



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 3ª REGIÃO**

**Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Doutor MAIRAN MAIA,
Relator do Agravo de Instrumento nº 0025470-28.2011.4.03.0000,
distribuído à Colenda Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal
da Terceira Região.**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora Regional da República signatária, vem oferecer **contraminuta** ao agravo interposto por JOÃO THOMAZ em face da r. decisão de primeiro grau reproduzida a fls. 1133/1139 proferida pelo D. Juízo Federal da 04ª Vara Cível de São Paulo na AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0021967-66.2010.403.6100, com pedido de antecipação de tutela, pelos fundamentos a seguir expostos e que seguem anexos.

São Paulo, 26 de setembro de 2011.

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI
Procuradora Regional da República

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO

PROCESSO Nº 0025470-28.2011.4.03.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: JOÃO THOMAZ

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

SEXTA TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

**CONTRAMINUTA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**Eminentes Julgadores,
Colenda Turma.**

I – DOS FATOS.

Trata-se de agravo de instrumento incidental à Ação Civil Pública nº 0021967-66.2010.403.6100, com pedido de antecipação de tutela, proposta pelo Ministério Público Federal em face da INNOCÊNCIO FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CÉSAR MACHADO, MAURÍCIO LOPES LIMA, JOÃO THOMAZ, UNIÃO e ESTADO DE SÃO PAULO.

A referida ação civil pública objetiva:

- 1) **declarar** a existência de relação jurídica entre HOMERO CÉSAR MACHADO, INNOCÊNCIOFABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, JOÃO THOMAZ e MAURÍCIO LOPES LIMA e a sociedade brasileira, bem como entre esses e as vítimas da Operação Bandeirantes do II Exército (inclusive as referidas nos itens 3 da inicial), ou seus familiares, em razão das responsabilidades pessoais dos réus pelas graves violações aos direitos humanos perpetradas durante o período em que serviram nesse órgão;
- 2) **condenar** os réus referidos no item precedente a suportarem, regressivamente, os valores das indenizações pagas pela União, na forma da Lei 9140/95, nos montantes que vierem a ser informados pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, atualizados monetariamente e acrescidos de juros moratórios pelos índices aplicáveis aos créditos da Fazenda Nacional, desde as datas dos pagamentos, em relação às respectivas vítimas de mortes e desaparecimentos
- 3) **condenar** os réus referidos no item I supra a suportarem, regressivamente, as indenizações pagas pela União nos termos da Lei nº 10559/02, em razão de violências sofridas às vítimas listadas em fase instrutória, nos montantes que vierem a ser informados pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, devidamente atualizados monetariamente e acrescidos de juros moratórios pelos índices aplicáveis aos créditos da Fazenda Nacional, desde as datas dos pagamentos respectivos;
- 4) **condenar** os réus referidos no item 1 supra a repararem os danos morais coletivos mediante pagamento de indenização a ser fixado na sentença, ou outra providência razoável;
- 5) **condenar** os réus referidos no item 1 supra à perda das funções e cargos públicos, efetivos ou comissionados, que estejam eventualmente exercendo na

Administração direta ou indireta de qualquer ente federativo, bem como a não mais serem investidos em nova função pública, de qualquer natureza;

6) **condenar** os réus referidos no item 1 supra à perda dos proventos de aposentadoria ou inatividade que estejam percebendo da União ou do Estado de São Paulo, independentemente da data em que foram concedidos;

7) **condenar** a União e o Estado de São Paulo a **repararem** os danos imateriais mediante pedido formal de desculpas a toda a população brasileira, relativamente aos casos específicos reconhecidos na presente ação, a ser preferencialmente proferido pelas respectivas chefias de governo, divulgado em mensagem veiculada ao menos em dois jornais de grande circulação no Estado de São Paulo, com espaço equivalente a meia página, por no mínimo 2 domingos seguidos, sem prejuízo de outras providências;

8) **condenar** a União e o Estado de São Paulo ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em tornar públicas à sociedade brasileira todas as informações relativas às atividades desenvolvidas na Operação Bandeirantes – OBAN, inclusive a divulgação de:

- a) nomes completos de todas as pessoas presas legal ou ilegalmente, as datas e as circunstâncias de suas detenções, inclusive com a apresentação de todas as “grades diárias” de controle de presos;
- b) nomes de todas as pessoas torturadas;
- c) nomes de todas as pessoas que morreram nas dependências da OBAN, ou em ações externas de seus agentes;
- d) circunstâncias das mortes ocorridas;
- e) destino das pessoas desaparecidas;
- f) nomes completos – bem como seus eventuais apelidos ou alcunhas – de todos os agentes militares e civis que serviram no órgão, suas

patentes ou cargos nos serviços de origem, suas funções na OBAN e respectivos períodos em que exerceram as funções;

- g)** nomes completos de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que contribuíram, financeiramente ou não, para a instalação e funcionamento da OBAN.

Requer, finalmente, a fixação de multa diária na hipótese de descumprimento do disposto nos itens 7 e 8 do pedido, em valor que se pede não seja inferior a R\$10.000,00 (dez mil reais).

Pede, ainda, sejam a União Federal e o Estado de São Paulo intimados a apresentar a ficha funcional integral de todos os réus, no prazo de 30 (trinta) dias, mediante mandado à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral do Estado e ofício aos Excelentíssimos Senhores Ministro da Defesa e Secretário de Estado da Segurança Pública; seja requisitado aos Presidentes da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (Lei nº 10.559/02) e da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (Lei 9.140/95), ambas com endereço no Ministério da Justiça, Esplanada dos Ministérios, Brasília-DF, que informem os beneficiários, bem como os valores e datas de pagamentos, de indenizações ou reparações devidas em função dos fatos descritos nesta ação, ocorridos entre 1969 e 1970, em São Paulo/SP; sejam a União e o Estado de São Paulo citados e, na oportunidade, intimados a se manifestarem sobre a assunção do polo ativo ao lado do Ministério Público Federal, por aplicação analógica do § 3º, do artigo 6º, da Lei da Ação Popular. Pede-se que, nesse ato, seja o Estado de São Paulo intimado a se manifestar especificamente sobre seu interesse em aditar o pedido para incluir requerimento relativo ao exercício do direito de regresso em face dos réus pessoas físicas, diante do pagamento das indenizações previstas na Lei Estadual nº 10.726/01 e a Advocacia da União intimada a se manifestar sobre a aplicação no caso concreto do contido no despacho do Consultor-Geral da

União nº 073/2007, de lavra do Dr. MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO, aprovado pelo Advogado-Geral da União, Dr. ÁLVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA (doc. 38); sejam os demais réus citados, inclusive, quando necessário, por carta precatória, para, querendo, contestarem a ação; a produção de provas; a condenação do réu nos ônus da sucumbência cabíveis.

O Douto Juízo Cível Federal determinou a citação da União, do Estado de São Paulo (os quais não manifestaram interesse em compor o pólo ativo da ação) e dos réus, validamente citados, tendo sido arguidas as seguintes preliminares nas contestações:

- 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, pessoas físicas, 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 elencados pelo corréu, ora agravante, JOÃO THOMAZ a carência da 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, o que segundo a D. Magistrada confunde-se com o mérito e serão apreciadas na ocasião de prolação da sentença.

Ao apreciar as preliminares, a Meritíssima Juíza Federal houve por bem:

- a) entender plenamente competente o Juízo Federal para processar e julgar os pedidos elencados na inicial, os quais foram formulados em ação civil pública e tem natureza civil, afastando-se, assim, qualquer apreciação pela Justiça Militar;
- b) afastar a inépcia da inicial uma vez que os pedidos formulados em face dos quatro réus decorrem da causa de pedir formulada são claros, objetivos, certos e determinados;
- c) entender pertinente e possível a formulação dos pedidos de desculpas a serem prestadas pela UNIÃO e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, por decorrem da lógica dos fatos descritos de que se vale a autora para demonstrar a violação aos direitos humanos;
- d) afastar a inépcia da inicial, quanto ao pedido de que sejam tornadas públicas as informações relativas à OBAN, mas ressaltou que de fato não há a descrição de maneira detalhada dos fatos descritos, para dar suporte à causa de pedir, mas é possível a compreensão dos mesmos não havendo qualquer cerceamento da defesa dos corréus.
- e) afastar a impossibilidade jurídica do pedido declaratório, vez que não pretende a parte autora a declaração de fato, mas sim de relação jurídica, de índole civil.

f) reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para defesa dos interesses expostos na inicial que são, sem dúvida, difusos, seja em relação a toda a sociedade, quando protege o interesse pela integridade dos direitos humanos, seja pela defesa do patrimônio público - erário.

g) entender como interesse difuso também o pedido dirigido contra a União e o Estado de São Paulo de formulação de desculpas à sociedade.

h) não reconhecer a legitimidade ativa do MPF para postulação, nem mesmo a via civil adequada para o pedido de declaração de existência jurídica entre HOMERO CÉSAR MACHADO, INNOCÊNCIO, FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, JOÃO THOMAZ e MAURÍCIO LOPES LIMA e a sociedade brasileira, bem como entre esses e as vítimas da Operação Bandeirantes do II Exército (inclusive as referidas nos itens 3 da inicial), ou seus familiares, em razão das responsabilidades pessoais dos réus pelas graves violações aos direitos humanos perpetradas durante o período em que serviram nesse órgão. Entende que são estritamente individuais os interesses de cada vítima em tal declaração e que a declaração da existência da relação jurídica obrigacional objeto dos autos necessita de comprovação não bastando a genérica comprovação de que o réu foi agente da repressão, mas sim que atuou na violação dos direitos humanos daquela vítima.

i) deslocar para a fase de apreciação do mérito as alegações de ilegitimidade passiva formulada pelos corréus, por se confundir com aquele, além de ensejar análise das provas atinentes à causa de pedir e ao pedido.

j) afastar entendimento de que é inadequada propositura de ação civil pública para a postulação de pedido declaratório.

k) entender que a análise da falta de utilidade, por se tratar de interesses meramente políticos, em verdade, diz respeito ao mérito.

l) não reconhecer o interesse de agir do MPF no tocante ao pedido de desculpas formais por parte da União e do Estado de São Paulo, uma vez que a farta documentação demonstra que os entes requeridos não negam suas

responsabilidades e já editaram leis para indenizar as vítimas do regime e outras ações de recomposição da memória e da verdade tem sido tomadas, com descrito nas contestações daqueles.

m) declarar a desnecessidade de inquérito civil previamente à propositura de ação civil pública.

n) afastar as preliminares de mérito de prescrição, vez que o pedido declaratório e o pedido de indenização regressiva entre os corréus dos cofres públicos não estão a ela sujeitos, postergando a apreciação da existência de dano ao erário.

Concluiu a douta magistrada pela extinção do 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. Julgou 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. Como pontos controvertidos ponderou a MM. Juíza Federal que:

“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.”

“Assim, manifestem-se as partes, no prazo de 15 dias, acerca das provas que pretendem produzir, justificando sua pertinência e tendo em vista os pontos controvertidos ora fixados. Após, tornem os autos conclusos” (fls. 1138verso).

Inconformado, o corréu JOÃO THOMAZ interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 02/60), com pedido de efeito suspensivo ativo, em face da r. decisão de primeiro grau que, segundo aduzido teria indeferido todas as preliminares apresentadas, a saber: a) prescrição da pretensão do MPF, por discutir fatos ocorridos, hipoteticamente, durante o período militar há mais de 40(quarenta) anos, cuja eventual condenação trará prejuízo irreparável para o Agravante b) a necessidade de se receber o presente agravo em seu efeito suspensivo preventivo, para que o Agravante não corra risco de perder seus rendimentos mensais de aposentadoria, com natureza alimentar, por ação civil pública eivada de diversos vícios, dentre eles a prescrição; c) ratifica a preliminar de mérito arguída na contestação, por considerar que embora o MPF venha a sustentar que os ilícitos narrados na petição inicial são graves e lesaram a humanidade e, por conseguinte, seriam imprescritíveis, tal tese jurídica não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico e, por isto, deve ser rechaçada; d) reafirma a alegação de incompetência absoluta da Justiça Federal em relação ao pedido de perda do cargo ou proventos de inatividade dos militares; e) insiste, também, na inépcia da petição inicial por ausência de documentos essenciais; f) requer o indeferimento da inicial extinguindo-se o feito sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 295, parágrafo único, inciso II, diante da generalidade do pedido, além das confusões e imprecisões; g) reforça o argumento de falta de interesse de agir do MPF pela inadequação da via eleita, uma vez que não cabe demanda judicial para declaração de fatos históricos, nem mesmo para declarar que alguém cometeu um crime; h) defende a falta de interesse de interesse processual do MPF por ingerência na função típica do Executivo associada à ilegitimidade ativa do MPF, uma vez que a legitimidade para a propositura da presente ação é da União e do Estado de São Paulo; i) insiste na tese de que o direito de regresso só existe se houver a comprovação do dolo ou culpa do agente, aliada a existência de uma condenação judicial, o que

diz não existir nos presentes autos; j) afirma, ainda, que há carência da ação pela hipótese de não ressarcimento ao Erário, pois não existe na lei a possibilidade do direito de regresso; k) aduz a falta de interesse de agir do MPF, uma vez que os interesses tutelados seriam políticos e não jurídicos; l) alega a falta de interesse processual do MPF diante da anistia concedida pela Lei nº 6683/79, que promoveu o esquecimento e o perdão recíproco, no sentido mais amplo do termo, daí porque não haveria que se falar em responsabilidade. Requer, então, o provimento do agravo, a fim de ser reconhecida a prescrição nos termos do artigo 269, inciso IV, do CPC ou, ainda, seja declarado extinto o processo, com base nos artigos 267 e 295 do CPC, diante de toda a argumentação exposta. Requer, por fim, a concessão do efeito suspensivo ativo ao presente recurso, pois presentes os requisitos do perigo de grave lesão e dano de difícil reparação originado por injusto e prescrito pleito do Ministério Público Federal em sede de ação civil pública.

O Excelentíssimo Desembargador Federal Relator ao receber os autos proferiu r. despacho a fls. 1155, no qual determinou ao agravado a manifestação, detalhada, sobre as alegações expostas pelo agravante.

Vieram, então, os autos ao Ministério Público Federal para apresentação de contraminuta, conforme determinado no r. despacho a fls. 1155 passando-se a refutar, detalhadamente, cada um dos argumentos ofertados pelo agravante, a saber:

II - DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL EM RELAÇÃO AO PEDIDO.

Alega o agravante que o objeto da presente demanda por envolver a perda de função pública e proventos de aposentadoria de servidor público militar, apenas poderia ser processado e julgado na Justiça Militar que deteria esta competência.

Equivoca-se, contudo, o agravante como bem destacado na r. decisão recorrida.

Como já afirmado nos autos principais o ilícito apontado merece reparação civil, por isto cabe à Justiça Comum a decisão sobre a perda do posto ou patente.

Com efeito, o ato ilícito rechaçado não tem fundamento jurídico no artigo 142, incisos VI e VII, da Constituição da República, o qual inclusive deve ser interpretado de forma sistemática com o artigo 124 do mesmo diploma constitucional, que limita a competência da Justiça Militar Federal para processar e julgar crimes militares.

É de todo sabido que as responsabilidades civil, penal e administrativa (ou disciplinar) convivem no ordenamento jurídico pátrio em instâncias independentes, sendo que, de um mesmo fato, podem surgir repercussões nestas diversas searas.

Ora, se a conduta de servidor público militar é tipificada como crime e não é julgado pela Justiça Militar, conseqüentemente as sanções serão de natureza civil aplicadas pela Justiça Comum.

Na hipótese em tela não há vinculação dos crimes contra a humanidade com os crimes tipificados pela lei militar, cujos ilícitos penais militares ou disciplinares serão processadas e julgada pela Justiça Militar.

Todavia, quando se estiver diante de crimes não militares, cujas sanções são de natureza civil, caberá à Justiça Comum suas decretações, como a perda da patente de oficiais ou graduações de praças (Nesse sentido manifestou-se o Colendo Supremo Tribunal Federal: RE nº 199.800/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ de 04.05.01 e Habeas Corpus nº 92.181-7, Rel. Min. Joaquim Barbosa).

A Lei nº 9455/97, denominada Lei de Tortura, prescreve no artigo 1º, §5º essas sanções: “Art.1º *Constitui crime de tortura: (...) § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.*

Daí porque, seja pelo objeto, seja pela escolha da via processual caberá à Justiça Comum exercer sua competência ao apreciar ação civil pública.

Relembre-se, por necessário, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado brasileiro a promover a responsabilização – dentro dos princípios do devido processo legal – dos perpetradores de graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar (caso Gomes Lund *versus* Brasil), prolatada em 14 de dezembro de 2010, impondo ao Estado o dever de investigar e sancionar as graves violações aos direitos humanos referentes ao período da ditadura militar brasileira, destacando-se que todas as ações judiciais pertinentes sejam processadas perante a Justiça Comum. (ponto resolutivo nº 3, do inteiro teor da sentença acessível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/temas-de-atuacao/direito-a-memoria-e-a-verdade/decisoes-judiciais/caso-julia-gomes-lund-sentenca-24-11-10>).

No dispositivo da r. sentença a Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH consta no item 9 a menção expressa aos parágrafos 256 e 257 desta que estipularam os critérios para condução dos processos de apuração de responsabilidades, com vistas a se evitar a repetição, como segue: “257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar.

Nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme v. acórdão unânime, proferido pela Primeira Seção (CC 100.682, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 10/6/09):

“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.

[...]

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. (grifado)

A Justiça Militar não preenche os requisitos necessários para processar e julgar graves violações a direitos humanos praticadas por militares contra civis, atinente, em tempos de paz, da mais ampla e efetiva independência de seus juízes, mediante total desvinculação das Forças Armadas.

Ademais, na Justiça Militar brasileira por vezes não há a imparcialidade necessária, porquanto vinculados às funções que a lei designa

às Forças Armadas, como aliás reconhecido pela Corte Interamericana de Direito Humanos no caso LAS PALMERAS versus COLOMBIA, conforme citação em réplica ministerial na ação principal também disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf, acesso em 26/09/2011:

“51. A este respeito, o Tribunal já estabeleceu que em um Estado democrático de direito a jurisdição penal militar tem de possuir um alcance restritivo e excepcional e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei designa às forças militares. Por isto, apenas deve julgar a militares pela prática de delitos ou faltas, que pela sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar.

52. Por sua vez, esta Corte entende pertinente recordar que a jurisdição militar

‘se estabelece em diversas legislações com o fim de manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas. Inclusive, esta jurisdição funcional reserva sua aplicação aos militares que tenham incorrido na prática do delito ou falta no exercício de suas funções e sob certas circunstâncias. [Pelo que q]uando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deveria ser conhecido pela justiça comum, o direito ao juiz natural resta afetado e, a fortiori, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça.’

53. Consoante já referido, o juiz encarregado do conhecimento de uma causa deve ser competente, independente e imparcial. No caso sub judice, as próprias forças armadas, responsáveis pelo combate aos grupos insurgentes, são as encarregadas de julgar os seus pares pela execução de civis, conforme reconheceu o próprio Estado. Consequentemente, a investigação e sanção dos responsáveis devia ter recaído, desde o princípio, na justiça comum, independentemente dos supostos autores terem sido policiais em serviço. [...]

Lembre-se da composição definida no artigo 123 da Constituição da República, que confere dois terços dos assentos aos militares, o que revela uma Justiça Militar brasileira, cuja composição e organização não gozam de autonomia em relação às Forças Armadas. Nem mesmo os Ministros do Superior Tribunal Militar não se desvinculam das Forças Armadas, por continuarem membros da ativa, conforme o estabelecido no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.457/92, a qual organiza a Justiça Militar federal: “[o]s Ministros militares permanecem na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica”. Ademais, nos casos de substituição oficial, ou para compor quórum, são convocados “oficiais da Marinha, Exército ou Aeronáutica, do mais alto posto” (Lei nº 8.457/92, art. 62, II, e Regimento Interno do STM, art. 26).

O zelo e a necessidade de efetividade na apuração e na responsabilização dos atos praticados por militares no contexto da repressão política na ditadura militar brasileira levaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos a prescrever que estes sejam processados e julgados necessariamente pela Justiça Comum.

Em síntese, seja pela natureza da presente ação e do pedido formulado, ou pela vinculação do Estado brasileiro à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a presente ação é de competência exclusiva da Justiça Federal Comum.

II.1.- DA PERDA DOS RENDIMENTOS MENSAIS DE APOSENTADORIA.

Improcede a alegação do agravante de que há incompetência absoluta da Justiça Federal no tocante à aplicação da pena de perda da função pública ou cassação de aposentadoria, bem como inconsistente a alegação de limitação temporal.

O objeto da ação civil pública é bastante claro e não se pretende o sancionamento específico da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade

Administrativa), mas sim o reconhecimento da incompatibilidade entre as condutas dos réus, um deles ora agravante, com a permanência no serviço público, por ausência de requisito essencial, a moralidade.

Mesmo porque é sabido que a Lei de Improbidade administrativa (Lei 8.429/92) traz uma lacuna em relação ao ato de improbidade praticado pelo agente público que posteriormente venha a se aposentar e do inativo ocupante de função pública que nessa condição comete crime. De outro lado, a Lei 8.112/90 prevê a penalidade de cassação de aposentadoria para os servidores concursados, *tolittur quaestio*.

Os atos ilícitos praticados pelos réus, em destaque os executados pelo ora agravante, atingem as regras da moralidade comum (da ética e dos costumes da sociedade) e da moralidade administrativa (positivada, portanto, cujos atos têm como alicerce a lealdade aos preceitos da ordem jurídica e a boa-fé no exercício do “dever-poder”, conforme conhecida expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello).

É sabido que o conteúdo da moralidade vem expresso em diversos dispositivos constitucionais (artigo 5º LXXIII c/c artigo 37, *caput* e §4º c/c artigo 85, inciso V, da CR/88) e é extraído dos valores éticos existentes na sociedade brasileira em que foi inserido e elevado a princípio.

Nesse sentido, esclarece Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: *“São as regras éticas que informam o direito positivo como mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita e costumeira. Encerram normas jurídicas universais, expressão de proteção do gênero humano na realização do direito.”*¹.

Assim se lê, ainda, das lições de Weida Zancaner², quando destaca a autonomia do princípio da moralidade em consentâneo com as

¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Princípios Gerais de Direito Administrativo – vol. I. Editora Forense, 1969, p. 360.

² Weida Zancaner. Razoabilidade e Moralidade. Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2. Editora Malheiros, 1997, p. 629.

idéias que embasam o Estado Democrático de Direito e finaliza “(...) *a redução do princípio da moralidade ao da legalidade obstaculiza que o perfil constitucional do Estado Democrático de Direito se concretize em sua inteireza.*”

Todavia, o princípio da moralidade é um princípio intrinsecamente vinculado à legalidade, pois é a lei que lhe define o conteúdo erigindo os valores específicos em que aquele deve se pautar.

Um dos *standards* de nosso ordenamento jurídico, bem como de nossos costumes consiste na dignidade da pessoa humana e na segurança de gozá-la como fruto de anseio da humanidade.

Portanto, as pessoas que estão investidas no exercício de função pública e devem obediência às ordens legais assim como o simples cidadão deverão agir ao largo de atos e de influências nefastas, sem respaldo legal.

Assim sendo, não há como 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.*” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Imprescritibilidade dos crimes de tortura, in Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Coordenadoras Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.137/139*).

Quando o cidadão busca a tutela jurisdicional propondo a ação popular, o faz para fins de preservação da moralidade, pois a atuação do agente violou a legalidade, nas palavras consagradas de Márcio Cammarosano “*violar a moralidade é violar o Direito.*”

No caso tem tela, ambas as violações ocorrem, seja a violação de preceito moral, não juridicizado, que consagra, explícita ou implicitamente,

valores morais, seja a violação à moralidade administrativa, em razão do exercício ilegal da função pública, pela força, violência e opressão.

III - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO.

Conforme destacado na r. decisão guerreada os interesses defendidos pelo Ministério Público Federal estão afetos à tortura e à morte de pessoas, ou seja, crimes cometidos pelo aparato repressivo do governo contra um(a) perseguido(a) político(a), portanto, interesses transindividuais.

A Justiça de Transição engloba fases de busca da verdade e da memória e esse processo está ligado intrinsecamente à recuperação ou à valorização de um conceito material e ontológico perdido, desgastado ou ocultado, que estrutura ou visa a que sejam reconstruídas: a verdade e a memória identitária dos indivíduos e da sociedade, permitindo a tutela individual ou compartilhada da verdade a partir das informações existentes; a verdade e memória democrática, para que se permita a formação de idéias e convicções de modo livre, garantindo-se a participação de todos no processo decisório individual ou coletivo; a memória e verdade histórica, porquanto fatos da história de um país de relevante interesse social, especialmente as que dizem com graves violações a direitos humanos, colaboram para processos de paz social; memória e verdade justa, na proporção em que ajuda a eliminar cenários de impunidade.

Na lição de Habermas é fundamental “garantir a real oportunidade a todos de se tornarem, além de destinatários, também autores de sua ordem jurídica” (HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 52).

Como dentre as atribuições do Ministério Público está justamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis, primados do Estado Democrático de Direito, tem-se como imprescindíveis iniciativas para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos ocorridas no bojo de conflitos armados (v.g., guerras civis) ou de regimes autoritários (ditaduras). Em outras palavras, o Ministério Público tem o dever constitucional e legal de por em marcha a Justiça de Transição que implica na adoção de providências tendentes a: esclarecer a verdade, tanto histórica (que se considera a obtida mediante Comissões de Verdade) quanto judicial (apurada no bojo de ações judiciais), procedendo-se à abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção; busca de justiça, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade; promoção da reparação dos danos às vítimas; reestruturação institucional dos serviços de segurança, inclusive das Forças Armadas e dos órgãos policiais para adequá-los à pauta axiológica do regime de um Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos direitos fundamentais.

Todos esses instrumentos - promoção da verdade, da justiça, da reparação, da memória e da reforma institucional – são indispensáveis para a consecução do objetivo da não-repetição e de seus pressupostos, mediante a prevenção e a responsabilização em face de regimes autoritários partidários da violação de direitos humanos.

De tal forma que sejam respeitados os princípios da cidadania e da democracia pela valorização da verdade e da reparação, bem como pelo repúdio à cultura da impunidade e do segredo.

É adequada a via eleita por estar respaldada no artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, que confere ao Ministério Público Federal a defesa da tutela de *qualquer interesse difuso ou coletivo*.

A Constituição da República de 1988 prescreve a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo por meio de ação civil pública, norma de eficácia plena, que veio a ser reafirmada com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que adicionou ao artigo 1º o inciso IV da LACP^{3 4 5}.

Portanto, foi instituída a juridicidade da tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo por meio de ação civil pública, tendo como legitimado ativo o Ministério Público para propositura de demandas em que o interesse público resta demonstrado, bem como, no caso em tela, requerer o direito de regresso por omissão da União, sem que haja qualquer hipótese de ofensa ao princípio da separação de poderes, vez que são os interesses e os padrões da sociedade brasileira que estão sendo defendidos.

Destaque-se, ademais e por fim, que o patrimônio público é um bem público indisponível e sua recomposição é de interesse de toda a coletividade, razão pela qual o Ministério Público tem competência e atribuição funcional para defendê-lo (artigo 129, inciso III, da CR/88).

³ “Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.” Posteriormente, houve a inclusão da tutela da ordem urbanística (artigo 1º, inciso III, da Lei 7347/85, alterado pela Lei 10257/2001 (Estatuto da Cidade). Contudo, Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

⁴ V.g. NEGRÃO, Theotônio e José Roberto R. Gouvea. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. Atual.até 16.01.2007. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.119.

⁵ V.g. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 973.

Bem por isso, tendo em vista toda essa gama de providências e atribuições institucionais do *parquet* federal é que foi criado um Grupo de Trabalho – GT-Memória e Verdade, no âmbito da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão no âmbito do MPF.

IV - DA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DA NATUREZA JURÍDICA DOS INTERESSES TUTELADOS E DA COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL DOS FATOS ALEGADOS EM RELAÇÃO AO AGRAVANTE – JOÃO THOMAZ.

Restou demonstrado em primeiro grau de jurisdição pelos argumentos, fatos e fundamentos jurídicos apresentados pelo Ministério Público Federal, que a ação civil pública busca, inicialmente, contextualizar as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar no Brasil (1964-1985), cuja atuação teve início em 1999 e foi restrita, a princípio, à tarefa humanitária de buscar e identificar restos mortais de desaparecidos políticos para entrega às respectivas famílias.

A lisura e a procedência do contexto exposto na exordial deitam em foros de legalidade, na medida em que, em 21/09/2011, foi aprovada pelo Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal) a redação final do Projeto de Lei nº 7376/2010, que cria a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a qual aguarda apenas a sanção presidencial.

É recentíssima também a edição da Portaria nº 417⁶, de 05/04/2011, do Ministério da Justiça, após recomendação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e do Grupo de Trabalho Memória e Verdade, que regulamenta o acesso aos documentos produzidos e acumulados por órgãos e entidades integrantes, direta ou indiretamente, do extinto Sistema Nacional de Informações e Contrainformações (SISNI), relacionados com o regime militar que vigorou entre os anos de 1964 e 1985, que estavam sob a guarda do Arquivo Nacional.

Conforme citado na petição inicial, “a ditadura militar foi marcada pela supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição e repressão contra setores da população civil considerados como opositores do regime. Graves violações aos direitos humanos foram oficialmente reconhecidas nos artigos 8º e 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na Lei nº 9.140/95⁷ e na publicação da Presidência da República *Direito à Memória e à Verdade*⁸. “É notório que houve no Brasil uma perseguição generalizada e sistemática à população civil que discordava ou parecia demonstrar discordância ao governo militar e seu ideário. Toda a população brasileira sabia do risco de manifestar oposição ao governo que assumiu o poder com o golpe militar de 1964. De fato, ao menos 30 mil cidadãos foram vítimas de prisões ilícitas e torturas⁹ e mais de 400 foram assassinados ou desapareceram”. “Esses ilícitos são juridicamente reputados crimes contra a humanidade e se

⁶ Ministério da Justiça, GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA Nº 417, DE 5 DE ABRIL DE 2011

Regulamenta o procedimento de acesso aos documentos produzidos e acumulados por órgãos e entidades integrantes, direta ou indiretamente, do extinto Sistema Nacional de Informações e Contrainformação - SISNI, relacionados ao regime militar que vigorou entre os anos de 1964 e 1985, que estejam sob a guarda do Arquivo Nacional, e dá outras providências.

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, no art. 30 do Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002, e no Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, e considerando o disposto nas Leis nos 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e 11.111, de 5 de maio de 2005, e no Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002, **resolve**: (...)

Art. 8º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ EDUARDO CARDOZO

Publicada no DOU Nº 66, quarta-feira, 6 de abril de 2011, Seção 1, página 66

⁷ “Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências.”

⁸ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 23.

⁹ Cálculo efetuado a partir de dados da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça.

submetem à responsabilização civil e penal a qualquer tempo, conforme adiante se demonstrará”. “A violência estatal assumiu maior proporção a partir do ano de 1968 e a edição do Ato Institucional nº 5. Até então, a repressão à dissidência política era realizada de forma concorrente pelos aparatos policiais (estaduais e federal) e Forças Armadas, mas, a partir deste ano, praticamente todo o trabalho passou a ser coordenado – e em grande parte executado – pelas Forças Armadas, com a subordinação das polícias aos comandos militares”.

A persistente omissão do Estado brasileiro em implementar adequadas medidas de promoção dos direitos humanos em relação aos acontecimentos da ditadura militar levou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos - OEA a demandá-lo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no processo de Julia Gomes Lund (Caso 11.552 sobre a Guerrilha do Araguaia), que exortou o Brasil a implementar a justiça de transição diante das opressões e omissões durante o regime ditatorial, contando, dentre outros instrumentos de realização dos direitos humanos, com uma Comissão Nacional da Verdade, dotada de independência, idoneidade e transparência.

Antes disso, inclusive, o Comitê de Direitos Humanos¹⁰ da Organização das Nações Unidas – ONU recomendou, em 2 de novembro de 2005, que o Brasil tornasse públicos os documentos relevantes sobre os crimes cometidos durante essa fase do País, responsabilizando seus autores.

É consistente e louvável a iniciativa oficial em estimular a busca da verdade sobre as violações aos direitos humanos com a edição do livro *Direito à Memória e à Verdade*¹¹, que reúne as conclusões da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos da Presidência da República¹². No entanto,

¹⁰ Artigo 40 do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos.

¹¹ BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

¹² Instituída pela Lei nº 9.140/95.

essa publicação não tem o condão e nem parece pretender elucidar as circunstâncias dos ilícitos e as responsabilidades. Mas indubitavelmente revela a referida obra o reconhecimento do Estado brasileiro de que alguns órgãos de repressão foram verdadeiros centros de terror e de violação da integridade física e moral de pessoas humanas.

Assim é que avança a missão do Ministério Público Federal em adotar providências, em solicitar a abertura de arquivos e a revelação de informações mantidas sob sigilo, em requerer a adequada reparação às vítimas e em buscar a promoção da justiça, tendo sido escolhida esta adequada via judicial.

Dessa forma, especificamente, no tocante ao contexto fático e histórico da ditadura militar relativa à OBAN e os DOI/CODI, passa-se a explicitar a natureza jurídica e a existência dos interesses tutelados.

O modelo de coordenação e execução militar das ações de repressão, implementada em São Paulo pelo Comando do II Exército, foi denominada Operação Bandeirante (OBAN), com vistas a agrupar em um único destacamento o trabalho de repressão política até então disperso por órgãos militares e policiais, estaduais ou federais.

A OBAN foi, portanto, a primeira e efetiva experiência da assunção plena das atividades de repressão pelo Exército, a partir de 1969. Entretanto, ela não era desenvolvida por um destacamento formal do Comando do Exército. Era um projeto piloto à margem das estruturas oficiais. Contou com membros das Forças Armadas, policiais civis, policiais militares e policiais federais.

Diferentemente dos DOI/CODI, que vieram depois, a OBAN não tinha dotações orçamentárias próprias. Élio Gaspari, em sua obra *A ditadura escancarada*, afirma que não havia verbas oficiais para a OBAN e que foi um 'ensaio' do que seriam os DOI/CODI, mas contou com integral apoio das

autoridades locais. Por exemplo, para abrigá-la, o então prefeito, PAULO MALUF “*asfaltou a área do quartel [Rua Tutóia, 1.100], trocou-lhe a rede elétrica e iluminou-o com lâmpadas de mercúrio*”.¹³

Por pressões ou mera voluntariedade, alguns empresários colaboraram com a OBAN de diversas formas: contribuições financeiras, doações de bens (veículos, alimentos, equipamentos) e até delação de informações (p. ex. lista de empregados com opinião política divergente do governo).

Assim, a OBAN, por meio de agentes civis e militares, teve intensa atividade na repressão à dissidência política e com ela se adotou de forma institucional no seio das Forças Armadas a prática da tortura e do desaparecimento forçado de opositores do regime.

Tomada a OBAN como um protótipo de êxito na repressão, o seu modelo foi difundido a todo o País, tendo a ela sucedido os Destacamentos de Operações de Informação dos Centros de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), instalados em diversas capitais brasileiras. A instituição dos DOI/CODI, em 1970, representou a vinculação da OBAN à estrutura oficial do Exército.

Em São Paulo, o DOI/CODI foi inclusive instalado no mesmo imóvel (Rua Tutóia, número 1.100) e constituído quase com as mesmas equipes, sempre sob o comando de oficiais do Exército.

Estudo realizado por um agente militar do próprio aparato de repressão revela que cerca de sete mil pessoas foram ilegalmente presas e torturadas (física ou psicologicamente) nessa casa de terror (doc. 01)¹⁴, sendo que ali morreram ou desapareceram centenas delas.

¹³ GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 61.

¹⁴ PEREIRA, Freddie Perdigão. *O Destacamento de Operações de Informações (DOI) – Histórico Papel no Combate à Subversão – Situação Atual e Perspectivas*. Monografia. Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Rio de Janeiro, 1977, p. 30. Encartada no Anexo VI à Representação Criminal nº 4-0, do Superior Tribunal Militar, relativo ao “Caso Riocentro”.

Essa breve sinopse das assertivas na inicial da presente demanda sobre a estrutura e atividades da OBAN evidencia que o pedido aqui nada tem de genérico. Mostrou-se a iniciativa de responsabilização pessoal de 3 (três) militares reformados das Forças Armadas “(INNOCENCIO FABRICIO DE MATTOS BELTRÃO, HOMERO CESAR MACHADO e MAURÍCIO LOPES LIMA) e um militar reformado do Governo do Estado de São Paulo (JOÃO THOMAZ) que, designados para atuar na Operação Bandeirantes – OBAN e no DOI-CODI, praticaram gravíssimas violações aos direitos humanos durante a repressão à dissidência política. Como constou da exordial, referidos militares atuaram nas equipes de interrogatório que, sob tortura habitual, colhiam os depoimentos dos presos; ora agindo em conjunto ou ora individualmente, perpetraram graves violações aos direitos humanos, incluindo assassinatos e desaparecimentos forçados, além da tortura. Identificou-se que, ao menos em parte do período em que atuaram na OBAN, HOMERO e MAURÍCIO chefiaram equipes de tortura nos “interrogatórios”, enquanto INNOCENCIO respondia pela chefia do destacamento, imediatamente abaixo do Major VALDIR COELHO (já falecido).

A inicial da presente ação civil pública, visando à clareza do texto, apresentou por vítima – com base nas provas até o momento disponíveis – qual a participação de cada um dos réus naqueles eventos.

Os réus na hipótese dos autos fazem parte de um rol de torturadores divulgado por presos políticos já em 1975, conforme carta enviada ao então Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, Dr. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA (doc. 02, que acompanhou a exordial, fls. 179/215 deste agravo):

6 – *Capitão de Infantaria do Exército Maurício Lopes Lima – chefe de equipe de busca e orientador de interrogatórios do CODI/DOI (OBAN) no período de 1969/1971. Anteriormente serviu no 4º RI. Estou, em 1970, no Instituto de História e Geografia da USP.*

7 – *Major do Exército Inocêncio Fabrício Beltrão – do CODI/DOI/(OBAN) em 1969. Desempenhava a tarefa oficial de ligação entre a 2ª Seção do II Exército e o CODI/DOI/(OBAN). Posteriormente foi Assessor Militar da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo.*

8 – *Capitão de Artilharia do Exército Homero César Machado – chefe da equipe B de interrogatório do CODI/DOI (OBAN) no período de 1969-70. (...)*

95 – Capitão da Polícia Militar de SP. Tomaz - “Tibúrcio” - da equipe A de interrogatório do CODI/DOI/OBAN) no período de 1969/1970. Em 1971 passou a coordenador das equipes de busca (fls. 192, deste agravo).

Com relação aos réus HOMERO MACHADO e MAURÍCIO LOPES LIMA, localizou-se no acervo remanescente do arquivo do DOPS – atualmente custodiado no Arquivo do Estado de São Paulo – fichas sobre suas pessoas, nos seguintes termos: MACHADO – Homero César

Cap.Artilh.Exerc., chefe equipe B de interrog. do CODI/DOI (OBAN) no período de 1969/70.

50-Z-130-1045.¹⁵

LIMA – Mauricio Lopes

Cap. De Infantaria do Exerc., chefe equipe de busca. de interrog. do CODI/DOI(OBAN) entre 69/71, antes serviu no 4º RI, estudou em 1970, no Inst.de Hist.e Geografia-USP. 50-Z-130-1045.¹⁶ (grifado)”

¹⁵ V. Doc. 03. O código ao final do registro não foi decifrado.

¹⁶ V. Doc. 04. O código ao final do registro não foi decifrado.

Com efeito, junto à inicial foram colacionadas provas documentais com alto grau probante, não obstante naquele momento inaugural em sede de ação civil pública isto nem seria imprescindível, uma vez que há outros meios de prova que inclusive serão utilizados na fase seguinte ao r. despacho saneador, ora recorrido.

Convém destacar que, de plano, há prova nos autos principais de que o agravante-réu JOÃO THOMAZ foi partícipe direto de violências em face das pessoas abaixo identificadas:

1. VIRGÍLIO GOMES DA SILVA;
2. ILDA GOMES DA SILVA;
3. ISABEL MARIA GOMES DA SILVA;
4. FRANCISCO GOMES DA SILVA;
5. PAULO DE TARSO VENCESLAU;
6. ROBERTO MACARINI;
7. ANTÔNIO ROBERTO ESPINOSA;
8. REINALDO MORANO FILHO;
9. CARLOS SAVÉRIO FERRANTE;
10. JOÃO BATISTA DE SOUZA e
11. MIGUEL VARONE.

Portanto, não há generalidade no pedido formulado na exordial, o qual está apto a ser tutelado antecipadamente, como, inclusive, o foi.

Aliás, genéricas, imprecisas e confusas são as alegações do agravante, que apenas exprimem uma infundada tentativa de defesa, sem apresentação até o presente de nenhuma contraprova do alegado.

Não há, assim, demonstração de que os argumentos e fundamentos trazidos a lume pelo Ministério Público Federal são inconsistentes.

Ademais, como ressaltado na r. decisão monocrática, as questões de índole fática merecem comprovação, oportunizada na fase de produção de provas a ser realizado no D. Juízo Singular, caso, por óbvio, o agravante consiga rebatê-las diante do conjunto probatório apresentado por este *Parquet*, mesmo porque em matéria de responsabilidade .

V- DO INTERESSE PROCESUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL MESMO DIANTE DA ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI Nº 6683/79.

Evidenciam-se a possibilidade e a necessidade da evolução e consolidação da memória e verdade, na justiça de transição no Estado Democrático de Direito brasileiro em convívio com a Lei da Anistia nº 6683/79.

Isso porque na inexistência de conflito aparente de normas nem ao menos na seara penal em relação à Lei de Anistia, não se cogita de eventual conflito em sede de responsabilidade civil.

Frise-se ademais que as responsabilidades civil, penal e disciplinar (administrativa) convivem de maneira independente no ordenamento jurídico pátrio, daí porque é absolutamente lícito e aceitável que, de um mesmo fato, surjam repercussões nas diversas searas.

A propósito, cita-se o posicionamento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153, em 29/04/2010, no qual é afirmada a inaplicabilidade da Lei de Anistia de 1979 em demandas de natureza civil, com destaque ao douto voto da Eminente Ministra Carmen Lúcia:

“[O] direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO

sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão [na ADPF] [...]

[...] ao contrário do que comumente se afirma de que anistia é esquecimento, o que aqui se tem é situação bem diversa: o Brasil ainda procura saber exatamente a extensão do que aconteceu nas décadas de sessenta, setenta e início da década de oitenta (período dos atentados contra o Conselho Federal da OAB e do Riocentro), quem fez, o que se fez, como se fez, por que se fez e para que se fez. exatamente para que, a partir do que venha a ser apurado, ressalva feita à questão penal nos crimes políticos e conexos, em relação aos quais prevalece a lei n. 6683/79, se adotem as providências administrativas e jurídicas adequadas.

[...]

E tal conhecimento não é despojado de conseqüências, porque o que se anistiou foi apenas – e não é pouco - em termos de direito penal, não de responsabilidade do Estado, que haverá de para tanto ser convocado e responder segundo os princípios jurídicos do sistema vigente. E, em regresso, deverá o Estado voltar-se contra os que lhe atingiram os deveres de lealdade aos limites de ação respeitosa das pessoas políticas com os homens e as mulheres cujos direitos fundamentais foram cruamente atingidos. (grifado, p. 02/21 do voto e o v. acórdão foi publicado em 06/08/2010).

No mesmo sentido, vale transcrever aqui o seguinte trecho da r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Gustavo Santini Teodoro, da 23ª Vara Cível de São Paulo/Capital, em ação similar (processo nº 583.00.2005.202853-5):

“Basta ler a Lei nº 6.683/79 para verificar que, no que diz respeito à anistia, seu campo de incidência é exclusivamente penal. E há ainda mais argumentos a considerar, a seguir transcritos, propositadamente extraídos de obras jurídicas consagradas, editadas antes da Lei nº 6.683/79. Basileu Garcia, Instituições de Direito Penal, vol. I, tomo II, 4a edição, 28a tiragem, Max Limonad, 1965, págs. 671, 673 e 674,

g.n.: “A anistia (...) tem em mira a pacificação dos espíritos, agitados por acontecimentos que, engendrando paixões coletivas, perturbam a ordem social, incidindo no Direito Penal. Aplica-se, em regra, a crimes políticos e a infrações que lhes sejam conexas. Às vezes, com o mesmo intuito apaziguador, são os seus efeitos estendidos a crimes militares, eleitorais, de imprensa e contra a organização do trabalho. (...) Exatamente porque o seu escopo é a pacificação dos espíritos, tem o condão de, 'ex vi legis', ocasionar o esquecimento absoluto do delito praticado. Anistia quer dizer, etimologicamente, esquecimento. Para todos os fins penais, passa-se uma esponja sobre o caso criminal. (...) Constitui matéria de controvérsia saber se o procedimento civil reparatório do dano 'ex delicto' é obstado pela anistia, desde que esta envolve em perpétuo silêncio o acontecimento criminoso – fonte do dever de indenizar. A opinião afirmativa exagera, inconsideradamente, no campo civil, os efeitos da anistia. Não é preciso ir-se tão longe. A anistia é uma renúncia à faculdade de punir. Como tal, só abrange direitos que podem ser renunciados pelo Estado, e não direitos de particulares, que são terceiros perante a munificência estatal.” Anibal Bruno, Direito Penal, parte geral, tomo 3º, 3a edição, 1967, pág. 202, g.n.: “Dessas formas de indulgência estatal, a de força extintiva mais enérgica e, portanto, de mais amplas conseqüências jurídicas é a anistia. Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. Só lhe sobrevivem as obrigações de ordem civil. Caberá sempre ao responsável pelo dano o dever de indenizá-lo. O fato como crime cessa de existir, mas subsiste como acontecer histórico e dele podem resultar efeitos não-penais. Um destes é essa obrigação civil de reparação.” E. Magalhães Noronha, Direito Penal, 1o volume, 8a edição, Saraiva, 1972, págs. 379-380, g.n.: “Aplica-se, em regra, a crimes políticos, tendo por objetivo apaziguar paixões coletivas perturbadoras da ordem e da tranqüilidade social; entretanto, tem lugar também nos crimes militares, eleitorais, contra a organização do trabalho e alguns outros. (...) É o mais amplo dos institutos enumerados pelo Código, pois colima o esquecimento do crime, que, a bem dizer, desaparece, visto a lei da anistia revogar, no caso, a

penal. Cessam, assim, os efeitos penais do fato (...). Já o mesmo não sucede com os efeitos civis. Não alcança a reparação civil a anistia, já que ela é tão-somente renúncia ao 'jus puniendi'. Conseqüentemente, não abrangerá direitos – como a indenização do dano – que não pertencem ao Estado. (...)”

Portanto, não se cogita na hipótese de nenhuma causa de exclusão da responsabilidade do ora agravante, invocando-se pretensa anistia.

Acanhada e simplista, diante de tanta relevância e da gravidade dos atos ilícitos, a equivocada idéia de que na forma da Lei nº 6.683/79 não haveria como se buscar as devidas reparações na área cível, nem tampouco como deixar-se de postular a declaração da existência de relação jurídica tendente a responsabilizá-los por eventuais atos praticados sob o “regime de exceção”.

São pertinentes e preciosas as palavras de Paulo Sérgio Pinheiro:

“(...) Nesse contexto da evolução e consolidação do direito internacional dos direitos humanos, como fica patente em Memória e Verdade: justiça de transição no Estado Democrático brasileiro irrompe como um tremendo descompasso o não acerto de contas com os responsáveis dos crimes da ditadura. Para tanto, apesar daquele substancial acumulado de obrigações internacionais, livremente assumidas pelo Estado brasileiro, continua viva a ficção da dupla mão da Lei de Anistia nº 6683, de 1979, promulgada pela ditadura, que parece cada vez mais insustentável. A preservação desse mito da anistia ampla para criminosos do Estado e para opositores do regime de exceção opera mecanismos similares que geram e sustentam outros mitos, que por sua vez interagem e sustentam o mito da anistia. O mito da história não sangrenta, que todas as transições brasileiras se fizeram sem sangue, ficção insistentemente desmontada pelo historiador José Honório Rodrigues. Que ao contrário de outros países, nesse abençoado país não há rupturas conflitivas e violentas, nossas transições aqui são pacíficas.

De certo modo esses mitos formadores são indispensáveis quando se registra a alta continuidade do pessoal político brasileiro apesar da mudança de autoritarismo para a democracia. Da mesma forma, que do Império para a República, do Estado Novo para 1946, de 1964 para Nova República, a chamada classe política permanece a mesma, ou, quando há mudanças efetivas na hegemonia partidária, quando ocorreu em 1994 e 2003, a coalizão com as oligarquias ou as forças políticas do bloco do poder na ditadura se torna essencial, no discurso dominante, para a governabilidade. Por sua vez, esse pessoal que sobrevive (nos legislativos, mas igualmente na administração pública) está articulado com o peso dos legados mais fortes que marcam as práticas arbitrárias no interior dos aparelhos repressivos, a continuidade do racismo, da violência ilegal, do controle das não-elites pela tortura.”¹⁷

Dessa forma, à luz do culto entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 153 e de ilustrada doutrina, não procede o argumento trazido pelo agravante, que atenta, por fim, contra a própria finalidade da Lei nº 6.683/79.

VI - DA EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO AGRAVANTE

Partindo-se das referências e argumentos retro mencionados, fica firmada a premissa de que a Lei de Anistia não impede a responsabilização de natureza civil, conforme se ratificará a seguir.

A Lei nº 6.683/79 concedeu a anistia penal, aos autores de crimes políticos, crimes conexos aos políticos e crimes eleitorais e determinou a aplicação do benefício para todos os perseguidos do regime que sofreram sanções de suspensão de direitos políticos e, na esfera administrativa e

¹⁷ SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord), *in* Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro (prefácio), Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009, p.14/15.

trabalhista, aos servidores públicos e trabalhadores que tivessem sido punidos com base em leis de exceção.

Os artigos 7º e 8º do citado diploma legal prevêm a anistia aos trabalhadores que foram demitidos por força de engajamento político e os jovens que deixaram de se alistar no serviço militar.

Não há na Lei qualquer menção ou referência de anistia para obrigações cíveis decorrentes da prática de atos ilícitos, uma vez que o benefício está restrito à matéria penal, sendo que, para os perseguidos políticos alcançou também a área trabalhista e administrativa.

Dessa forma, sendo o objeto da ação pretensões exclusivamente de natureza cível não há influxo da Lei de Anistia de 1979.

Pela insistência na equivocada argumentação há necessidade de repetir sempre que os mesmos fatos ilícitos narrados como crimes e, portanto, sujeitos à sanção penal, podem e devem ter também responsabilização civil, diante da autonomia das instâncias e das respectivas obrigações jurídicas absolutamente independentes, conforme prescrito na parte final o § 4º do inciso III, do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Mister nesse passo ressaltar que não há como se ignorar que o uso da tortura e da violência como meios de investigação se espraiam ainda hoje pelos aparatos policiais brasileiros, o que decorre, por assim dizer, do acultramento inserido pela idéia da impunidade.

Assim, a conclusão empírica das pesquisadoras Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling: países da América Latina que promoveram ações de responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade cometidos durante as respectivas ditaduras e instituíram Comissões de Verdade possuem, hoje, uma democracia e um respeito aos direitos humanos

em patamar mais elevado e nenhum deles experimentou retrocesso por ter promovido justiça e verdade.¹⁸

Não há como admitir num regime de Estado Democrático de Direito a indiferença frente à necessária responsabilização pelas graves violações ocorridas no Brasil, no período da ditadura.

No caso, a extremada gravidade dos atos lesivos a direitos humanos remete inclusive a um patamar diferenciado de responsabilidade, na qual como paradigma alude-se à preleção de J. J. Gomes Canotilho sobre responsabilidade por risco, fundada na justiça distributiva, “(...) isto é, um sujeito que desenvolve uma atividade perigosa para a sociedade e dela tira benefícios, então é justo que ele suporte os danos que causar, mesmo sem culpa.”¹⁹

Essa teoria de responsabilidade do risco é aplicável aos bens jurídicos fundamentais tutelados pela Constituição da República de 1988, a exemplo dos direitos humanos, que quando violados, mecanismos jurídicos de compensação às vítimas não sejam suficientes, sendo ainda necessário o registro da memória, a declaração estatal pública do ocorrido, aliada ao formal pedido de desculpas em prol da prevenção e extirpação de qualquer externalidade considerada negativa e de qualquer outra fonte geradoras de novas situações de risco de violação de fundamentais bens jurídicos (vida, saúde, dignidade da pessoa humana, direito de ir e vir, segurança jurídica...). Portanto, a responsabilização que aqui se invoca tem notória perspectiva solidária do dever de suprimir e inibir o fator de risco, a exposição e a reincidência, no contexto social. Tal concepção jurídico doutrinária fundamenta a postulação da declaração de existência jurídica entre HOMERO CÉSAR MACHADO, INNOCÊNCIO, FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, JOÃO

¹⁸ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impacts of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, v. 44, nº 4, p. 427-445. 2007. Segundo o estudo, “Brazil experienced a greater decline in its human rights practices than any other transitional country in the region.” (p. 437).

¹⁹ *Apud*, LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo, Direito Ambiental – Do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 3ª edição, São Paulo: RT, p.131.

THOMAZ e MAURÍCIO LOPES LIMA e a sociedade brasileira, bem como entre esses e as vítimas ou de seus familiares, frente às ações da Operação Bandeirantes do II Exército.

É necessária, assim, a conclusão da transição à democracia e a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio da responsabilização em comento, como um basta à intolerável, inércia ou omissão, em resposta aos interesses de toda a coletividade (interesse difuso) e ao anseio de vivenciar um país mais ético, justo e verdadeiro, que valoriza os princípios, os fundamentos, os direitos, em especial, os fundamentais, bem como o cumprimento de seus deveres mesmo que isto perpassasse os tempos e as gerações.

VII - DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS GRAVES FATOS ILÍCITOS OCORRIDOS DURANTE O PERÍODO MILITAR QUE LESARAM A HUMANIDADE.

Invocam-se os primados do Estado de Direito, da democracia, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica como preponderantes e supraprincípios, quando o tema é a atuação militar sobre corpos humanos detidos, humilhados e subjugados; quando estes mesmos corpos são feridos incessantemente até a morte; e ainda quando há supressão dos familiares do direito a um enterro digno; condutas reconhecidas desde os primórdios da humanidade como da mais alta gravidade, portanto, incomparáveis e imprescritíveis.

Não há como se falar em prescritibilidade diante de tão graves fatos praticados durante a repressão política no Brasil adotando-se o referido instituto com o mesmo tratamento conferido pela legislação ordinária a atos ilícitos de ordem patrimonial ou de responsabilidade subjetiva que ofendam bem de natureza privada.

Nessa linha, é de rigor citar o célebre precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal relativo ao racismo (caso Ellwanger), que fixa premissas a serem igualmente aplicadas aos demais ilícitos para os quais a Constituição conferiu tratamento diferenciado, ou seja, à tortura e ao terrorismo (art. 5º, XLIII), bem como à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Confira-se:

“(...) 15. Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”. No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. (HC 82.424/RS, Rel. para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, unânime, j. 17/09/03, DJ 19/03/2004)”.

Finalmente, em abono a todas as considerações sobre a não incidência de prescrição, transcreve-se e grifa-se o seguinte trecho da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Gomes Lund versus Brasil, conforme citação na réplica do Ministério Público Federal juntada nos autos principais:

“(...) 256. No Capítulo VIII da presente Sentença, a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a

investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso, inter alia: [...]

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentencia. [...]

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello também aduz com precisão que o sancionamento da tortura no Brasil é obrigatório em face

da adesão e da força dos tratados internacionais dos quais o Estado é signatário, ao lecionar que:

“(...) 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 Assembléia 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”.²⁰

A Comissão de Direito Humanos da ONU concluiu que o conjunto de princípios atualizado para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade estabelece que a prescrição não será aplicada aos delitos graves segundo o direito internacional que sejam por natureza imprescritíveis.²¹

Pode-se concluir que os Estados têm o dever internacional de cumprir e garantir o princípio de imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade, sob pena de infração à obrigação que tem esses Estados de agir de acordo com a Convenção Internacional.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Imprescritibilidade dos crimes de tortura*, in *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*, SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p.137/139.

²¹ ONU, Comissão dos Direitos Humanos, C/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005, princípio 23.

Vale lembrar que o Comitê de Direitos Humanos recomendou aos Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos o dever de investigar e punir as graves violações aos direitos humanos.

A Excelentíssima Procuradora Regional da República, Doutora Mônica Nicida Garcia, ao relatar e proferir o Voto nº 1022/2011, perante a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, referente ao Procedimento MPF nº 1.00.000.007053/2010-86 e Apenso nº 1.00.000.0118017/2010-01, originário da PRR-3ª Região, cujos interessados são o Procurador Regional da República Doutor Marlon Alberto Weichert e os Procuradores da República Doutores Eugênia Gonzaga e Kléber Uemura, aduz com propriedade:

“(...) o cumprimento da decisão de 24 de novembro de 2010, da Corte Interamericana de Direitos Humanos há de ser promovido no Brasil. E, nos termos dos artigos 127 e 129 da Constituição da República, não há qualquer dúvida quanto ao fato de que o cumprimento dessa obrigação, na parte em que transcrita, e que diz com a persecução penal, está dentro das atribuições do Ministério Público Federal, que, por tudo quanto até aqui exposto, haverá de nortear sua atuação pelas diretrizes traçadas na decisão.

Em voto separado, no julgamento invocado, o Juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas ressaltou que 'o caso julgado envolve debate de transcendental importância para a sociedade e para o Estado como um todo, particularmente para o Poder Judiciário, que se deparará com caso inédito de decisão de tribunal internacional diametralmente oposta à jurisprudência nacional até então pacificada. (...) Portanto, em prol da garantia da supremacia dos Direitos Humanos, especialmente quando degradados por crimes lesa humanidade, faz-se mister reconhecer a importância dessa sentença internacional e incorporá-la de imediato ao ordenamento nacional, de modo a que se possa investigar, processar e punir aqueles crimes até então protegidos por uma interpretação da Lei de Anistia que, afinal, é geradora de impunidade, descrença na proteção do Estado e de uma ferida social eternamente aberta, que precisa ser curada com a

aplicação serena mas incisiva do Direito e da Justiça”. E conclui: “30. Finalmente, é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.” (Brasília-DF, 07/02/2011, pp.33/34).

Diante do princípio internacional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade forçoso é concluir a imprescritibilidade do reconhecimento e da reparação da responsabilidade no âmbito civil, por força da máxima “onde cabe o mais cabe o menos”. Ora, se não se cogita de prescrição nem na esfera penal, não há como se cogitar de prescrição na seara cível.

VII.1 - DO DIREITO DE REGRESSO.

É de todo sabido, que o patrimônio público é um bem jurídico público tutelado pela Constituição da República de 1988, sendo indisponível, pois sua recomposição é de interesse de toda a coletividade.

Aliás, nos termos do artigo 129, inciso III, da CF/88 é também função institucional do Ministério Público a sua defesa.

Esclarece-se, por necessário, que este órgão ministerial não é o titular do direito de regresso, mas pode encampá-lo, diante da omissão da União e do Estado de São Paulo, visto que detém a legitimação e o dever de defender em juízo esse interesse que é de toda a população brasileira.

Assim ocorreu com o pedido formulado pelo Ministério Público Federal na ação civil pública visando à condenação dos réus a recomporem o patrimônio público da União e do Estado de São Paulo, uma vez que por contingência foram dispensadas enormes somas para indenizar as vítimas, razão pela qual cabe exigir a responsabilidade civil dos réus para ressarcimento do patrimônio público.

Ora, se a ação civil pública se presta à defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo e foi reconhecida aqui a legitimidade ativa do Ministério Público, além da adequação da via eleita, por conseguinte, é plausível aqui o direito de regresso buscado na presente ação, sem que isto ofenda o princípio da separação de poderes.

Recorde-se, porque aplicável por analogia no caso em apreço, do direito de regresso do comerciante que efetua o pagamento do valor de indenização e depois tem direito a acionar os outros que participaram do dano ou prejuízo, para reaver o que era devido por aqueles pessoalmente (artigo 13²², parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor).

De outra parte e por fim, entende-se, em brevíssima anotação nesta peça processual, tendo em vista oportuno recurso a ser interposto, que restou como equivocada a culta decisão monocrática ao afastar o pedido formal de desculpas formulado pelo Ministério Público Federal na exordial.

²² Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

- I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

Isto porquanto há danos imateriais causados pelas condutas dos agentes repressores durante o período da ditadura militar às vítimas e aos familiares, bem como a toda a população brasileira, que não pode ser apenas substituído pela reparação econômica prevista na Lei nº 10.559/02, que regulamenta o art. 8º do ADCT. Nem a reparação moral afastaria a legitimidade do pedido de desculpas formais, já que aqui se está no campo do coletivo e não da simples desculpas, de caráter privado. Não está relacionado ou vinculado o pedido de desculpas oficiais à reparação, aos costumes, à etiqueta ou ao valor ético de uma pessoa ou de um grupo de pessoas específico, mas, antes disso, está ligado intrinsecamente a um bem jurídico coletivo. O pedido formal de desculpas é um menos em relação ao perdão coletivo, mas ambos não se confundem com e tampouco dependem de confissão, arrependimento ou reconciliação.

Bem por isso, embora seja um *minus* o pedido de desculpas em relação ao perdão é valiosa aqui a lição de Hannah Arendt, ao anotar que a finalidade do perdão é a de restituir ao agente de uma ação política a liberação do ato passado, pois é “a única reação que não reage apenas, mas age de novo e inesperadamente, sem ser condicionada pelo ato que a provocou e de cujas conseqüências liberta tanto o que perdoa quanto o que é perdoado”²³ E para corroborar essa idéia arremata Edson Luís de Almeida Teles com o seguinte raciocínio invocando-se a experiência da justiça de transição na África do Sul: “O perdão, cujas conseqüências libertam os sujeitos envolvidos do ato no passado, encontra-se na transição sul-africana como referência ética, enquanto a responsabilidade relaciona o processo de reconciliação com uma

²³ Arendt, Hannah, A condição humana. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 253.

promessa de futuro, um compromisso em construir uma sociedade respeitosa dos direitos humanos.”²⁴

Há muito a ser esclarecido e divulgado além do simples caráter indenizatório. Daí a razoabilidade do pedido de reconhecimento público acerca dos fatos ocorridos no período de opressão no Brasil, sendo necessária a apresentação formal do pedido de desculpas.

Finalmente, incorre ainda em equívoco a r. decisão recorrida ao não reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para postular por meio de ação civil pública pedido de declaração de existência jurídica entre os réus e a sociedade brasileira, bem como entre estes e as vítimas da Operação Bandeirantes do II Exército, ou seus familiares, em razão das responsabilidades pessoais dos réus pelas graves violações aos direitos humanos perpetradas durante o período em que serviram nesse órgão.

Não há como desnaturar o caráter difuso dos interesses envolvidos com o singelo entendimento de que cada vítima tem interesse individual em referida declaração, já que a sociedade espera tal atitude. Se há necessidade de comprovação assim se fará além do conjunto probatório colacionado de plano. Todavia não pode ser ignorada a existência do direito à declaração da existência da relação jurídica obrigacional do(s) réu(s) agente(s) da repressão na violação dos direitos humanos.

O Brasil é um dos últimos no continente a apurar e revelar situações de graves violações de direitos humanos no período da ditadura, bem por isso não pode correr o risco de produzir resultados insatisfatórios.

²⁴ Teles, Edson Luís de Almeida, *in* Brasil e África do Sul: os paradoxos da democracia - Memória política em democracias com herança autoritária, tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Doutor em Filosofia, Universidade de São Paulo, 2007, p. 118.

VIII - CONCLUSÃO:

Diante de todo exposto, a única conclusão plausível seria pela impossibilidade da concessão do efeito suspensivo ativo ao presente agravo, tendo em vista que a lesividade recai sobre direito humano e fundamental e que a requerida suspensão da r. decisão recorrida dará continuidade à situação de irreparabilidade onde prepondera a injustiça.

Requer, então, o Ministério Público Federal seja julgado improvido o recurso interposto, mantendo-se parte da r. decisão de primeiro grau.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 26 de setembro de 2011.

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI
Procuradora Regional da República