



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA - 3ª REGIÃO

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL VICE-
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA
TERCEIRA REGIÃO.**

**Recurso Especial pelo Ministério Público Federal
Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública
Processo nº nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora Regional da República signatária, vem mui respeitosamente, na forma do disposto nos art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República, e art. 541 e seguintes do Código de Processo Civil, c/c o artigo 277 do Regimento Interno desse Tribunal Regional Federal, interpor **Recurso Especial** dos v. acórdãos juntados a fls.1212/1221v e 1249/1255v, e requerer seu recebimento, processamento e remessa ao colendo Superior Tribunal de Justiça, nos termos das razões em anexo.

São Paulo, 7 de maio de 2012.

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI
Procuradora Regional da República

Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública
Processo nº 0025470-28.2011.4.03.0000/SP
Recurso Especial
Sexta Turma
Relator: Desembargador Federal MAIRAN MAIA
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: JOÃO THOMAZ

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Excelentíssimos Senhores Ministros,

Trata-se de Recurso Especial interposto em face dos v. acórdãos juntados a fls. 1212/1221v e 1249/1255v exarados pela Colenda Sexta Turma deste Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região que, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, bem como rejeitou os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto.

I – BREVE SÍNTESE 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, 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;
- 2) **condenar** os réus referidos no item precedente a suportarem, regressivamente, os valores das indenizações pagas pela União, na forma da Lei 9.140/95, 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 10.559/02, 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, 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 decorrerem 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 de relação 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 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 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. Requereu, então, o provimento do agravo, a fim de ser reconhecida a prescrição nos termos do artigo 269, inciso IV, do CPC ou, ainda, fosse declarado extinto o processo, com base nos artigos 267 e 295 do CPC, diante de toda a argumentação exposta. Requereu, por fim, a concessão do efeito suspensivo ativo àquele presente de agravo.

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.

O recurso foi processado sem efeito suspensivo.

O Ministério Público Federal, a fls. 1160/1207, em contraminuta ao agravo de instrumento, pugnou pelo improvimento do recurso.

Então, a Colenda Sexta Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento do réu João Thomaz, nos termos do voto do Eminentíssimo Relator, conforme r. ementa a seguir transcrita:

“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 são 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, REExt 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 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.

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.”

O Ministério Público Federal opôs **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** em face do v. acórdão juntado a fls. 1212/1221-verso, com fulcro no artigo 535, inciso I, do Código de Processo Civil.

A Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão juntado a fls. 1249/1255v, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, por julgá-los como infringentes.

Vieram, então, os autos, a este Órgão Ministerial, para intimação do v. acórdão (fls. 1257), em face do qual se interpõe o presente Recurso Especial, pelas razões a seguir expostas.

II – DA NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 542, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Trata-se de situação excepcional que excetua a aplicação da norma do art. 542, § 3º do CPC, porquanto houve julgamento de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória, em sede de despacho saneador no juízo de 1º grau, em que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proferiu acórdão julgando o feito extinto no mérito, por força da prescrição. Portanto, no caso em apreço, o presente Recurso Especial não há de ser admitido na forma retida.

III – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Foi aberta vista dos autos ao Ministério Público Federal para intimação do v. acórdão (fls. 1257), com ingresso efetivo neste Órgão em 09/04/2012 (segunda-feira).

Com a interposição do presente Recurso Especial, o prazo original de 15 (quinze) dias, por força do disposto no artigo 188 c/c artigo 499, *caput* e §2º, ambos do Código de Processo Civil – CPC é contado em dobro, finalizando-se em 08/05/2012, reafirmando-se, assim, a tempestividade do mesmo.

IV – DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA RECORRER

Conforme citado, no Código de Processo Civil subsiste previsão legal que confere ao Ministério Público o direito de recorrer no processo em que é parte, bem como naqueles em que oficia como fiscal da lei (artigo 499, *caput* e §2º do CPC).

Os fundamentos dessa legitimidade recursal do Ministério Público assentam-se na violação dos artigos 1º, incisos II e III; 3º, inciso I; 4º, inciso II; 5º, incisos III, XIV, XXXIII, XLIII, XLIV e §§ 1º, 2º, 3º e 4º; 37 §5º e §6º, 129, inciso III, 220 todos da Constituição Federal de 1988, bem como por força do artigo 207, inciso V, Lei 1711/52, artigo 132, inciso VII, da Lei 8112/90, artigo 1º, 2º, 12 e 15 da Lei 9.140/95, art. 1º, 3º e 17 da Lei 10.559/02, arts. 934 e 935, da Lei 10.406/02, Lei Estadual nº 10.261/1968, artigo 257, inciso V, Lei Complementar Estadual nº 207/1979, artigo 75, inciso IV, Decreto nº 4463/2002 e artigo 92, inciso I, do Código Penal.

Conforme destacado na r. decisão guerreada os interesses defendidos pelo Ministério Público Federal estão afetos ao direito de regresso em relação aos ilícitos ligados à tortura e à morte de pessoas, ou seja, crimes cometidos pelo aparato repressivo do governo

contra vítimas na época da ditadura no Brasil. Tal direito de regresso inegavelmente tem natureza transindividual.

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 como um todo. Com isso busca-se a tutela individual ou compartilhada da verdade a partir das informações existentes, tutela da verdade e memória democrática, para que se permita a formação de ideias e convicções de modo livre, garantindo-se a participação de todos no processo decisório individual ou coletivo. Busca-se ademais a tutela da 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, podem colaborar para processos de paz e justiça social, na proporção em que se eliminam 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.

Os princípios da cidadania e da democracia hão de ser respeitados pela valorização da verdade e da reparação, bem como pelo repúdio à cultura da impunidade e do segredo.

Assim, 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^{1 2 3}.

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 aqui 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).

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.

¹ “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.

² 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.

³ V.g. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil*. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 973.

Na hipótese, a legitimidade do Ministério Público restou reconhecida, conforme excerto do v. Acórdão (fls. 1216/1216v.) da douta Sexta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira, *verbis*:

“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.”

V – DA INAPLICABILIDADE DA REPERCUSSÃO GERAL AO RECURSO ESPECIAL

O requisito da repercussão geral previsto na Emenda Constitucional nº 45/2004 não se aplica ao Recurso Especial. É certo que os autos versam sobre questão federal de relevância, porquanto, por força dos v. acórdãos aqui recorridos houve também interposição de Recurso Extraordinário, em que restou demonstrada a repercussão geral da questão constitucional *sub judice*, nos termos do art. 543-A, § 1º, do CPC.

VI - DO PREQUESTIONAMENTO

É de todo sabido que o prequestionamento compreende requisito indispensável ao conhecimento do Recurso Especial por eviden-

ciar a emissão de juízo de valor sobre a questão em discussão pelo Tribunal *a quo*.

Cumpre, de início, individualizar os dispositivos violados pelo v. Acórdão, qual seja: 1º, incisos II e III; 3º, inciso I; 4º, inciso II; 5º, incisos III, XIV, XXXIII, XLIII, XLIV e §§ 1º, 2º, 3º e 4º; 37 §5º e §6º, 129, inciso III, 220 todos da Constituição Federal de 1988, bem como por força do artigo 207, inciso V, Lei 1711/52, artigo 132, inciso VII, da Lei 8112/90, artigo 1º, 2º, 12 e 15 da Lei 9.140/95, art. 1º, 3º e 17 da Lei 10.559/02, arts. 934 e 935, da Lei 10.406/02, Lei Estadual nº 10.261/1968, artigo 257, inciso V. Lei Complementar Estadual nº 207/1979, artigo 75, inciso IV. Decreto nº 4463/2002 e artigo 92, inciso I, do Código Penal.

Esses, portanto, os preceitos normativos constitucionais e legais que restaram contrariados pelo v. Acórdão recorrido, objeto do devido prequestionamento, para efeito de admissão e conhecimento do presente recurso especial, interposto com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea “a” e “c”, da Constituição da República de 1988, *in verbis*: “III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) **contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência**; (...) c) **der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.**” (*grifei*).

A respeito de ser prescindível a referência expressa à norma legal ou constitucional, por considerar que os *standards* e direitos constitucionais foram suscitados na exordial, na contaminação do agravo e nos embargos de declaração, anota-se a doutrina de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, na parte em que leciona que o prequestionamento decorre da própria natureza extraordinária do recurso, sendo que “*essa exigência deve ser escoimada, porém, dos exageros do formalismo.*”

*Importa é que a questão federal emergja da decisão recorrida, ainda que implicitamente”, sendo despiciendos formalismos excessivos, como “a indicação expressa do artigo de lei, para aperfeiçoar-se o prequestionamento, e a necessidade de oposição de embargos declaratórios, para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido”.*⁴

E prossegue o autor esclarecendo que, hodiernamente, o prequestionamento da matéria devolvida ao E. STF e ao E. STJ por força dos recursos extraordinário e especial há de ser entendido com temperamento, não mais se justificando o rigor que inspirou as Súmulas 282, 317 e 356.

Nessas raias, há diversos v. acórdãos do Colendo Superior Tribunal de Justiça, com destaque para o posicionamento do Ministro Athos Gusmão Carneiro: “A orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, em Sessão Plenária, foi no sentido de que o prequestionamento implícito ‘consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tida por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito. São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada’ (Corte Especial, REsp 155.621, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., DJU 02.06.1999).⁵

Não obstante, aqui se explicita que o Ministério Público Federal interpõe o presente Recurso Especial em razão dos artigos 1º,

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 310.

⁵ *Ibidem*, p. 314-315 e 317.

incisos II e III; 3º, inciso I; 4º, inciso II; 5º, incisos III, XIV, XXXIII, XLIII, XLIV e §§ 1º, 2º, 3º e 4º; 37 §5º e §6º, 129, inciso III, 220 todos da Constituição Federal de 1988, bem como por força do artigo 207, inciso V, Lei 1711/52, artigo 132, inciso VII, da Lei 8112/90, artigo 1º, 2º, 12 e 15 da Lei 9.140/95, art. 1º, 3º e 17 da Lei 10.559/02, arts. 934 e 935, da Lei 10.406/02, Lei Estadual nº 10.261/1968, artigo 257, inciso V, Lei Complementar Estadual nº 207/1979, artigo 75, inciso IV, Decreto nº 4463/2002 e artigo 92, inciso I, do Código Penal.

Nos itens subsequentes, expõe-se a dissociação dos conteúdos dos v. Acórdãos recorridos em relação às matérias prequestionadas e ao objeto da ação civil pública.

VII - DA MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

As questões de ordem pública podem ser objeto de manifestação pelo órgão julgador, independente de manifestação das partes. Ressalta-se no presente caso, houve embargos de declaração em que foram prequestionadas todas as matérias constantes da petição inicial, e tais, por constituírem matéria de ordem pública, não estão sujeitas à preclusão.

Tais questões de ordem pública, ao serem ofendidas, ferem toda uma coletividade, o próprio interesse do Estado.

A totalidade dos pleitos formulados na ação civil pública não foi julgada no lanço de terem sido julgados prejudicados em razão da prescrição do direito de regresso.

De outro lado, há pleitos aludidos no v. Acórdão que não são subjacentes e tampouco dependem da prescrição ou não do direito de regresso da União e do Estado de São Paulo em face dos réus, como

a reparação por danos morais coletivos, imprescritível, visto que a lesão moral ainda permanece. Cuida-se de ação civil pública que visa à obtenção de múltiplos provimentos jurisdicionais, concernentes a distintos e independentes direitos materiais defendidos em juízo.

Com efeito, por força do reconhecimento judicial da prescrição da indenização civil restou prejudicada a apreciação dos seguintes pedidos abaixo arrolados:

- **declaração** da existência de relação 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;

- **condenação** dos 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;

- **condenação** dos 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;

- **condenação** dos 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;

● **condenação** da 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;

● **condenação** da 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:

- 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;
- nomes de todas as pessoas torturadas;
- nomes de todas as pessoas que morreram nas dependências da OBAN, ou em ações externas de seus agentes;
- circunstâncias das mortes ocorridas;
- destino das pessoas desaparecidas;
- 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;

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

No que diz com o pedido de declaração da relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira relativamente aos atos ilícitos praticados nos meandros da ditadura, o v. Acórdão deixou, ainda, de se debruçar sobre o específico fundamento da imprescritibilidade das ações declaratórias, de caráter perpétuo, visto não estarem em mira direitos obrigacionais.

Há omissão em relação à apreciação de tal pretensão de tutela coletiva ou transindividual, de cunho declaratório inclusive, na medida em que em relação a elas é incabível a aplicação da extinção do direito, mediante a prescrição. Segundo a teoria da pretensão assumida pelo Código Civil de 2002, na qual se considera prescrição a perda do direito de apreciação judicial da pretensão, e não de se propor a ação judicial propriamente dita, por força do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o que não significa, por óbvio que toda pretensão deduzida em juízo deverá ser apreciada, mas consagra que os pedidos de natureza declaratória e constitutiva não se sujeitam a prazo prescricional, especialmente quando expressam direitos fundamentais.

Como foi incorporada a teoria da pretensão para fins de determinação da prescrição, deve-se verificar qual é o pedido mencionado na petição inicial para então se chegar à conclusão segunda a qual teria ou não se verificado a prescrição, sendo certo que as pretensões declaratórias não se sujeitam à prescrição e tampouco à decadência, podendo ser alegadas a qualquer tempo.

Essas pretensões declaratórias estão ligadas ao dever de Verdade e de Memória do Estado. A visitação e a revisitação da história recente do país não podem ter a prescrição ou a decadência como obstáculos para consolidação da democracia e proteção e valorização da dignidade da pessoa humana, especialmente das vítimas e seus familiares. O lapso temporal é indiferente nessa situação, já que há obrigação do Estado de dar tratamento público ao legado de violência do regime de exceção anteriormente vigente.

O mesmo se diga quando a pretensão de tutela transindividual diz com aspectos psíquicos das pessoas, assim como de seus valores morais. Nestes casos, aliás, pouco importa se a natureza jurídica do pedido processual é condenatório, constitutivo, declaratório ou mandamental. Em qualquer dessas hipóteses é incabível cogitar-se de prescrição ou decadência.⁶

Na inicial da presente ação civil pública há pedido constitutivo de exercício de desculpas formais por parte do Estado, em decorrência da declaração da existência de uma relação jurídica entre os réus, as vítimas e a sociedade. Tal pedido não está sujeito nem à prescrição, nem à decadência. Sempre é tempo de se pedir desculpas. Há feridas morais individuais e transindividuais abertas e que ainda esperam desculpas. Nas palavras de Luci Buff, o calendário do perdão segue outra temporalidade:

“O perdão, que também tem caráter excepcional e é calcado numa lógica do excesso, tem do mesmo modo a sua relação singular com o tempo. O seu calendário e seu lugar, onde tudo ficaria lavado, num certo sentido, não é um calendário comum, linear, pois pertence a uma outra temporalidade, um tempo a-histórico: está no tempo, mas fora do tempo, na ordem humana e divina. Não se pode prevê-lo, não se trata de uma re-ação, como a vingança,

⁶LISBOA, Roberto Senise, A defesa dos Interesses Transindividuais e a Extinção dos Direitos, *in Questões de Direito Civil e o Novo Código – as regras mudaram*, Selma Negrão Pereira dos Reis (coord), São Paulo: ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 118.

que é prevista, automática. O pedido de perdão também pode vir a qualquer tempo. O filósofo Emanuel Levinas lembra que existe um tempo da compensação e um tempo de redenção e perdão.

O perdão é um tema de limiares e de intersecções. Fazendo fronteira com diversos campos, que o irrigam com seus paradigmas, tais como o religioso, o teológico, o político, o jurídico, o ético, o terapêutico. Trata-se de um domínio espinhoso, no qual se busca algo que vá além da *espessura do mal*, do sofrimento que sempre o antecede, e que leve a novas promessas, a uma vida melhor. Ele convoca outros saberes, potentes tradições, como a judaico-cristã, a nossa zona de emergência, nossa contingência e o primeiro outro da filosofia, como ensina Paul Ricoeur.⁷

Na hipótese, a tutela é difusa e viabiliza a propositura de pedido não sujeito à prescrição, visto que busca a defesa de anseios e pretensões de titulares de direitos que se sintam ofendidos, sejam filhos e netos de vítimas ou seja a sociedade como um todo.

Analogamente, com relação ao pleito condenatório consistente na perda, pelos réus, dos proventos de aposentadoria ou inatividade que estejam percebendo da União ou do Estado de São Paulo, deixou o Eminentíssimo Relator, em seu voto, de deslindar o fundamento da não sujeição destes benefícios a prazos prescricionais. E tal pleito, frise-se, é subjacente a pedido declaratório.

Já no tocante à tutela condenatória tencionada à responsabilização cível dos réus, por direito de regresso, conquanto o pedido tenha sido apreciado, vislumbra-se curial omissão da fundamentação esposada no v. Acórdão.

Vem a colação algumas decisões de nossos Egrégios Tribunais Superiores sobre o assunto:

Ementa

⁷ Luci Buff, Tempo de Perdão? in *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*, SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord), Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009. 237.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. PRAZO PRESCRICIONAL. PRECLUSÃO. APELAÇÃO. 1. É impossível conhecer-se do apelo especial pela alegada violação do artigo 535 do CPC, nos casos em que a arguição é genérica, por incidir a Súmula 284/STF, assim redigida: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". 2. No mérito, a controvérsia dos autos reside em saber se a matéria alusiva à prescrição encontra-se limitada ao âmbito da contestação ou se é possível suscitar esse tema nas razões de apelação. Posteriormente, solicita-se que seja reconhecida a prescrição de fundo do direito do autor da demanda. 3. Por se tratar de questão de ordem pública, a prescrição pode ser suscitada em qualquer grau de jurisdição, nas instâncias ordinárias, não estando sujeita à preclusão. 4. "Definido que a questão prescricional não preclui com a apresentação da peça contestatória, podendo ser examinada independentemente do objeto do recurso, não há que se falar em preclusão pela intempestividade da defesa, ainda mais se o tema foi agitado na audiência e nas contra-razões de apelação" (REsp 14.449/PR)" (REsp 103.484/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 14.02.05). 5. Determina-se o retorno dos autos à origem para o exame da questão relativa à prescrição do fundo de direito, sob pena de suprimir-se um grau de jurisdição. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(RESP 200800216578 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 1027769 -Relator(a) CASTRO MEIRA Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJE DATA:08/03/2010Data da Decisão 23/02/2010 - Data da Publicação 08/03/2010)

E M E N T A:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRASLADO INCOMPLETO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO QUE NEGA TRÂNSITO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288/STF -

APLICABILIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. TRASLADO INCOMPLETO - PROVA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de considerar incompleto o traslado a que falte, dentre outras peças essenciais à compreensão global da controvérsia, a necessária certidão comprobatória da tempestividade do recurso extraordinário. Aplicabilidade da Súmula 288/STF. Precedentes de ambas as Turmas do STF. CONTROLE DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. - O agravo de instrumento, na hipótese de recusa de processamento do recurso extraordinário, possui conteúdo temático próprio e específico, justificando o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do seu incontestável poder de verificação de todos os pressupostos inerentes ao apelo extremo, dentre os quais avulta, por sua extrema relevância, aquele concernente ao requisito da tempestividade, ainda que não invocado por qualquer dos sujeitos da relação processual. O controle da tempestividade do apelo extremo - precisamente por constituir pressuposto recursal de ordem pública - revela-se matéria suscetível de conhecimento ex officio pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente, em consequência, de qualquer formal provocação dos sujeitos que intervêm no procedimento recursal. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO TRIBUNAL A QUO - DECISÃO DE CARÁTER PROVISÓRIO. - O juízo de admissibilidade emanado da Presidência do Tribunal a quo, seja ele positivo ou negativo, precisamente porque veiculado em ato decisório de caráter preliminar, instável e provisório, não importa em preclusão da faculdade processual que assiste ao Supremo Tribunal Federal de reapreciar, em toda a sua extensão, a ocorrência, ou não, dos pressupostos legitimadores da interposição do recurso extraordinário.

(AI-AgR 168724 AI-AgR - AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a) CELSO DE MELLO Sigla do Órgão: STF, Decisão 1ª. Turma, 12.09.95.)

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RECURSO ESPECIAL. PROTOCOLO NO JUÍZO SINGULAR. ERRO GROSSEIRO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do Tribunal recorrido, que procederá ao juízo de admissibilidade do respectivo recurso, consoante disposto no art. 541 do CPC. 3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal. 4. É firme o entendimento do STJ de que não se verifica a preclusão nas instâncias ordinárias quando se discutem as condições da ação e os pressupostos processuais, caso em que é possível a apreciação de ofício pelo julgador. 5. Recurso Especial parcialmente provido.

(RESP 200901713081 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1157930

Relator(a) HERMAN BENJAMIN - Órgão julgador SEGUNDA TURMA – Fonte DJE [Data:06/04/2010](#) - Data da Decisão 23/03/2010 - Data da Publicação 06/04/2010)

Somente as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, têm força para exigir uma

apreciação de ofício, mesmo que não tenham sido suscitadas, não havendo falar, nessas hipóteses, de preclusão.

O presente Recurso Especial é interposto em face da necessidade de revisão também e principalmente, por parte desta Colenda Corte Superior, em relação ao voto que norteou a r. Decisão colegiada, a fls. 1214/1219, que se reputa exclusivamente a questão da imprescritibilidade ou não do direito de regresso da União e do Estado de São Paulo em face dos réus como sendo o cerne do mérito recursal, deixando de apreciar as demais questões suscitadas, bem como deixa emitir pronunciamento sobre pedido declaratório, porquanto imprescritível.

Assim, sob a alegação de prescrição, não foi analisada a totalidade dos pedidos formulados na ação civil pública. Requer-se, assim, que este Colendo Superior Tribunal de Justiça examine o presente recurso, lançando seu duto entendimento em relação às questões que, por se tratar de matéria de ordem pública, não estão sujeitas à preclusão ou prescrição.

VIII - DO INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL MESMO DIANTE DA ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI Nº 6.683/79.

Em harmonioso convívio com a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), a presente Ação Civil Pública evidencia a necessidade de lidar com o passado de graves violações em direitos humanos praticadas pelo regime ditatorial que vigorou no país (1964-1985). Para isso, apresenta ao Judiciário pedidos para responsabilização civil de agentes públicos e para a consolidação de cultura contra impunidade e afronta aos direitos humanos, com a propositura de medidas que refletem a adoção pública de uma postura de reconhecimento, pelo Estado brasileiro, dos fatos

nefastos do regime anterior, para que nunca mais aconteçam (como garantia de não-repetição).

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.

A Lei nº 6.683/79 não anistiou responsabilidades de natureza civil por atos ilícitos praticados na época da repressão no Brasil. Tampouco criou lapsos temporais extintivos ou impeditivos de direitos de natureza material ou processual.

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.

Nesse passo, relevante trazer à colação o teor da respeitável decisão de relatoria do Excelentíssimo Ministro Carlos Ayres Britto sobre o que restou decidido na ADPF nº 153 e a repercussão dos fundamentos naquele douto acórdão de natureza abstrata em relação à indenização civil pelos atos praticados no regime de exceção:

RECLAMAÇÃO 12.131 (468)
ORIGEM :AI - 00456924220118260000 - TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL
PROCÉD. :SÃO PAULO
RELATOR :MIN. AYRES BRITTO
RECLTE.(S) :CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA
ADV.(A/S) :PAULO ESTEVES E OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : JUÍZA DA 20ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO
RECLDO.(A/S) :DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTDO.(A/S) :ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA
INTDO.(A/S) :REGINA MARIA MERLINO DIAS DE ALMEIDA
DECISÃO: vistos, etc.

Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta por Carlos Alberto Brilhante Ustra, contra atos do Juízo da 20ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo e do Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 0045692-42.2011.8.26.0000. Atos que teriam violado a decisão deste Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

2. Argui o reclamante que, em seu desfavor, Angela Maria Mendes de Almeida e Regina Maria Merlino Dias de Almeida ajuizaram ação de indenização por danos morais. Ação que tem por fundamento *“responsabilizar pessoalmente o aqui reclamante pelas torturas que resultaram na morte de Luiz Eduardo Merlino, não somente na condição de Comandante do DOICODI, mas sobretudo, por ter praticado pessoalmente atos de tortura”*. Tortura ocorrida no período de ditadura militar.

3. Avança o reclamante para anotar que *“a pretensão de responsabilização criminal e civil havia sido objeto de anistia ampla e geral, na forma da Lei nº 6.683/79”*. Anistia cuja constitucionalidade foi reconhecida por esta nossa Casa de Justiça na APDF 153. Donde concluir que *“se não há crime, não há como condenar o reclamante ao pagamento de indenização, muito menos declarar que ele praticou algum crime naquele período”*. Pelo que requer a concessão de medida liminar para suspender o *“curso do processo até o julgamento final desta reclamação”*.

4. Pois bem, antes de analisar o pedido de medida liminar, solicitei informações aos reclamados. Informações que foram prestadas mediante a Peça n. 72.457/2011.

5. Sigo para registrar que as interessadas Angela Maria Mendes de Almeida e Regina Maria Merlino Dias de Almeida juntaram a Petição nº 73.951/2011. Petição em que defendem a improcedência da reclamação. Isso com fundamento na independência das instâncias cível e penal.

6. Feito este relato da causa, passo à decisão. Fazendo-o, pontuo, de saída, não merecer seguimento a presente reclamação. É que não há identidade entre o caso apresentado e o decidido por esta Casa de Justiça no julgamento da ADPF 153. E *“quando promovida [a reclamação] com o objetivo de fazer restaurar o ‘imperium’ inerente aos julgamentos emanados deste Tribunal – há de referir-se a situação idêntica àquela que motivou a formulação do ato decisório invocado como*

paradigma, sob pena de subverter-se a própria destinação constitucional do instrumento reclamatório”(Rcl 4.003/RJ). **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”. E 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 consequente repercussão indenizatória.

8. Não fosse o bastante, observo que as decisões reclamadas sequer analisaram a Lei nº 6.683/1979 ou qualquer decisão deste Supremo Tribunal Federal. Apenas permitiram que a ação indenizatória então ajuizada tivesse seu regular processamento. Confira-se, nesse sentido, trechos das decisões reclamadas:

“(…) Não há de se falar em falta de interesse processual dos requerentes. Há adequação do pedido, do procedimento adotado e há necessidade do ajuizamento da ação ante a evidente resistência do réu ao pedido de indenização.

Eventual existência de anistia é matéria de mérito e não se confunde com o interesse processual da demanda.

O pedido de indenização por danos morais é possível, pois não existe nenhum impedimento no ordenamento jurídico quanto a tal pretensão. Pelo contrário é previsto na Constituição da República. (...)”

“(…) Nesta fase de cognição inicial entendo ausentes os requisitos autorizadores da concessão da tutela recursal antecipada, como requerido, especialmente o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois o prosseguimento da demanda com o início da instrução não causa qualquer prejuízo ao Agravante. Ao contrário, acrescento, é de seu interesse a comprovação do quanto alegado em contestação. (...)”

9. É de se ver, portanto, que não há similitude ou identidade de objeto entre as decisões reclamadas e o núcleo do julgamento da ADPF 153.

E, ainda que assim não fosse, não se argumente que o endosso do STF à recepção da Lei de Anistia, inclusive quanto aos ilícitos civis, derivaria dos chamados “motivos

determinantes” do referido julgado. É que o Plenário deste nosso Supremo Tribunal Federal ainda não firmou entendimento acerca da transcendência de tais razões de decidir, de sorte a alcançar outras decisões judiciais em processos de feição subjetiva. Transcendência que, por ora, não autoriza o manejo de ação reclamatória, consoante deixei assentado no julgamento da Rcl 7336/SP.

10. Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, o que faço com fundamento no § 1º do art. 21 do RI/STF.

Publique-se.

Brasília, 03 de outubro de 2011.

Ministro AYRES BRITTO Relator (g.n.)

Além disso, também convém seja aqui transcrito o excerto do 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. Nessa ADPF, em quatro dos sete votos favoráveis à manutenção da Lei de Anistia, houve uma separação entre a responsabilização criminal e o direito da sociedade e das vítimas de saber o que aconteceu durante a ditadura militar. Vale seja aqui citado o 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 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 consequências, 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 do v. acórdão publicado em 06/08/2010).

Vale destacar que o procedimento civil reparatório do dano 'ex delicto' ora judicializado, segue a mesma lógica das leis de reparação às vítimas da ditadura: a Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos (1995) e a Lei dos Anistiados Políticos (2002). Com efeito, no art. 2º da Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos é previsto que a reparação das vítimas pelo Estado brasileiro deve se orientar pelo princípio da reconciliação e pacificação nacional expresso na Lei de Anistia.

Como a Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos foi promulgada em 1995, sob a égide da constituição de 1988, a única interpretação razoável para esta lei, é que a sua harmonização com a Lei de Anistia em nada altera os valores de probidade, legalidade e responsabilidade civil objetiva previstos na constituição para o estado democrático de direito.

Por isso, não existe nenhum impedimento no ordenamento jurídico pátrio quanto à pretensão de reparação/indenização no âmbito civil para os mortos e desaparecidos vítimas do regime

ditatorial brasileiro (1964-1985). A previsão dessa Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos indica expressamente o contrário: que no ordenamento jurídico brasileiro é possível reparar vítimas de graves violações de direitos humanos em harmonia com a Lei de Anistia. Isso porque, os efeitos da anistia não têm o condão de influir na seara civil.

O instituto da anistia no âmbito penal significa a renúncia do direito de punir e bem por isso, abarca apenas os direitos passíveis de ser renunciados pelo Estado e não por particulares, especialmente quando se trata de assegurar o direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Diz respeito a anistia à exclusão dos efeitos penais, permanecendo as obrigações estatais de natureza civil, sendo cabível a reparação dos danos ofensivos a fundamentos tão caros ao Estado Democrático de Direito, tais como a direito à vida, à incolumidade física e à dignidade da pessoa humana.

A independência das instâncias de responsabilidades está prescrita na parte final do § 4º, III, do artigo 37 da Constituição da República de 1988 e há de ser observada.

Portanto, não se cogita na hipótese de nenhuma causa de exclusão da indenização civil pelo ilícito ocorrido, regressivamente, invocando-se a anistia veiculada na Lei de 1979.

Revela-se equivocada, destarte, qualquer conclusão no sentido de que a Lei nº 6.683/79 abarca a exclusão das indenizações civis *ex delicti* inclusive, obstaculizando a busca da tutela jurisdicional para as devidas reparações na área cível e para que seja minimamente reconhecida a existência de relação jurídica para indenização por via da ação de regresso diante dos notórios atos praticados sob o “regime de exceção”.

A respeito do assunto, Paulo Sérgio Pinheiro assevera que *“(...) 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.”*⁸

No mesmo sentido, Alba Zaluar apresenta reflexões sobre o legado da inércia institucional e sua vinculação com as persistentes violações aos direitos. Destaca que as raízes históricas não podem ser desconsideradas no cenário brasileiro, especialmente porque *“a democratização, que começou no fim dos anos 1970, não modificou o jogo entre o executivo e o legislativo (clientelismo). A abertura do regime foi reduzida aos direitos políticos e ao sistema eleitoral: o voto direto para a eleição do presidente. Mas a democratização não recuperou a cultura urbana de tolerância e as artes da negociação. Pode-se dizer, então, que o pior efeito de um regime de exceção é que destrói a cultura democrática que se manifesta nas práticas sociais quotidianas de respeito e de civilidade com o outro, deveres do cidadão.”*⁹

⁸ Esquecer é começar a morrer (Prefácio), in *Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*, SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord), Belo Horizonte: Fórum Editora, 2009, p.14/15.

⁹ *Alba Zaluar*, Democratização inacabada: fracasso da segurança pública, in: Revista de Estudos Avançados 21 (61), 2007, p. 32.

Uma demonstração clara e inequívoca da busca de uma transição pacífica, sem rupturas conflituosas, como mencionado por Paulo Sérgio Pinheiro e Alba Zaluar, é a postura exemplar do Estado brasileiro na adoção de dois programas exitosos de reparação das vítimas da ditadura: um implementado pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (Lei 9140/95); e outro pela Comissão de Anistia (Lei 10.406/02). No entanto, se na perspectiva da reparação financeira das vítimas, a justiça administrativa brasileira avança e confirma os valores essenciais para lidar com o passado violento, sob a ótica do prejuízo sofrido pela Administração Pública em decorrência desses atos nefastos cometidos por agentes públicos, o Estado brasileiro tem adotado uma postura reprovável, já que é omissivo e inerte no exercício de seu direito de regresso.

A inércia do Estado na propositura da ação de regresso contra agentes públicos que praticaram atos geradores de indenização para as vítimas da ditadura - familiares de mortos e desaparecidos; e perseguidos políticos, - que não encontra fundamento na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo. O combate à impunidade e a busca constante de mecanismos que proporcionem a recuperação de prejuízos causados por servidores públicos é um objetivo presente na agenda brasileira (e também mundial) e o Poder Judiciário tem se demonstrado sensível e comprometido em enfrentar a impunidade.

Dessa forma, é inaplicável a Lei de Anistia de 1979 para excluir as pretensões de indenização civil por ilícitos praticados na época da repressão, porquanto a anistia ali veiculada refere-se exclusivamente à seara penal.

IX - DA EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO RECORRIDO

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 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 presente ação pretensões exclusivamente de natureza cível não há influxo da Lei de Anistia de 1979.

Ao passo que hodiernamente assiste-se no país a evolução da Justiça de Transição, interessante é a conclusão empírica das pesquisadoras Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling de que “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”.¹⁰ O Brasil não deve experimentar retrocessos na efetividade da justiça de transição para o Estado Democrático de Direito.

Por isso, não se admite uma atuação do Poder Público (inclusive, claro, do Poder Judiciário) no sentido de deixar prevalecer o negacionismo, com a não responsabilização dos agentes públicos que praticaram os atos pelos quais o Estado brasileiro teve de indenizar as vítimas. Frise-se que a responsabilidade civil do Estado neste caso decorre da Constituição e das já mencionadas Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos e Lei de Anistiados Políticos.

A edição de leis nas quais o Estado se responsabiliza pelo desaparecimento das vítimas e pelas perseguições, prisões ilegais, torturas e outros tipos de agressões aos cidadãos é, portanto, um marco, um núcleo já realizado, que não admite retrocesso. O que se espera, é que a partir do reconhecimento dos crimes e da responsabilidade civil do Estado, os agentes públicos que causaram este enorme prejuízo à sociedade brasileira, respondam a ação de regresso, recompondo os cofres públicos.

Como há omissão estatal na proposição de ação regressiva contra os agentes que lhe causaram enorme prejuízo, embora existam farta documentação e informações trazidas à esfera pública pelo próprio Estado¹¹, a dicção judicial é necessária para que haja o reconhecimento formal das responsabilidades individuais, com o fim de se estabelecer parâmetros justos entre situações que muitas vezes são contrafáticas ou não mensuráveis.

¹⁰ 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).

¹¹ Nesse sentido, ver: Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, 2da. edición 2004, capítulo 3.

No caso de graves violações em massa aos direitos humanos ocorridos no regime de exceção a que o Brasil foi submetido de 1964 a 1985, a posição do Judiciário e da Administração Pública em relação aos agentes públicos vinculados aos atos de violência desse passado recente precisa ser a mesma adotada em relação a outros tipos de violência e improbidade hoje praticados.

O Estado Democrático brasileiro tem um compromisso com o combate à impunidade. E a recuperação de parte do montante gasto nos programas de reparações às vítimas da ditadura, implementados pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos e pela Comissão de Anistia, por meio da ação de regresso, é medida de justiça e de valorização da probidade administrativa. Ao mesmo tempo, como esse processo de recuperação de recursos públicos é demorado e nem sempre bem sucedido, é importante destacar o acerto do Estado brasileiro ao escolher primeiro pagar as vítimas. Mas é inconstitucional, por força do previsto no §5º do art. 37, que o Estado considere sua tarefa terminada com a reparação, que pode desonerar o agente público causador do prejuízo.

Como bem argumenta Juan Méndez, as obrigações do Estado em relação ao passado de graves violações de direitos humanos após o retorno à democracia não são alternativas uma das outras, nem são opcionais. Por isso, o Estado brasileiro deve cumprir cada uma delas na medida de suas possibilidades e de boa-fé. Em suas palavras: “Não é lícito que o Estado diga: nós não vamos processar ninguém, mas vamos oferecer reparações. Ou que diga, vamos fazer um informe da comissão de verdade, mas não vamos pagar reparações a ninguém. Cada uma dessas obrigações do Estado são independentes umas das outras e cada uma delas deve ser cumprida de boa fé. Também reconhecemos que cada país, cada sociedade, precisa encontrar seu caminho para

implementar esses mecanismos. [...] Há princípios que são universais e a obrigação do Estado é cumpri-los, porém a forma, o método, é que é peculiar. Nós não acreditamos que exista, por exemplo, uma seqüência estrita que primeiro é preciso processar e castigar, depois instalar uma comissão de verdade... Cada país tem de decidir o que faz e quando. De forma tal que não se fechem os caminhos. [...] Então é necessário ir complementando o judicial com o não-judicial, ou até mesmo administrativo, como é o caso das reparações. Essa é a razão pela qual nós insistimos nesse enfoque holístico, compreensivo.”¹²

Baseado na realidade brasileira, o enfoque compreensivo/holístico destacado por Juan Méndez tem forte ligação com o combate a todas as formas de impunidade, inclusive a da locupletação de recursos públicos por agentes estatais que na época do regime militar praticaram atos que geraram uma obrigação financeira para o Estado. Nas palavras da cientista política Glenda Mezarobba: “no desenvolvimento de um processo de justiça de transição é preciso considerar, entre outros aspectos, a natureza da violência e dos abusos de direitos humanos, a natureza da transição política e a extensão do poder dos criminosos, após a passagem para o novo regime. Muito provavelmente por todos esses motivos, nessa primeira década do século XXI existe um crescente consenso entre pesquisadores e ativistas sobre o conteúdo básico do arcabouço de justiça de transição, a partir da idéia geral de que as estratégias nacionais para se lidar com as violações de direitos humanos ocorridas no passado dependem das especificidades ditadas pelo contexto local e que só assim elas podem contribuir para *accountability*, para acabar com a impunidade, para a reconstrução das

¹² Glenda Mezarobba. Entrevista com Juan Méndez, presidente do Internacional Center for Transitional Justice (ICTJ). Sur Revista Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, v. 7, 2007, p. 168-175.

relações entre o Estado e seus cidadãos e para a criação de instituições democráticas.”¹³

No caso, a extremada gravidade dos atos lesivos a direitos humanos remete inclusive a um patamar diferenciado de responsabilidade, ao 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.”¹⁴

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, porque mecanismos jurídicos de compensação às vítimas não foram e não são suficientes, invocam outros instrumentos de valorização e reconhecimento, tais como o registro da memória, a declaração estatal pública do ocorrido, o 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 desses atos de tortura e repressão, no contexto social.

Tal fundamento jurídico constituiu o mote da postulação da declaração de existência jurídica entre HOMERO CÉSAR MACHADO,

¹³ Glenda Mezarobba. O que é justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. Organizadoras: Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi. *Memória e Verdade: a justiça de transição no estado democrático brasileiro*. Editora Fórum, 2009, p. 41.

¹⁴ *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.

INNOCÊNCIO, FABRÍCIO DE MATTOS BELTRÃO, JOÃO 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 foco, porque tal medida é a única possível tanto sob a ótica estrita do direito administrativo - da necessidade de que o agente público responda quando causar dolosamente dano ao erário – e sob o enfoque dos direitos humanos, já que as medidas para garantia de não-repetição exigem que os culpados sejam responsabilizados pelos atos nefastos que praticaram.

Assim, a responsabilização civil dos réus, como um basta à intolerável ausência de reparação que não diz respeito apenas aos familiares das vítimas, mas aos interesses de toda a coletividade (interesse metaindividuais ou coletivos) e ao anseio de vivenciar um Estado não apenas democrático, mas ético de direitos, valorizando direitos fundamentais que são imprescritíveis, para a efetividade de suas obrigações mesmo que isto perpasse os tempos e as gerações.

X - DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS GRAVES ILÍCITOS 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, 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 cogitar de prescritibilidade diante de tão graves fatos praticados durante a repressão política no Brasil adotando-se o referido instituto extintivo de direitos, 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)”.

Sob essa ótica, aliás, impende que se enfrente a questão dos atos expendidos pelas ações de grupos armados, civis ou militares, como contrários aos princípios e direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, condutas para as quais a Constituição Federal de 1988 determinou a imprescritibilidade (art. 5º, XLIV). A imprescritibilidade alcança, particularmente, os delitos relacionados ao desaparecimento forçado de pessoas, sendo que para o crime de sequestro qualificado e/ou de ocultação de cadáver, certo é que o prazo prescricional não se inicia enquanto perdurar a permanência da situação fática delitativa. Para tais situações de condutas permanentes há inclusive a incidência do direito novo prescrito na Súmula 711 do C. STF, aplicando-se a norma penal mais grave vigente anteriormente à cessação da permanência da situação infracional.

Finalmente, em abono a todas as considerações sobre a não incidência de prescrição, transcreve-se o seguinte trecho grifado 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 popu-

lação 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”.¹⁵

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.¹⁶

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

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

¹⁵ 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.

¹⁶ ONU, Comissão dos Direitos Humanos, C/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005, princípio 23.

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).

O princípio da imprescritibilidade das medidas de responsabilização dos autores de crimes lesa humanidade compreende **costume internacional** desde a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, dezembro de 1948), das quais o Brasil é signatário. Ademais, a imprescritibilidade foi afirmada pela Assembleia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, todos documentos jurídicos anteriores à ocorrência dos crimes descritos na exordial.

Com efeito, a internacionalização dos direitos humanos confirmou a repulsa mundial ao emprego da tortura, haja vista, além dos tratados já citados, o Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos de 1966 (art. 7º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 5.2) e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984. A proibição da tortura é tida em termos absolutos, não se admitindo exceção, suspensão ou derrogação de tal regra.¹⁷

Tais razões levam à afirmação da imprescritibilidade dos crimes internacionais. É o que já revelava a Resolução n. 2338 (XXII), de 18 de dezembro de 1967, da Assembleia Geral das Nações Unidas. Significa dizer que, antes mesmo da aprovação da Convenção sobre a

¹⁷ PIOVESAN, Flávia, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro, *in* SOARES, Inês Virgínia Prado, KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord)., Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 202.

imprescritibilidade, o costume internacional já a reconhecia como princípio com força cogente em vigor.

Para além destas Declarações e Resoluções, a inadmissibilidade da tortura e de outras formas de tratamento cruel integra o “ius cogens”, subsistindo verdadeiro princípio geral de direito internacional, efetiva obrigação “erga omnes” dos Estados na responsabilização dos autores dos ilícitos de lesa-humanidade, o qual antecede os fatos ocorridos na ditadura militar. Na lição de Toru Yamamoto, o “ius cogens” *“(..) trata-se de uma norma da qual nenhuma derrogação ou modificação é permitida a não ser por uma nova norma da mesma natureza, devendo ser aceita e reconhecida como tal pela comunidade internacional dos Estados em conjunto (...).”*¹⁸

É dizer: este tipo de obrigação internacional impõe aos Estados o dever de cumprir as normas imperativas do direito internacional (“ius cogens”), sejam elas consuetudinárias ou convencionais. O Brasil encontra-se, pois, vinculado internacionalmente ao conceito de crime contra a humanidade e tem o dever inderrogável de promover a responsabilização dos autores destes delitos, a qualquer tempo, sendo despiciendo um processo prévio de incorporação deste costume internacional inderrogável ao direito interno pelas vias formais previstas na Constituição.

Como o dano persiste ainda nas vítimas diretas e na sociedade por conta das condutas dos réus, a norma aplicável à hipótese é a do art. 37, § 5º da Constituição Federal de 1988. Certamente a norma constitucional, por ordinário, não é dotada de retroeficácia para atingir fatos jurídicos pretéritos, mas aqui o evento danoso persiste até hoje e, bem por isso, há a incidência do comando constitucional do art. 37, § 5º do vigente Estatuto Ápice.

¹⁸Yamamoto, Toru, *Direito Internacional e Direito Interno*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 174.

A jurisprudência deste C. Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que a ação civil “ex delicto” com o objetivo na reparação civil do dano, mesmo para crimes sujeitos à prescrição - o que não ocorre no caso em tela – em que o prazo *a quo* do lapso prescricional começa a fluir do trânsito em julgado na ação penal.

Isso, apenas para argumentar, porquanto exatamente para situações como a dos presentes autos, é firme a jurisprudência deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não se aplica ao dano decorrente da violação de direitos de personalidade ocorrido na época do regime militar, por imprescritível, posto ter ocorrido em momento em que os jurisdicionados não podiam buscar a contento as suas pretensões. (REsp n. 841.810/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18.12.2008, DJE 07/04/2009).

O respeitável julgado assinala com a adoção da tese da imprescritibilidade da indenização civil para os casos de danos morais, em face da tortura praticada nas dependências do DOI/CODI.

A tese da imprescritibilidade da indenização civil para a reparação dos danos morais em face dos opressivos atos praticados no regime ditatorial está presente em v. julgados do Colendo Supremo Tribunal Federal, consoante o seguinte v. ementário de jurisprudência:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PRISÃO E TORTURA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONTRARIEDADE DO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA E TORTURA DURANTE O REGIME MILITAR. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE EXCEÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC QUE NÃO SE VERIFICA. CONFIGURAÇÃO DA CONDIÇÃO DE ANISTIADO E REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DIRIMIU A CONTROVÉRSIA COM BASE NO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que "As ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932." (REsp nº 816.209/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, in DJe 10/11/2009). Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção, havendo, sem dúvida, incontáveis abusos e violações dos direitos fundamentais, mormente do direito à dignidade da pessoa humana. Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/9/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/6/2003.

3. O Tribunal a quo, analisando os fatos da causa, concluiu que houve inequívoca "perseguição política", estando, portanto, preenchidos os requisitos para se obter a reparação de danos prevista na lei, e inverter essa

conclusão, bem como discutir a pretendida redução da verba indenizatória, implica incursão no universo fáctico-probatório dos autos, o que é vedado em razão do óbice contido no enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

4. Agravo regimental não provido”.

2. A Recorrente alega que teriam sido contrariados os arts. 1º, inc. III, 5º, caput, inc. III, XLIII, XLIV e 97 da Constituição da República.

Argumenta que “a demandante aduz pretensão indenizatória contra a Fazenda Pública. Logo, afirmada a plena validade do Decreto n.º 20.910/32, cabia ao STJ a sua aplicação à hipótese, reconhecendo a prescrição do dano moral e do dano material”.

Sustenta que “mesmo sendo a tortura ofensiva à dignidade da pessoa humana, a reparação civil do ilícito não é imprescritível [pelo que se] submete-se ao prazo do Decreto n.º 20.910/32.” E conclui que “o pleito é de reparação civil . O direito à reparação civil não é um direito fundamental. Logo, prescreve a pretensão indenizatória”.

Pede o provimento do presente recurso extraordinário.

Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. No voto condutor do acórdão recorrido, o Ministro Benedito Gonçalves asseverou:

“Em que pesem os argumentos lançados nas razões recursais, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que “As ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932.” (REsp nº 816.209/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, in DJe 10/11/2009).

Desse modo, a decisão agravada merece ser mantida por seus próprios fundamentos, *in litteris* (fls. 223-227):

Inicialmente, infere-se que não houve violação ao art. 535, II, do CPC, uma vez que os acórdãos recorridos proferidos em apelação e em embargos de declaração estão devidamente fundamentados e todos os temas relevantes para o deslinde da questão levantada foram abordados. Ademais, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder a todos os argumentos das partes, desde que

fundamente sua decisão. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes da Primeira Turma: REsp 698.208/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 8/9/2008; AgRg no REsp 753.635/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 2/10/2008; REsp 1.051.845/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 18/6/2008 e REsp 918.935/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, DJ 10/12/2007.

Também não há falar em prescrição do fundo de direito (art. 1º do Decreto n. 20.910/32), tendo em vista que esta **Corte pacificou entendimento de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar.”**

(RE 667534 / DF - DISTRITO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 18/03/2012 - Publicação PROCESSO ELETRÔNICO - DJe-064 DIVULG 28/03/2012 PUBLIC 29/03/2012 - Partes RECTE.(S) UNIÃO ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO RECDO.(A/S): MARIA HELENA ALMEIDA DE FORTINI E OUTRO(A/S) ADV. (A/S): ANDRÉ SORIANO CAETANO

Nesse diapasão, importante sejam colacionados alguns julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça que ratificam a imprescritibilidade da indenização civil pelos ilícitos no regime de exceção, inclusive por via do regresso:

Ementa:
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. DISSIDENTE POLÍTICO PRESO NA ÉPOCA DO REGIME MILITAR. TORTURA. DANO MORAL. FATO NOTÓRIO. NEXO CAUSAL. NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - ART. 1º DECRETO 20.910/1932. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, experimenta os mais expressivos atentados quando engendradas a tortura e a morte, máxime por delito de

opinião. 2. Sob esse ângulo, dispõe a Constituição Federal: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;" "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (...) III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;" 3. Destarte, o egrégio STF assentou que: "...o delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade. - A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo." (HC 70.389/SP, Rel. p. Acórdão Min. Celso de Mello, DJ 10/08/2001) 4. À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento. 5. **Consectariamente, não há falar em prescrição da ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime**

porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 6. Outrossim, a Lei 9.140/95, que criou as ações correspondentes às violações à dignidade humana, perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, previu a ação condenatória no art. 14, sem estipular-lhe prazo prescricional, por isso que a *lex specialis* convive com a *lex generalis*, sendo incabível qualquer aplicação analógica do Código Civil no afã de superar a reparação de atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana, como sói ser a dignidade retratada no respeito à integridade física do ser humano. 7. Ação ordinária proposta com objetivo de reconhecimento de danos materiais e morais, em face do Estado, pela prática de atos ilegítimos decorrentes de perseguições políticas perpetradas por ocasião do golpe militar de 1964, que culminaram na prisão do pai dos autores, bem como na sua tortura, cujas conseqüências alega irreparáveis. 8. A prova inequívoca da perseguição política à vítima e de imposição, por via oblíqua, de sobrevivência clandestina, atentando contra a dignidade da pessoa humana. 9. A indenização pretendida tem amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. 10. Adjuntem-se à lei interna, as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, a começar pela Declaração Universal da ONU, e demais convenções específicas sobre a tortura, tais como a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). 11. A dignidade humana desprezada, in casu, decorreu do fato de ter sido o autor torturado revelando flagrante violação a um dos mais singulares direitos humanos, os quais, segundo os tratadistas, são inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis. 12. A exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e

direitos". 13. A Constituição federal funda-se na premissa de que a dignidade da pessoa humana é inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

14. O egrégio STJ, em oportunidades ímpares de criação jurisprudencial, vaticinou: "RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO, TORTURA E MORTE DO PAI E MARIDO DAS RECORRIDAS. REGIME MILITAR. ALEGADA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEI N. 9.140/95. RECONHECIMENTO OFICIAL DO FALECIMENTO, PELA COMISSÃO ESPECIAL DE DESAPARECIDOS POLÍTICOS, EM 1996. DIES A QUO PARA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. A Lei n. 9.140, de 04.12.95, reabriu o prazo para investigação, e conseqüente reconhecimento de mortes decorrentes de perseguição política no período de 2 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1998, para possibilitar tanto os registros de óbito dessas pessoas como as indenizações para reparar os danos causados pelo Estado às pessoas perseguidas, ou ao seu cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes ou colaterais até o quarto grau. omissis ...em se tratando de lesão à integridade física, deve-se entender que esse direito é imprescritível, pois não há confundi-lo com seus efeitos patrimoniais reflexos e dependentes. "O dano noticiado, caso seja provado, atinge o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana. O delito de tortura é hediondo. A imprescritibilidade deve ser a regra quando se busca indenização por danos morais conseqüentes da sua prática" (REsp n. 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, in DJ de 17.02.2003). Recurso especial não conhecido." (REsp 449.000/PE, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 3/06/2003) 15. Recurso especial provido para afastar in casu a aplicação da norma inserta no art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, determinando o retorno dos autos à instância de origem, para que dê prosseguimento ao feito. (Processo - RESP 200802796341 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 1165986 – Relator(a) LUIZ FUX - Sigla do órgão STJ - Órgão julgador - PRIMEIRA TURMA – Fonte

DJE, Data da Decisão 16/11/2010 Data da Publicação
04/02/2011)

Ementa:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. **As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis.** Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ. 2. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas – incorporado ao ordenamento jurídico pelo Decreto-Legislativo 226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como prevê a proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos. 3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e torturado, tendo sofrido danos psicológicos permanentes, fixou indenização por danos morais em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). 5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que somente em casos excepcionais é possível rever o valor da indenização, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, o que, in casu, não se configura. 6. Recurso Especial não provido.

(Processo RESP 200802773859 - RESP - RECURSO ESPECIAL – 1104731 – Relator(a) HERMAN BENJAMIN - Sigla do órgão STJ - Órgão julgador - SEGUNDA TURMA – Fonte DJE [DATA:05/11/2009](#) - Data da Decisão 05/03/2009 Data da Publicação 05/11/2009)

Ementa

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRISÃO E TORTURA A INTEGRANTE DO PARTIDO COMUNISTA BRASILEIRO. DANOS CONFIGURADOS. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DE EXCEÇÃO. ARTIGOS DE LEI APONTADOS COMO VIOLADOS NÃO PREQUESTIONADOS PELO ACÓRDÃO A QUO. SÚMULA 211/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. VERBA FIXADA COM RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. 1. **O STJ pacificou entendimento no sentido de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar.** Precedentes: REsp 959.904/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 29/09/2009; AgRg no Ag 970.753/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008; REsp 449.000/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 05/06/2003, DJ 30/06/2003 p. 195. 2. Os artigos 4º e 16 da Lei n. 10.559/2002 não foram prequestionados no Tribunal de origem, apesar de a parte ter opostos aclaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ. 3. No pertinente ao quantum indenizatório fixado pela instância a quo, o Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. O Tribunal de origem, ao considerar as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, entendeu por bem fixar o montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a título de danos morais e materiais. 5. Desse modo, considerando que a quantia fixada pelo Tribunal a quo a título de indenização por dano moral e material não escapa à razoabilidade, nem se

distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, forçoso concluir que a pretensão esbarra na vedação contida na Súmula 7 do STJ, por demandar a análise do conjunto fático-probatório dos autos. 6. Agravo regimental não provido.

(AGRESP 200901918869 - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1160643 Relator(a) BENEDITO GONÇALVES - Sigla do órgão STJ Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte DJE [DATA:26/11/2010](#) - Data da Decisão 23/11/2010 Data da Publicação 26/11/2010)

Ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CASO DAS MÃOS AMARRADAS. INTERESSE PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. VERBA HONORÁRIA. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CF. ART 5º, XXXV E LXXVIII. - Caso das mãos amarradas. Ex-Sargento do Exército torturado no DOPS, levado à Ilha do Presídio no Rio Guaíba, vítima de novas torturas, assassinado por militares em 1966, tendo sido o corpo encontrado boiando no Rio Jacuí, com as mãos amarradas. - A indenização normatizada nas Leis 6.683/79 e 9.140/95 não se confunde com o pedido desta ação. - Postula-se neste feito a indenização total pelos danos causados. Aquela reconhecida pelos diplomas legais citados, com base nos princípios da reconciliação e da pacificação nacional, não pode excluir a reparação integral do dano e nem eles tiveram por critério ressarcir e pensionar excluindo outros valores e obrigações devidas. - O pedido manifestado na inicial foi no sentido de que fossem indenizados os danos decorrentes do ilícito. - Estes danos abrangem aqueles de natureza material e moral. **A presente tese tem suporte principalmente no fato de que a controvérsia sobre a possibilidade do ressarcimento dos danos morais somente foi afastada com a promulgação da Carta de 1988, que expressamente os acolheu.** Dessa forma, mesmo que não se entendessem acobertados pelo pedido os danos morais, teríamos o direito superveniente socorrendo a demandante. - Quanto à prescrição do

direito de ação, a matéria não merece ser conhecida, porquanto a decisão do Tribunal Federal de Recurso sobre o tema fez coisa julgada. - Restou evidenciado que o ex-sargento foi preso por determinação de militares federais. Neste sentido, as cartas remetidas deixam claro que o preso estava à disposição do III Exército. O III Exército detinha jurisdição sob o Sul do País, à época dos fatos. De outro lado, o princípio da responsabilidade objetiva do Estado resulta da causalidade do ato comissivo ou omissivo e não só da culpa do agente. Verificando-se na hipótese a conduta de agentes públicos, consubstanciada na prática de atos de tortura que resultaram na morte da vítima, resulta inarredável a obrigação de indenizar do Estado. Não se poderia exigir, em uma situação trágica como a presente, documentos demonstrando as despesas. É fato notório que essas despesas ocorreram, que o jazigo foi adquirido, que a viúva deslocou-se às suas expensas para os funerais, cujas despesas também suportou. Por isso correta a condenação neste tópico e o arbitramento de valores efetuado. - Presença do nexo de causalidade no que se refere aos danos morais. Neste item afirma a União que "A condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais caracteriza-se como enriquecimento às custas dos cofres públicos - tão combatidos ultimamente, visto que nem consta na exordial. Basta anotar que o sofrimento injustificado da autora deu-se pela ação determinada por agentes públicos. Também não custa lembrar que se os cofres públicos se encontram combatidos, isso não se deve a pagamentos do que justamente é devido. - O dano moral deve ser apurado a partir de sua dupla natureza, compensatória para a vítima e punitiva ou sancionatória para o ofensor, cuidando-se, ainda, de evitar o enriquecimento sem causa. - No presente caso, atentando-se aos critérios de moderação e prudência, as peculiaridades do caso, o tempo do processo e, também, ao grau de intensidade da culpa do responsável, a intensidade do sofrimento da vítima e a retratação verificada quanto aos danos materiais, o valor fixado obedece um padrão de razoabilidade. -

(...)

A autora demonstrou, a duras penas, em face da dificuldade em produzir a prova pelas peculiaridades do caso, que sofreu danos materiais e morais em face da

ação criminosa de agentes a serviço do Estado. Estes danos devem ser reparados. A demandante está amparada pela presença do direito material. Não mais se cuida apenas de um juízo de verosimilhança, e sim, de certeza do direito clamado. - O risco de um dano irreparável decorre do tempo deste processo.

(...)

Ora, tendo os direitos fundamentais eficácia imediata, está autorizado o juiz, consoante as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ("O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais". In: Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto (org.), Processo e Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5 e seguintes), Luiz Guilherme Marinoni (Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 220 e seguintes) e Daniel Francisco Mitidiero (Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49), a concretizar diretamente esses direitos fundamentais, sem a mediação do legislador infraconstitucional, isso porque negar a possibilidade de antecipar-se a tutela de ofício, no presente caso, significa desprestigiar ainda mais a justiça que, ao fim e ao cabo, é mesmo o fim último do processo. O direito à duração razoável, como refere Mitidiero (Op. cit., pp. 62 e seguintes), é auto-aplicável em nosso direito, o que coloca a problemática da tempestividade processual no nível constitucional. A justiça que tarde acode é manifesta injustiça. - De igual sorte, há requerimento da autora nestes autos solicitando que se dê preferência em seu julgamento, para que a justiça se faça. Por isso, entendo que neste pedido maior inclui-se o pedido de antecipar a tutela. Mesmo porque, à época do pedido não havia previsão legal para o expresso pedido de antecipação de tutela. E, como foi salientado, o caso concreto mostra a necessidade de que se impeça o efeito danoso do tempo, impedindo a efetiva tutela jurisdicional. Ao juiz incumbe velar pela efetiva prestação da jurisdição. - De qualquer forma, se havia dúvidas sobre a antecipação de tutela de ofício, estas não podem permanecer diante do disposto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88. Esta norma garante aos jurisdicionados o direito a uma tutela efetiva, em tempo razoável. É garantia fundamental atribuída às partes, que, como tal, exige sua aplicabilidade imediata. Exatamente por isso é que é dado

ao juiz determinar todas as providências necessárias para sua concretização. - Quanto à circunstância de ser a tutela dirigida contra a Fazenda Pública, tampouco vejo óbice à sua concessão. O Supremo Tribunal Federal já assentou que "O ordenamento positivo brasileiro não impede a concessão de tutela antecipada contra o Poder Público.: (Recl. 1967, Rel. Min. Celso de Mello) Antecipação de tutela deferida parcialmente para que se implante imediatamente a pensão vitalícia, como determinado na sentença ora confirmada. Improvido o apelo da União.

(Processo AC 200104010852029 - AC - APELAÇÃO CIVEL - Relator(a) VÂNIA HACK DE ALMEIDA Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJ 05/10/2005 PÁGINA: 633)

Ressalta-se mais uma vez que se trata de ação civil e sua consequente repercussão indenizatória. A lei de anistia- Lei nº 6.683/79 foi recepcionada pela atual Carta Constitucional, segundo decisão do E. Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 153, referindo-se estritamente à anistia penal, mas não afastou a responsabilização civil por ilícitos praticados durante o regime de exceção no país.

Lúcia Elena Bastos destaca que o “que causa perplexidade é o caso em que o Estado perdoa, além dos seus súditos, a si mesmo pelos seus próprios males. Em outras palavras, ao Estado caberia conceder anistia aos indivíduos que desrespeitaram suas leis, mas não fazê-lo em nome do próprio Estado de maneira ampla e arbitrária”¹⁹. A jurista dá continuidade a sua argumentação citando Robertson (ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes against humanity – the struggle for global justice*. New York: The New Press, 2000), que entende que o Estado como vítima pode perdoar, mas quando ele atua como cúmplice do perpetrador, não deveria ser perdoado.

¹⁹Lucia Elena Bastos, SOARES, Inês Virgínia Prado, KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord)., *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.173.

Mas no Brasil isso não aconteceu! O Estado brasileiro assumiu sua responsabilidade e implementou, como já mencionado neste recurso, um eficiente e amplo programa de reparação financeira às vítimas, com apoio na Constituição, na Lei dos Mortos e Desaparecidos e na Lei dos Anistiados Políticos. Por essa razão, não é coerente que o Estado não impute responsabilidade ao agente público cúmplice das atrocidades reconhecidamente praticadas.

Lúcia Bastos destaca que “permanece a dúvida para o próprio direito, que foi muito bem apontada por Garapon: como julgar sem necessariamente punir? Como, então, fazer justiça a essas violações massivas que chamam a atenção de toda a comunidade internacional em razão de sua monstruosidade? Pois, sob a ótica do direito, esses crimes internacionais são monstruosos não somente porque se apresentam como um atentado inédito ao que há de humano no próprio homem, mas também porque eles desafiam a capacidade da ordem jurídica.”²⁰

No Brasil, pela postura do Estado em assumir sua responsabilidade civil, não há desafios consistentes à capacidade da ordem jurídica; além disso há uma forte demanda por justiça, que se concretiza também pela responsabilização dos agentes que torturaram e assassinaram os presos políticos. Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Qualquer pessoa de senso normal sabe que torturar alguém subjugado e entregue à guarda dos poderes públicos então vigentes é ato, no mínimo, de supina covardia, pois o prisioneiro não tem como defender-se ou como evadir-se das agressões e sofrimentos que lhe são impostos. Está inerme, simplesmente impossibilitado de qualquer reação efetiva contra os que o submetem às sevícias e maus tratos, ao passo que estes se encontram sob a proteção do Estado, desfrutando da máxima segurança, isentos de qualquer risco pela prática dos atos

²⁰Lucia Elena Bastos, ob. Cit, p. 176

indignos a que se entreguem. Por isto, com tanta desenvoltura, podiam matar, ferir, estuprar, humilhar e maltratar os que se encontravam sob seu domínio.”²¹

A jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. É inaplicável o prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Ademais, não bastassem as práticas notórias de tortura é sabido que houve desaparecimentos forçado de pessoas ou crimes de sequestro qualificado de vítimas das ações opressivas da OBAN, que não reapareceram até hoje, não obstante o atual Estado Democrático de Direito, em que se reconhece como inalienável o direito fundamental à dignidade. A permanência dessas situações delitivas, por óbvio, se não permite a fluência do prazo prescricional na esfera penal, quanto mais na seara civil. Enquanto não cessada a permanência do ilícito penal, certamente não há como se considerar cessada a lesividade do fato ilícito civil para fins de contagem de prazo prescricional, isso se assim fosse possível, porque aqui a pretensão de reparação paira no campo da imprescritibilidade. Nem poderia ser diferente, pela necessidade de se assegurar o fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, abalada pelas abjetas e notórias práticas da Operação Bandeirante.

A não fluência do prazo prescricional para os delitos de sequestro qualificado foi reconhecida no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, porquanto restou atendido o princípio da dupla tipicidade no procedimento de Extradicação nº 1.150-

²¹Celso Antonio Bandeira de Mello, Imprescritibilidade dos crimes de tortura, SOARES, Inês Virgínia Prado, KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord)., *Memória e Verdade: a Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139.

República Argentina, de relatoria da Exma. Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, conforme a seguinte transcrição da respeitável ementa:

EMENTA: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQÜESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. O pedido formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de Extradicação específico. 2. Ressalvada a categórica prescrição dos crimes de homicídio descritos no presente pedido de extradicação, o Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configuram o tipo penal de “desaparecimento forçado de pessoas”, estando o caso em perfeita consonância com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. 3. Inexistência de irregularidades formais. 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de seqüestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. 5. Art. 77, inc. VI, da Lei n. 6.815/80: ocorrência de prescrição da pena referente aos crimes de homicídio qualificado, sob a análise da legislação brasileira. 6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da

cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedentes. 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns. 8. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assinalado que, na ação de extradição, não se confere ao Supremo Tribunal competência para indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional apóia-se. Precedentes. 9. Extraditando que não será julgado por tribunal de exceção, notadamente porque o objetivo do presente pedido extradicional é o processamento e julgamento do Extraditando pelo Poder Judiciário argentino, plenamente capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e regular. 10. Extraditando não indultado. 11. Extradição parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “seqüestro qualificado”, ressalvado que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pelo desaparecimento ou seqüestro de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA, ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; devendo ser efetuada a detração do tempo de prisão, ao qual foi submetido no Brasil, em razão desse pedido, nem podendo lhe ser aplicada a pena de prisão perpétua. (Ext 1150 / REPÚBLICA ARGENTINA – EXTRADIÇÃO – Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 19/05/2011 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação DJE-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 - EMENT VOL-02546-01 PP-00001 – Parte(s) - REQTE. (S) : GOVERNO DA ARGENTINA EXTDO.(A/S): NORBERTO RAUL TOZZO ADV.(A/S): CARLOS GUSTAVO GONÇALVES DE SOUZA E OUTRO(A/S)

Ademais, restou acolhido o parecer do *Parquet* no voto da Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha nos autos da Extradição 1150/REPÚBLICA ARGENTINA, no seguinte sentido:

“(…) Em relação ao sequestro não há que se falar em prescrição, pois se trata de crime permanente tanto no Brasil como na Argentina. Nesse caso, o resultado delituoso se protraí no tempo enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade e o prazo prescricional só terá início após a interrupção da ação do agente.

De acordo com as informações prestadas pelo Estado requerente, o extraditando participou de sequestro de diversas pessoas, principalmente em 1976, as quais não foram libertadas até os dias de hoje. A despeito do tempo decorrido, não se pode afirmar que estejam mortas porque seus corpos jamais foram encontrados, de modo que ainda subsiste a ação perpetrada pelo extraditando (…)”

No mesmo r. julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski, acompanhando integralmente o voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia Rocha, assim observou:

“Está calcado no parecer da Procuradoria-Geral da República, que faz menção a um pronunciamento meu feito na Extradução 974, em que afirmo que, nos delitos de sequestro, quando os corpos não são encontrados – como é o caso que examinamos agora, no qual quatro corpos não foram encontrados, em que pese o fato do crime ter sido cometido há décadas – na verdade, está-se diante de um delito de caráter permanente, com relação ao qual não há como assentar a prescrição.”

Observa-se que o Egrégio Supremo Tribunal Federal acolheu a não fluência do prazo prescricional para as situações em que permanece a situação de sequestro continuado, delito de natureza permanente.

Além disso, diante do princípio internacional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade forçoso é concluir a imprescritibilidade da pretensão de reparação civil por força da responsabilidade pelos ilícitos praticados na época da ditadura no Brasil. Ora, se para as situações de desaparecimento forçado de pessoas, como

aqui ocorre, não se cogita de prescrição nem na esfera penal, não há como se cogitar prescrita a indenização por via do regresso, na seara cível.

XI - 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.

Esta proteção é bem clara no artigo 23, inciso I e artigo 37, *caput* e § 5º e 6º, ambos da Constituição. Aliás, além da previsão do artigo 23, inc. I, 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.

O ressarcimento faz-se em relação à sociedade, sendo que o Estado detém responsabilidade civil objetiva na presente hipótese. Certo é que a “diversidade de causas do prejuízo sofrido tem relevância na determinação da responsabilidade administrativa”, conforme bem observa Yussef Said Cahali, ao citar a lição de Weida Zancaner, segundo o qual “as características dos danos ressarcíveis são diversas para os danos provenientes de atividades lícitas e os provenientes de atividades ilícitas. (...) quanto aos danos provenientes de atividades ilícitas, eles são sempre antijurídicos e necessitam reunir apenas duas características: a) ser certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito, ou quando menos, um interesse legítimo”²². Vale aqui não olvidar que “sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de algum modo para a prática de ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação de indenizar”²³. O dano e o nexo de causalidade conformam o quanto basta para a responsabilidade civil objetiva.

Vale ressaltar que no caso trazido a Juízo, a prescrição da responsabilidade civil do Estado não se operou porque o próprio Estado agiu para reparar as vítimas da ditadura em cumprimento ao previsto no art. 37 § 6º. Essa atuação estatal se deu no âmbito da Justiça administrativa e com base nas legislações que amparam a reparação financeira dessas vítimas e seus familiares.

O que se discute na presente ação é a omissão da União em acionar, regressivamente, os agentes públicos que causaram, dolosamente, esse prejuízo ao Estado, que assumiu legalmente a

²² CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª Ed. Revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 78.

²³ *Ibidem*, p. 111.

responsabilidade civil extracontratual, nos termos do art. 37 § 6°. Nas palavras do Procurador da República José Roberto Pimenta Oliveira,

“o artigo 37,§ 6°, in fine, é o enunciado constitucional impositivo de duas normas fundamentais do regime jurídico-administrativo. De um lado, consagra a responsabilidade civil dos agentes públicos, por danos que nesta qualidade causaram a terceiros, embasada na teoria subjetiva. De outro lado, consagra a via processual específica para instrumentalizar o ressarcimento devido ao sujeito administrativo, após a condenação judicial e pagamento de verba indenizatória aos terceiros lesados, em face dos agentes responsáveis.”²⁴

Ainda segundo as lições de José Roberto Pimenta Oliveira²⁵, o direito de regresso “constitui ilação do princípio da impessoalidade, que determina o agir isento e imparcial da Administração Pública”. E, portanto, “esta competência é de exercício obrigatório. Como feixe de atribuições do sujeito administrativo lesado, é atividade intransferível, irrenunciável, imodificável e imprescritível. Não há liberdade de ação, mas obrigatoriedade da ação vocacionada ao exercício do direito de regresso. (...) umbilicalmente atrelada à satisfação de determinado fim público, o direito de regresso mantém-se íntegro, mesmo que não exercido pelo agente público com atribuições para tanto, expedida ordem administrativa a fazê-lo.”

José Roberto Oliveira continua o argumento afirmando que o resultado do direito material inscrito no art. 37 § 6° é a previsão de que a ação de regresso é imprescritível, por força da previsão literal do art. 37 § 5° da Constituição. Para o citado administrativista, “esse último

²⁴José Roberto Pimenta Oliveira, O direito do regresso do Estado decorrente de Reconhecimento Civil Extracontratual no Exercício da Função Administrativa. In Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos, Alexandre D M Guerra, Luis Manuel Fonseca Pires e Marcelo Benacchio (Coord), Quartier Latin, 2010, v. 1, p. 1121-1155, p. 1122.

²⁵Idem, p.1126-1127.

dispositivo não agasalha somente condutas diretamente voltadas à lesão do patrimônio público (v.g. desvio de verba pública em contrato de obra com preço superfaturado), mas quaisquer situações de lesão ao erário, como ocorre em condutas ensejadoras de responsabilidade civil extracontratual (v.g. prática de tortura).”²⁶

Como já mencionado, a Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos, ao destacar no seu art. 2º que a aplicação das suas disposições e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional (expresso na Lei de Anistia), não afastou a possibilidade de adoção de medidas cíveis contra os agentes públicos responsáveis pelas mortes, torturas e outros atos cometidos voluntariamente. Muito menos, afastou a propositura de ação regressiva, já que esta ação visa à proteção do patrimônio público e decorre de dois requisitos presentes na situação desses autos: a) a existência de pagamento pelo Estado de indenização às vítimas da ditadura; e b) a ação dolosa dos agentes públicos, que, de maneira ilegal, atentaram gravemente contra a incolumidade física de cidadãos e ou que assassinaram opositores do regime de exceção vigente.

O mencionado art. 2º precisa ser necessariamente compatível com a Constituição, que prevê a imprescritibilidade da ação regressiva para ressarcimento de danos ao erário (art. 37 §5º). Por isso, enquanto o art. 12 dessa lei dispõe expressamente que é proibida a ação de regresso contra os familiares indenizados no caso de localização da pessoa desaparecida com vida²⁷, não há dispositivo legal que impeça a União de ingressar regressivamente contra os agentes públicos

²⁶Idem, p.1145-1146

²⁷Art. 12. No caso de localização, com vida, de pessoa desaparecida, ou de existência de provas contrárias às apresentadas, serão revogados os respectivos atos decorrentes da aplicação desta Lei, não cabendo ação regressiva para o ressarcimento do pagamento já efetuado, salvo na hipótese de comprovada má-fé.

causadores das mortes ou desaparecimentos. E não há tal dispositivo, repita-se, porque qualquer previsão neste sentido seria inconstitucional.

No mais, mesmo que se considere plausível o argumento de que os crimes que geraram as indenizações foram perdoados no âmbito penal, o Programa de Reparação das Vítimas em curso no Brasil, implementado pela Comissão de Anistia e pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos indica que, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito civil, a responsabilidade do Estado pelos atos nefastos praticados por seus agentes devem ser reparados.

Novamente vale trazer à coleção as lições de José Roberto Oliveira, acerca dos traços da ação regressiva. Para o citado jurista, esta ação está enquadrada numa *categoria singular de ação*, na qual se pretende “uma atividade processual sucessiva, em homenagem ao dever de proteção do patrimônio público.”²⁸ Sobre a imprescritibilidade dessa ação, o mesmo jurista explica que “a norma, por si só, apresenta a imprescritibilidade como dimensão de peso superior a qualquer outro valor. Razões históricas de descaso, desleixo, má gestão, dilapidação, desvio, aplicação irregular, conivência etc na gestão do patrimônio público e no exercício das funções públicas, por parte dos agentes incumbidos da missão estatal de zelar pela integridade constitucional, tornam compreensível o contexto em que foi formulada a regra comentada.”²⁹

O contexto da formulação dessa regra constitucional em 1988, foi o da transição para a democracia após um período de regime ditatorial (que acabou em 1985). O silêncio sobre a responsabilidade civil dos agentes pelos desaparecimentos e mortes e sobre a necessária ação regressiva, na Lei de Mortos e Desaparecidos, de 1995, também integra esse contexto e é de certo modo compreensível, especialmente porque já

²⁸Idem, p.1128

²⁹Idem, p.1145

havia previsão expressa na Constituição sobre o direito de regresso do Estado, a qualquer tempo, num futuro mais distante até dos acontecimentos.

O que é incompreensível, é que em pleno regime democrático, perdura a inércia da União em instaurar os procedimentos administrativos para a apuração das responsabilidades e do prejuízo que cada agente seu promoveu com as práticas dos atos mais nefastos contra os opositores do regime ditatorial. E que essa omissão/inércia ganhe respaldo com a posição do Poder Judiciário, na decisão ora recorrida. Nesse sentido, é interessante a reflexão desenvolvida por Renan Quinalha sobre o legado do passado na democracia e a resistência a mudanças, mesmo as que estão previstas na Constituição Federal, como é o caso da ação de regresso e sua imprescritibilidade:

“Com efeito, os limites entre a transição e a consolidação, na prática, não são tão nítidos. Ainda que algumas mudanças institucionais mais visíveis se verifiquem rapidamente, outras tantas tarefas da consolidação têm ritmo mais lento e vão-se consumando gradualmente. Durante essa fase final da democratização, o maior desafio reside na tendência de que os atores políticos têm em perpetuar, por certa inércia advinda do costume, as práticas e expectativas que mantinham durante a transição. Aí se colocam as dificuldades para que os agentes democratizadores percebam que não devem mais se orientar por uma lógica do possível, como se a ameaça de um golpe fosse concreta e iminente.

Trata-se de uma profunda questão de cultura política, com efeitos práticos e teóricos. Não que envolva apenas um instalo de lucidez na consciência dos atores ou dos cientistas políticos, como se fosse algo de dimensão exclusivamente subjetiva. É evidente que há uma disputa de interesses entre os setores civis-militares que sustentaram os regimes autoritários e os agentes que, de fato, lutaram pela democracia e por sua radicalização até o presente, sendo o caso brasileiro um exemplo notório disso. No entanto, reconhecida essa tensão

objetivamente instalada no seio dessas sociedades, que ainda se reviram em torno do legado das suas ditaduras, é preciso ter tranquilidade para assumir a posição de promoção dos princípios democráticos e dos direitos humanos.

Do mesmo modo que assola os atores políticos, esse desafio também interpela as reflexões teóricas que se debruçam sobre essa temática, dado o grau de proximidade que essas questões analíticas guardam com a política real e cotidiana que consideram.”³⁰

A omissão do Estado em propor ação de regresso contra seus agentes nesses casos de tortura, mortes e outras violências durante a ditadura remete à falsa ideia (nunca explicitada) ligada a um discurso de que a democracia brasileira, como outras da América Latina, ainda portam uma fragilidade que, nas palavras do já citado Renan Quinalha “não permite um acerto de contas integral em relação ao passado, atendendo-se, plenamente, não só às demandas das vítimas e seus familiares, mas também aos tratados internacionais e às ordens constitucionais que consagraram a internalização dessas normas de proteção aos direitos humanos.”³¹

Esse raciocínio expresso na postura inerte, que propicia a impunidade e lesão ao patrimônio público, não pode ser admitido pelo Judiciário e deve ser corrigido nesta ação civil pública.

XII - DO PEDIDO DE DESCULPAS E PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA

³⁰Renan Honório Quinalha, *Justiça de Transição: contornos do conceito*, Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor José Eduardo Faria, 2012, p.152-153.

³¹Renan Honório Quinalha, *ob. Cit*, p.154.

Com a devida vênia, restou como equivocada a culta decisão monocrática ao afastar o pedido formal de desculpas formulado pelo Ministério Público Federal na exordial, assim como no v. acórdão recorrido, conforme fundamentos já expostos no item VI do presente recuso (Da matéria de ordem pública) .

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”³² E para corroborar essa idéia arremata Edson Luís de Almeida Teles com o seguinte raciocínio

³² Arendt, Hannah, A condição humana. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 253.

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 promessa de futuro, um compromisso em construir uma sociedade respeitosa dos direitos humanos.”³³

Dessa maneira, Eduardo González³⁴ pontua que o importante nessas situações é que os resultados desse processo público e transparente de visitaçã do passado permitam que a coletividade: “a) entenda a natureza dos crimes cometidos, particularmente sua natureza odiosa; b) tenha possibilidade de encontrar uma visão equilibrada e razoável do passado, com a inclusão da visão das vítimas na narrativa histórica (que antes lhes foi suprimida); c) entenda a necessidade do Estado de reparar os danos cometidos e as obrigações morais e políticas da sociedade e do Estado com as vítimas; e por fim d) dê vida a mecanismos políticos, formas de cultura e instrumentos jurídicos que sirvam como garantias de não repetição dos crimes do passado”³⁵. Como destaca Gonzalez, além do conhecimento dos fatos, o tratamento destes temas no espaço público, com a possibilidade de reflexão sobre a brutalidade e suas conseqüências, é que faz a diferença para que tais atos não voltem a acontecer.

Juan Méndez destaca que o dever estatal de garantir o direito à verdade não é uma alternativa à obrigação de investigar, processar e punir, mas sim uma obrigação autônoma, que não comporta

³³ 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.

³⁴ GONZÁLEZ, Eduardo, Perspectivas teóricas sobre la justicia transicional, disponível em http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/ Acesso em 04.02.10.

³⁵ GONZÁLEZ, Eduardo, Disponível em http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/. Acesso em 04.02.10, idem, p.24.

discrecionariade no seu cumprimento.³⁶ Este dever é cumprido pelo Estado, inclusive pelo Poder Judiciário, com a garantia de todos os meios para que a verdade seja conhecida bem como com ações do Estado para recordar. E a recordação ou o reconhecimento público da verdade são ligados ao momento presente, não havendo que se falar decadência ou prescrição.

Nesse esteio é a linha de raciocínio de Eduardo González, o pedido de declaração da relação jurídica entre os réus e a sociedade brasileira relativamente aos atos ilícitos praticados nos meandros da ditadura assume todo o sentido e se mostra absolutamente pertinente. Além disso, esse pedido é necessário para a democracia brasileira, pois é mais fácil o reconhecimento público de que a tortura foi utilizada na ditadura militar do que se permitir a compreensão de que a tortura não é aceitável de modo algum, em nenhuma situação; é possível se imputar um crime a seu responsável do que tratar da noção de responsabilidade; proporcionar o conteúdo específico da narrativa das vítimas do que incluir tais vítimas entre os que têm voz.³⁷

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 de 1º grau (e não enfrentada no âmbito do E. TRF porquanto supostamente prejudicada por força do reconhecimento da prescrição e preclusão), ao não reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para postular por meio de ação civil pública pedido de declaração de existência

³⁶MÉNDEZ, Juan, Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los Derechos Humanos, disponível em http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/ Acesso em 04.fev.10.

³⁷GONZÁLEZ, Eduardo, ob.cit, p.23.

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. Nas palavras de Luci Buff, o pedido de perdão integra o processo de reconciliação e permite que a sociedade volte a ter confiança nas instituições:

“A linha de nexos causal entre a ação e o é o que faz incidir a condenação moral, política, jurídica de uma ação. Suprimir a responsabilidade dos homens é como retirar o fundo que ancora as relações em sociedade. Na equação do perdão, a profundidade da culpa e a desproporção entre a falta cometida e a altura do perdão é sempre um tormento permanente. Desproporções, dessimetrias entre o mal cometido e a possibilidade de responsabilização e de perdão constituem um abismo a ser cruzado. O trágico da ação (como os homicídios, a tortura, os desaparecimentos no Brasil) e a irreversibilidade de seus efeitos apresentam-se então como base da configuração do perdão.

A reconciliação com o passado envolve, no plano político restabelecer a confiança nas instituições, fazer novas promessas, que permitam o viver junto. A reconciliação exige que se aceite a responsabilidade moral e política de nutrir uma cultura de direitos humanos. No plano da memória individual e coletiva, requer o trabalho de lembrar, de elaborar os traumas, ou seja, um uso crítico da memória.

Para perdoar, no entanto, é preciso saber o que aconteceu nesse passado, nomear crime e ofensor. Só se pode perdoar o que não foi esquecido. O perdão

tem vínculo com a verdade, seja judiciária ou extrajudiciária (...)"³⁸

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.

XIII – DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Não se pode esquecer que as conquistas dos direitos humanos são fruto de um processo histórico e que vão se afirmando cada vez mais, no sentido de ampliar a proteção à pessoa, reconhecendo novos direitos e não se admitindo a supressão de direitos já incorporados na ordem jurídica.

A proibição do retrocesso (ou efeito *cliquet*) refere-se a direitos já reconhecidos na ordem jurídica que não podem ser suprimidos pelos governantes, pois isto implicaria um retrocesso em detrimento das conquistas históricas da Humanidade.

Priscila Ferraresi afirma que:

“O conceito do instituto da proibição do retrocesso traduz-se na rejeição de qualquer atuação estatal, na esfera de suas funções executivas e legislativas, que possa aviltar posições e conquistas sociais cristalizadas, no que pertine

³⁸Luci Buff, Tempo de Perdão? ob. Cit, p. 238

a plena consumação dos direitos fundamentais e uma efetiva proteção dos mesmos.

Destarte, refuta-se o retorno a estágios de proteção inferiores. Esta acepção edifica suas matizes em diversos documentos conexos aos direitos humanos, donde defluiu-se que não serão admitidas restrições ou suspensões a direitos fundamentais.

(...)

Mostra-se incontestado e patente a presença de uma blindagem contra atuações estatais retrocessivas na seara dos direitos de segunda dimensão. O reconhecimento da aplicabilidade da vedação de medidas de cunho retrocessivo sobre as conquistas alcançadas pela humanidade é facilmente observado no campo dos direitos sociais.

O que se pode dizer a respeito da vedação de retrocesso social é que, na medida em que esta dimensão de direitos demanda a efetiva atuação do Estado para o alcance do bem-estar, posto que constituem direitos de prestação positiva ao trazer para o ente estatal a responsabilidade de proteção e realização. Resta patente que sua inércia causa prejuízos na coletividade, fato que deixa evidente a proibição de uma supressão destes direitos fundamentais”³⁹.

Assim, permitir a tortura significaria ignorar os sofrimentos pelos quais a Humanidade passou até sua vedação, permitindo que um capítulo terrível de nossa história voltasse a se repetir, o que seria inadmissível.

É importante aqui ressaltar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet sobre a proibição do retrocesso:

“(...)verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso (na sua dimensão mais estrita aqui versada) decorre – como já sinalizado – de modo implícito do sistema constitucional,

³⁹FERRARESI, Priscila. *As dimensões do desenvolvimento sob o enfoque da proibição do retrocesso: diálogo entre os elementos sociais, econômicos e ambientais para a sustentabilidade* (dissertação de Mestrado). Curitiba, 2011. p. 86.

designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional⁴⁰.

Dentre os princípios enumerados por este autor ressaltam-se: segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º da Constituição Federal), da proteção da confiança.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

“Negar o reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte”⁴¹.

Luís Roberto Barroso, citado por Ingo Wolfgang Sarlet lembra que mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.

Para Canotilho, a proibição do retrocesso é formulada no seguinte sentido:

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Acessado em 10/04/2012 [www.direito do estado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO SARLET.PDF](http://www.direito.do.estado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO-SARLET.PDF)

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Acessado em 10/04/2012 [www.direito do estado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO SARLET.PDF](http://www.direito do estado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO-SARLET.PDF)

“O princípio da proibição de retrocesso [social] pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples deste núcleo essencial”⁴².

O Estado brasileiro tem a obrigação de atuar buscando a progressividade e observando a proibição de retrocesso na temática da efetividade dos direitos à memória e à verdade. A proibição de retrocesso indica que “a liberdade de conformação do legislador e a auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”⁴³. A construção e fixação desse núcleo são extraídas dos princípios gerais de direito que regem o Estado brasileiro após a transição de um regime ditatorial, com todo seu legado de violência, para uma democracia, na qual se concebe valores de justiça, equidade e garantia das liberdades fundamentais.

Nas palavras de Eduardo Garcia de Enterría, os princípios gerais de direito “son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. *No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral* o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y *objetivada en la lógica misma de las instituciones.*”⁴⁴

⁴²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 339-340.

⁴³José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª edição, 2010, p.340.

⁴⁴Curso de Derecho Administrativo obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández, v. I, reimpr. da 3ª ed., Madri, Civitas, 1981, p. 400

Os princípios gerais do direito no cenário brasileiro ganham nova leitura com a promulgação da Constituição de 1988. Esta Carta, na visão dos juristas brasileiros, significa um marco na cultura jurídica nacional, já que as Constituições anteriores não tinham força normativa, valendo menos que as normas infraconstitucionais.⁴⁵ Para exemplificar o valor da Constituição de 1988 e o atual processo brasileiro de constitucionalização do direito e de valorização da esfera jurisdicional para solução de conflitos, Daniel Sarmiento menciona a Constituição de 1969, que “garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. (...) conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas”⁴⁶.

Nesse contexto, de valorização da Constituição como norma jurídica que deve ser aplicada rotineiramente pelos juízes⁴⁷, a previsão de um amplo rol de direitos fundamentais (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) de diversas dimensões (direitos individuais, políticos, sociais e difusos), os quais teriam aplicabilidade imediata⁴⁸ e novos remédios constitucionais (processuais e extraprocessuais) para sua concretização, assim como a desconfiança

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil,; riscos e possibilidades, in *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho*, coordenadores: George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (PT): Coimbra Editora, 2009, p. 9-49.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil,; riscos e possibilidades, ob. Cit, p.22.

⁴⁷ Conforme SARMENTO,, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil,; riscos e possibilidades, ob. Cit, p. 24. O autor cita a doutrina de: BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996; CLÉVE, Clemerson Mérlim. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho* São Paulo: Ed. RT, 1995, p.34-53.

⁴⁸ Art. 5º§ 1º da CF

em relação ao legislador ordinário (com a regulação de assuntos que não se enquadram -tecnicamente- como temas constitucionais) são marcos que não apenas refletem os traços do Estado democrático brasileiro mas, principalmente, provocam importante mudança de paradigma na busca de efetividade dos direitos.

Assim, este Egrégio Superior Tribunal de Justiça não há de permitir seja o direito fundamental da dignidade da pessoa humana excluído ou restringido, por integrar o campo do mínimo existencial possível, cujas normas e políticas públicas encontram barreiras principiológicas que impedem a regressão ou proíbem o retrocesso.

XIV – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, com fundamento na alínea “a” e “c” do artigo 105, III, da Constituição Federal, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requer seja admitido o presente recurso a conhecimento e, ao fim, seu provimento, para que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça aprecie a matéria de direito aqui envolvida, ou alternativamente, para que afaste a prescrição que extinguiu o feito com julgamento do mérito, de modo a que o Tribunal de origem prossiga no julgamento do agravo de instrumento.

São Paulo, 07 de maio de 2012.

SANDRA AKEMI SHIMADA KISHI
Procuradora Regional da República