parcialmente grupo nacional, étnico, racial ou religioso", compreendendo: (1) matar membros do grupo; (2) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (3) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capaz de ocasionar-lhes a destruição física, total ou parcial; (4) adotar medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e (5) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Os crimes contra humanidade, qualificados como "qualquer ato praticado como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque", incluem: (1) homicídio; (2) extermínio; (3) escravidão; (4) deportação ou transferência forçada de populações; (5) encarceramento ou privação grave da liberdade física em violação a normas fundamentais de direito internacional; (6) tortura; (7) estupro; (8) escravidão sexual, prostituição compulsória, gravidez imposta, esterilização forçada ou outros abusos sexuais graves; (9) perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais ou religiosos; (10) desaparecimento de pessoas; (11) apartheid; e (12) outras práticas que causem grande sofrimento ou atentem contra a integridade física ou saúde mental das pessoas....). () disponível na Rede Mundial de Computadores*

Registre-se, outrossim, que o artigo 29 do referido tratado define como imprescritíveis os crimes nele referidos.

Em tese, as condutas descritas na petição inicial podem ser tipificadas no referido Tratado Internacional, que, a seu turno, contém, dentre outros, os princípios da imprescritibilidade dos crimes e da responsabilização individual dos perpetradores, independentemente da responsabilização dos Estados.

Considerando as disposições do artigo 5º, inciso LXXVIII e respectivos parágrafos, da Constituição Federal, tais disposições sobre direitos humanos têm aplicação *imediata* no Brasil.

Exemplos de tal aplicação imediata de tratados internacionais sobre direitos humanos extraem-se de julgados do Supremo Tribunal Federal, que afastaram a prisão civil prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, por conflitar com disposições advindas de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil (STF, REExt 349.703 e 466.343 e HC 87.585).

A questão que se coloca é se a incorporação do referido tratado no ordenamento nacional também abrange os crimes praticados antes de sua vigência, e, no caso, antes mesmo da promulgação da atual Constituição Federal.

A resposta, neste caso, é negativa, tanto que o Ministério Público não ofereceu denúncia criminal contra o agravante, firmando-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a recepção, pela Constituição Federal, da lei 6.683/79, a chamada lei da anistia, não obstante a adesão, pelo Brasil, ao referido tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, e do reconhecimento da autoridade das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não reconhecendo o Supremo Tribunal Federal a aplicação do referido Tratado sobre os crimes de tortura descritos na inicial, não existem fundamentos para afirmar que os seus efeitos civis possam ter repercussão no ordenamento nacional.

A questão da alegada imprescritibilidade de se obter a indenização pelos crimes pretensamente praticados pelo agravante deve ser analisada sob o enfoque da própria legislação constitucional brasileira, excluindo-se, como visto, as disposições contidas nos Tratados Internacionais supracitados.

Como já anotado, a lei de anistia- Lei nº 6.683/79, editada em momento anterior, foi recepcionada pela atual Carta Constitucional, segundo decisão do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153.

Argumenta-se que a referida concedeu, apenas, a anistia penal, mas não afastou a responsabilização civil. Entrementes, tal responsabilização civil é imprescritível?

Certamente, a tese da imprescritibilidade da indenização civil encontra eco no E. Supremo Tribunal Federal. Vejam-se excertos da decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131, publicado no DJe em 06/10/2011, quando analisou o que fora decidido na ADPF nº 153:

"(...)

Daí surgir a seguinte questão: o que ficou decidido na referida ação de natureza abstrata?

7. Resposta: ficou decidido, contra meu voto, pela "integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional". Lei de anistia, contudo, que não trata da responsabilidade civil pelos atos praticados no chamado "período de exceção". É certo que a anistia como causa de extinção da punibilidade e focada categoria de direito penal não implica a imediata exclusão do ilícito civil e sua conseqüente repercussão indenizatória.

(...)"

Nessa referida decisão monocrática, tratou-se de ação de indenização por danos morais, em face da tortura praticada nas dependências do DOI/CODI, hipótese que não se amolda perfeitamente ao presente caso.

No âmbito constitucional, o crime de tortura não é imprescritível (artigo 5º, inciso XVIII da CF), resultando, ainda, que o fundamento para a imprescritibilidade não reside em tratados internacionais, como acima assentado.

Resta, pois, que a pretensão do Ministério Público Federal deve escorar-se na aplicação do artigo 37, parágrafo 5º., da Constituição Federal, como alvitrado juízo de primeiro grau, na decisão ora hostilizada.

O §5º do artigo 37 da Constituição Federal tem a seguinte redação, in verbis:

§ 5º. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Não se extrai, da dicção do referido normativo constitucional, que existam restrições ao direito de ressarcimento em decorrência de atos ilícitos, praticados por agentes públicos, que causem prejuízos ao Erário. É possível, no entanto, aplicar tal dispositivo para ressarcimento de atos ilícitos praticados antes da promulgação da atual Constituição ?

De modo geral, uma nova ordem constitucional pode respeitar ou não o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito ocorridos na ordem anterior. No caso da atual Carta Constitucional, promulgaram-se as disposições constitucionais transitórias para disciplinar o chamado direito de transição entre a velha e a nova ordem constitucional. Não há nenhuma disposição no sentido de estender a imprescritibilidade da indenização devida por agentes públicos aos fatos pretéritos, nem quando foi disciplinada, especificamente, a questão da anistia e da reparação a ser paga pelo Estado aos perseguidos políticos, conforme o artigo 8º, do ADCT.

No que tange a aplicação da legislação ordinária, mesmo que se considerasse o prazo máximo de vinte anos de prescrição previsto no artigo 177 do então vigente Código Civil de 1916, e que tal prazo somente fosse contado a partir da promulgação da nova Constituição Federal, ter-se-ia sua fluência em outubro de 2008.

Considerando-se, assim, que a decisão proferida pelo Eminentíssimo Ministro Ayres Britto, na Reclamação nº 12131 não trata de hipótese idêntica à do presente caso, e que o eminentíssimo Ministro votara contrariamente à própria integração da lei de anistia no ordenamento constitucional, pede-se vênha para preservar, no momento, o entendimento de que prescrita a pretensão de responsabilização civil/administrativa dos supostos torturadores da OBAN e do DOI/CODI, conforme os fatos narrados na petição inicial da ação civil pública, ante a ausência de posição sedimentada pela Excelsa Corte sobre o tema.

Logo, em resumo, a responsabilização civil do agravante não é imprescritível, razão pela qual há de se prover o agravo, neste ponto, restando prejudicadas as demais questões alvitradas.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer a prescrição em favor do agravante, extinguindo o processo com julgamento de mérito, com base no artigo 269, inciso IV do CPC. Sem condenação em honorários advocatícios. Pois, "... *Em consonância com a jurisprudência assente no STJ, não se mostra cabível a condenação do Parquet em honorários quando se tratar de ação civil pública, execução e correlatos embargos, exceto quando houver prova da má-fé do Ministério Público. (Precedente: REsp 896.679/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12.5.2008.) AC 200885000022746AC - Apelação Cível - 478995 DJE - Data::30/03/2010 - Página::646 Desembargador Federal Leonardo Resende Martins.*"

Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROBERTO SANTORO FACCHINI:10099
Nº de Série do Certificado: 2B1D05BCB2082FC4
Data e Hora: 27/10/2011 18:35:41

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP

2011.03.00.025470-4/SP

RELATOR : Juiz Federal Convocado Santoro Facchini
AGRAVANTE : JOAO THOMAZ
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS MARQUES DOS SANTOS
AGRAVADO : Ministerio Publico Federal
PARTE RE' : Uniao Federal
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE PINHEIRO DE AMORIM
PARTE RE' : Estado de Sao Paulo
: HOMERO CESAR MACHADO e outros
: INNOCENCIO FABRICIO DE MATTOS BELTRAO
: MAURICIO LOPES LIMA
ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 4 VARA SAO PAULO Sec Jud SP
No. ORIG. : 00219676620104036100 4 Vr SAO PAULO/SP

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por João Thomaz em face de decisão proferida nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal.

Conforme relatório identificado na decisão recorrida, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face de "INNOCENCIO FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CESAR MACHADO, MAURÍCIO LOPES LIMA, JOÃO THOMAZ, UNIÃO FEDERAL e ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando: a) declaração de existência de relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, assim como com as vítimas da Operação Bandeirantes, em razão de suas responsabilidades pessoais pelas violações aos direitos humanos; b) condenação dos quatro primeiros réus ao pagamento regressivo à UNIÃO e ao ESTADO DE SÃO PAULO dos valores por tais entes pagos a título de indenização às vítimas da repressão, em razão do estipulado pelas Leis 9.140/95 e 10.559/02; c) condenação destes mesmos réus à reparação dos danos morais coletivos; d) condenação destes à perda dos cargos e funções públicas ou proventos de aposentadoria ou inatividade, em razão dos atos praticados; e) condenação da UNIÃO e do ESTADO DE SÃO PAULO a repararem danos imateriais à população brasileira, através de pedido formal de desculpas, publicado em veículos de imprensa; f) condenação destes dois últimos réus a tornarem públicas as informações relativas à Operação Bandeirantes.

Citadas a UNIÃO e o ESTADO DE SÃO PAULO, estes não manifestaram interesse em compor o pólo ativo da ação, em razão dos pedidos de seu interesse, pelo que sanada eventual impossibilidade de cumulação de pedidos no presente feito.

Apresentadas as contestações por todos os réus, validamente citados, foram trazidas à baila as seguintes preliminares: a) incompetência absoluta da Justiça Federal em relação ao pedido de perda do cargo ou proventos de inatividade dos militares; b) inépcia da inicial, uma vez que os pedidos formulados estariam dissociados da causa de pedir; c) inépcia da inicial por não ter sido acompanhada por documentos essenciais para o conhecimento do pleito; d) inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido declaratório, vez que nosso ordenamento jurídico não teria a previsão de declaração de fato, mas somente de relação jurídica; e) ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal, uma vez que não poderia ingressar com ação regressiva em favor da UNIÃO, além de não poder pretender defender direitos que, em verdade, são individuais homogêneos; f) ilegitimidade passiva dos réus pessoa física, uma vez que não teriam praticado os atos descritos na inicial; g) inadequação da via eleita, uma vez que não seria possível pedido declaratório por ação civil pública; h) ausência de interesse de agir, uma vez que os interesses seriam meramente políticos, sem qualquer utilidade ou necessidade; i) indispensabilidade do inquérito civil previamente à propositura da ação civil pública; j) prescrição da pretensão regressiva, uma vez que não se aplicaria a imprescritibilidade alegada pelo MPF, em razão de os fatos terem ocorrido antes desta previsão constitucional.

Foram ainda elencadas como preliminares pelo corréu JOÃO THOMAZ a carência de ação em razão de inexistência de direito de ressarcimento ao erário, por força do art. 12 da Lei 9140/95 e também em razão da Lei de Anistia, que impediria a responsabilização pessoal pedida na inicial. Entretanto tais questões dizem respeito, em verdade, ao mérito, pelo que serão analisadas por ocasião da prolação da sentença de mérito" - fls. 1.133/1.134.

O Juízo de origem assim se pronunciou sobre as questões postas:

"Ante o exposto, JULGO EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO em relação ao pedido de declaração de existência de relação jurídica entre os corréus INNOCÊNCIO, HOMERO, MAURÍCIO e JOÃO THOMAZ e as vítimas da OBAN, assim como seus familiares, tendo em vista a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para postular referido pedido, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

JULGO, ainda, EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO em relação ao pedido de desculpas formais pela UNIÃO e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, por ausência de interesse de agir, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Analisadas as preliminares e não havendo vícios ou nulidades a serem sanadas, passo a fixar os pontos controvertidos.

Os corréus INNOCÊNCIO, HOMERO, MAURÍCIO e JOÃO THOMAZ refutam em suas contestações sua participação na OBAN e/ou nos atos de tortura descritos na inicial. Assim é controvertida a participação destes nos eventos que fundam os pedidos declaratórios e condenatórios existentes na inicial.

Sendo tais questões de índole fática, deve a prova versar sobre estes pontos, uma vez que as demais questões trazidas na inicial e rebatidas nas contestações são eminentemente de direito" - fl. 1.138, verso.

Nas razões do recurso, em apertada síntese, sustenta-se que os pagamentos efetuados nos termos da lei 9.140/95 e 10.559/2002, pela União Federal não podem ser cobrados, em ação de regresso contra o agravante, com base no artigo 37, parágrafo 5º, da CF, porque não se trata da ocorrência de dano direto ao Erário, pelo ato ou omissão do servidor público. Nas referidas leis apenas se cogitou da renúncia do prazo prescricional em desfavor da própria União Federal, que não pode prejudicar terceiros, a teor do artigo 191 do Código Civil. Assim, qualquer pedido de indenização contra o agravante está prescrito, nos termos do que dispõe o Código Civil, e nos próprios termos da atual Constituição Federal, porque o crime de tortura não é imprescritível, como deflui do seu artigo 5º, inciso XVIII.

Ademais decisões estrangeiras não podem ser aplicadas no Brasil, por afronta ao princípio da legalidade. O Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1.968, e somente reconheceu a autoridade da Corte Interamericana em 2.002, pelo Decreto 4463/2002.

Defende também a incompetência da Justiça Federal para julgar o pedido de perda do cargo ou de proventos de militares, de competência da Justiça Militar, conforme disposto pela Emenda Constitucional 45 de 2.003, ao alterar a redação do artigo 125, parágrafo 4º. Da CF.

São ainda argüidas as preliminares de inépcia da inicial por ausência de documentos essenciais, e que a inicial deve ser indeferida (artigo 295, inciso II parágrafo único do CPC), pois que os pedidos são genéricos, verificando-se a inadequação da medida - (declaração de fatos) e ingerência indevida nas esferas dos demais poderes da República, bem como impossibilidade dos pedidos, em face da lei de anistia - lei 6.683/79-, e da própria lei 9.140/95, que não prevê o ressarcimento dos valores pagos, rematando-se que se trata, no caso, de interesse político e não jurídico.

Recurso processado sem efeito suspensivo. Intimado, o Ministério Público Federal apresentou resposta ao recurso.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Santoro Facchini
Juiz Federal Convocado

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por:

Signatário (a): ROBERTO SANTORO FACCHINI:10099
Nº de Série do Certificado: 2B1D05BCB2082FC4
Data e Hora: 27/10/2011 18:35:26
